

Tvangsgjennomføring av samvær med barn etter barneloven:

Hva ligger i uttrykket ”umulig”?

Kandidatnummer: 599

Veileder: Kirsten Sandberg

Leveringsfrist: 25.11.2007

Til sammen 17 674 ord

21.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og hovedproblemstilling	1
<u>2</u>	<u>METODE</u>	<u>2</u>
2.1	Alminnelig juridisk metode	2
2.2	Lagmannsrettskjennelser	4
<u>3</u>	<u>RETTLIG GRUNNLAG</u>	<u>6</u>
3.1	Innledning	6
3.2	Internasjonale konvensjoner	7
3.3	Samværsrett	8
3.4	Tvangsgjennomføring	10
3.4.1	Innledning	10
3.4.2	Tvangsgrunnlag	10
3.4.3	Tvangsmiddel	12
3.4.4	”Umulig”	14
3.4.5	”Barnets beste” sammenholdt med umulighetskriteriet	15
3.4.6	Krav til sannsynlighetsovervekt	16
3.5	Barnets rett til å bli hørt	18
3.6	Bruk av sakkyndig	19
3.7	Høyesterettspraksis	20
<u>4</u>	<u>ANALYSE AV LAGMANNSRETTSPRAKSIS</u>	<u>22</u>

4.1	Innledning	22
4.2	Foreldrenes medvirkningsplikt	23
4.3	Alvorlig psykisk belastning	25
4.3.1	Samvær umulig	26
4.3.2	Kommentar	27
4.3.3	Samvær ikke umulig	27
4.3.4	Kommentar	30
4.4	Barnets motvilje mot samvær	33
4.4.1	Samvær umulig	33
4.4.2	Kommentar	37
4.4.3	Samvær ikke umulig	37
4.4.4	Kommentar	39
4.5	Overgrep	40
4.5.1	Kommentar	41
4.6	Tvangsgjennomføring av samvær etter <u>en</u> gangs mislighold	43
4.6.1	Kommentar	44
4.7	Andre forhold	45
4.7.1	Kommentar	48
5	<u>OPPSUMMERING</u>	50
6	<u>VURDERING</u>	55
7	<u>KILDEHENVISNINGER</u>	59
8	<u>TABELLER</u>	62

1 INNLEDNING

1.1 Tema og hovedproblemstilling

Hovedregelen er at det skal være samvær mellom foreldre og barn, når de ikke bor sammen. Foreldre har rett til samvær med barnet, og barnet med sine foreldre. Dersom ikke samværsretten respekteres, kan den av foreldrene som har samværsrett kreve denne gjennomført ved tvang. Problemstillingen for oppgaven er hva som skal til for at domstolene kan nekte tvangsgjennomføring av samvær med barn etter barneloven, og hvordan dette praktiseres.

Tvangsgjennomføring av samvær kan bare nektes dersom det er ”umulig”.

Umulighetskriteriet representerer således et unntak fra hovedregelen om samvær. Jeg ønsker med besvarelsen å undersøke hva domstolene legger i begrepet ”umulig” i forhold til tvangsgjennomføring av samvær med barn, ved å se på hvordan dette forholder seg i praksis. Det har vært hevdet, særlig fra samværsfedre, at domstolene for lett legger til grunn at gjennomføring av samvær er umulig. I dette ligger en forutsetning om at mødre oftere har daglig omsorg for barna enn fedre, og en antakelse om at fedre når de ønsker å ha samvær med barna sine, ikke får gjennomslag for at mor hindrer deres samvær med barna.

Jeg legger i oppgaven opp til en nøytral drøftelse av umulighetskriteriet. Med dette mener jeg at jeg ikke tar utgangspunkt i om det er mødre eller fedre som begjærer tvangsfullbyrdelse av samværsrett. Jeg vil likevel se på hvordan sakene fordeler seg i forhold til om mor eller far har den daglige omsorgen, selv om det faller utenfor oppgavens ordlyd å vurdere om utfallet i sakene er forskjellig avhengig av hvem som har daglig omsorg.

Temaet for oppgaven er svært aktuelt. Flere og flere foreldre opplever at forholdet går i stykker og at de må forholde seg til spørsmål om daglig omsorg og samvær. Det er klart at det kan være en stor belastning å skulle forholde seg til sin tidligere partner, og det krever nok en anstrengelse for de fleste å ha et godt samarbeid om barna. Jeg vil anta at den av foreldrene som ser det nødvendig å begjære tvangsgjennomføring av samvær, ofte sitter med følelsen av at bostedsforelder saboterer og hindrer at samværet blir gjennomført som avtalt.

Jeg vil først redegjøre for hva som er gjeldende rett når det gjelder tvangsgjennomføring av samvær med barn. Hovedvekten av oppgaven vil likevel ligge på domstolenes, nærmere bestemt lagmannsrettenes, tolking av begrepet ”umulig”. Min målsetting er å finne hovedlinjene ved lagmannsrettenes vurdering av umulighetskriteriet, og i tillegg se om det finnes slike likhetstrekk at man kan trekke noen konklusjoner vedrørende hva som vektlegges i de vurderingene retten gjør. Videre vil umulighetskriteriet bli holdt opp mot barnekonvensjonens krav om at alle avgjørelser skal være til barnets beste.

Innledningsvis vil jeg beskrive den generelle og mer spesifikke metoden jeg har benyttet i oppgaven. Under punkt 3 vil jeg gjennomgå de rettskildene som er relevante for å danne et bilde av gjeldende rett, som bakgrunn for analysedelen av oppgaven. Her vil jeg også behandle umulighetskriteriet mer utførlig. Gjeldende rett er således ikke et tema i oppgaven for sin egen del.

2 METODE

2.1 Alminnelig juridisk metode

Jeg har i oppgaven gjort bruk av alminnelig juridisk metode. For å danne meg et bilde av hva som er gjeldende rett på området, har jeg sett på internasjonale konvensjoner,

lovbestemmelser, forarbeider og høyesterettspraksis samt juridisk litteratur. Reelle hensyn er også viktig for å danne et helhetlig bilde. Det er dette som danner grunnlaget for min vurdering av innholdet i lagmannsrettskjennelsene.

Internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av, setter en standard for de rettigheter staten må sørge for at norske lover gir borgerne. De er derfor det naturlige utgangspunkt for å vurdere hvilke rettsregler som gjelder på et område, og om de gjeldende lovbestemmelser faktisk er i samsvar med internasjonale forpliktelser. Internasjonale konvensjoner brukes også som et verktøy ved fortolkning av norsk lov. De angir en minstestandard og overordnede retningslinjer som lovgiver må holde seg innenfor. Lovgiver kan gjerne beslutte at norsk lov skal gå lenger enn det internasjonale konvensjoner fastslår. De relevante internasjonale konvensjoner i denne sammenheng er FNs barnekonvensjon og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.

Lovene som omhandler tvangsfullbyrdelse av samvær er Lov om barn og foreldre 8 april 1981 nr 7 (heretter bl) og Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring 26 juni 1992 nr 86 (heretter tvfbl).

Forarbeidene til barneloven og til endringer i barneloven har stor verdi for forståelsen av innholdet av gjeldende rett. Jeg har gjort bruk av Ot.prp.nr.103 (2004-2005) som er forarbeidet til endringslov av 7. april 2006 nr 6, Ot.prp.nr.56 (1996-1997) som er forarbeidet til endringslov av 13. juni 1997 nr 39, NOU 1998: 17 samt NOU 1977: 35, som er en del av de opprinnelige forarbeidene til barneloven.

Lovteksten i barneloven og tvangsfullbyrdelsesloven sier ingenting om hvilket innhold ordet "umulig" skal gis. Forarbeidene sier heller ikke mye om dette. Jeg har derfor gått til høyesterettspraksis for å se hvordan Høyesterett har tolket umulighetskriteriet i sine avgjørelser. Det er flere kjennelser fra Høyesterett når det gjelder innholdet av umulighetskriteriet. Jeg har tatt for meg Rt. 1988 s 708, Rt. 1989 s 489 og Rt. 1997 s 1557.

Det er ikke skrevet mye om tvangsgjennomføring av samvær med barn i juridisk litteratur. Av den juridiske litteraturen på området har jeg særlig benyttet meg av Smith og Lødrup sin bok "Barn og foreldre", 7. utgave og Backers Kommentartutgave til barneloven 1. utgave. De har imidlertid liten selvstendig betydning for gjeldende rett, utover at de oppsummerer hva som fremkommer av Høyesterettspraksis og barnelovens forarbeider.

Reelle hensyn har stor betydning på barnerettens område. Hensynet til "barnets beste" og presumpsjonen om at samvær er til det beste for barnet, er grunnleggende for forståelsen og praktiseringen av gjeldende rett. Hensynet til at alle avgjørelser skal være til "barnets beste" og presumpsjonen om samvær er også lovfestet i barneloven.

2.2 Lagmannsrettskjennelser

Dette er en analyse av lagmannsrettskjennelser i den hensikt å redegjøre for hva retten legger i uttrykket "umulig" ved tvangsgjennomføring av samvær. De fleste kjennelsene avsluttes i lagmannsretten, og det er få saker som blir behandlet av Høyesterett.

Lagmannsrettene bygger sine vurderinger på tidligere praksis fra Høyesterett, se punkt 3.8 nedenfor. Avgjørelser fra lagmannsrettene har liten selvstendig rettskildeverdi for overordnede domstoler, og en av oppgavene til Høyesterett er å korrigere kursen i praksis fra underordnede retter.

Selv om avgjørelser fra lagmannsretten ikke kan tillegges like stor vekt som avgjørelser fra Høyesterett, er det likevel relevant å se på lagmannsrettens begrunnelser, idet lagmannsretten i de fleste tilfeller er siste instans. Den nyeste Høyesterettsavgjørelsen vedrørende tvangsgjennomføring av samvær er fra 2001, så vidt jeg kunne se etter søk i Lovdata. Fire av lagmannsrettskjennelsene jeg har tatt for meg er påkjært til Høyesterett, og kjermålet er forkastet i alle fire. Jeg antar derfor at de avsagte lagmannsrettskjennelser fra 2005 til 2007 er i samsvar med praksis fra Høyesterett og dermed gir et representativt bilde av rettstilstanden på området. Enkelte forbehold må likevel tas, blant annet når det gjelder

de nyeste lagmannsrettskjennelsene fra 2007 da det er en mulighet for at noen av disse blir påkjært til Høyesterett uten at dette har rukket å bli publisert på Lovdata.

31 kjennelser danner grunnlaget for undersøkelsen jeg har foretatt i denne oppgaven, se nærmere nedenfor. Kjennelsene er valgt ut etter søk i Lovdata etter avgjørelser i perioden fra 2005 til 2007, og omfatter kjennelser fra alle lagmannsretter. Utvalget dekker hele 2005 og 2006 samt kjennelser publisert i Lovdata innen september 2007. Avgrensingen i tid er gjort av praktiske årsaker. Det ville sprengte rammene for oppgaven å ta for seg et bredere utvalg av kjennelser. Tidsrommet er valgt ut fra en tanke om at de nyeste avgjørelsene er mest interessante og relevante, også i forhold til at rettens vurderinger kan endres over tid.

Utvalget av kjennelser er ment å være uttømmende når det gjelder avsagte kjennelser i alle lagmannsretter vedrørende tvangsgjennomføring av samvær i det nevnte tidsrom.

Søkeordene som er benyttet under søk i Lovdata, er henholdsvis søk i avgjørelser etter: ”barnelov, samvær og umulig”, ”barnelov, samvær og tvangsfullbyrdelse” og ”barnelov, samvær og tvangsgjennomføring”. Søkene er begrenset til der søkeordene forekommer i samme avsnitt, da jeg legger til grunn at dette gir treff på de mest relevante avgjørelsene.

Min bruk av disse kjennelsene fra lagmannsretten dreier seg således dels om å nyansere og utfylle hva som er gjeldende rett på området og dels å undersøke hvordan regelen om tvangsfullbyrdelse av samvær blir praktisert. Jeg ønsker å undersøke om fedre har grunnlag for sin kritikk i forhold til at retten legger terskelen for når samvær er ”umulig” for lavt. Jeg kommer også til å foreta en vurdering av hvorvidt ”umulig” er en god regel.

Kjennelser har ikke like grundige begrunnelser som dommer. Dette preger til en viss grad analysen av avgjørelsene. Lagmannsrettene viser ofte til tingrettens begrunnelser og slutter seg til hva som er angitt der. Imidlertid kan man trekke ut noen forhold som går igjen i lagmannsrettens begrunnelser.

For å analysere innholdet av kjennelsene, har jeg gjort et forsøk på å gruppere dem etter likhetstrekk. Jeg fant at det var ett grunnvilkår som måtte være oppfylt og to grunnleggende vurderingsnormer som dannet utgangspunktet for lagmannsrettens vurderinger av umulighetskriteriet. Der det har vært mulig er kjennelsene drøftet under hvert av disse punktene. Enkelte kjennelser skiller seg imidlertid ut i faktum og begrunnelser. Disse er drøftet for seg.

Saker som omhandler ulike sider rundt samvær er svært konkrete, og hver enkelt sak er gjenstand for en skjønsmessig helhetsvurdering hvor flere momenter spiller inn. Det kan derfor spørres om i hvilken grad sakene har noen overføringsverdi til andre saker. Hva som gjør at ett barn tar skade av samvær vil ikke nødvendigvis være det samme som for andre barn. Det samme gjelder hvor barnet uttrykker motvilje mot samvær. Barnets mening kan bli utslagsgivende i ett tilfelle, men ikke i et annet selv om barna er like gamle. Imidlertid er vilkårene i avgjørelsene hovedsaklig de samme, selv om vurderingene gjøres individuelt. Det er uansett interessant å se nærmere på både likheter og ulikheter i det innsamlede materialet, og eventuelt i hvilken grad avgjørelsene skiller seg fra hverandre.

3 RETTSLIG GRUNNLAG

3.1 Innledning

Med rettslig grunnlag forstår jeg de rettskilder som er relevante for å fastlegge gjeldende rett, samt å gjøre rede for gjeldende rett på barnerettens område. I det følgende vil jeg foreta en gjennomgang av de overordnede prinsipper som gjelder på barnerettens område og de relevante rettskilder. Jeg vil også kort redegjøre for de bestemmelser og den høyesterettspraksis som ligger til grunn for de avgjørelser som fattes i saker om tvangsgjennomføring av samvær med barn.

3.2 Internasjonale konvensjoner

Det er særlig to internasjonale konvensjoner som har betydning for barns rettsstilling og forholdet mellom foreldre og barn: FNs barnekonvensjon (heretter barnekonvensjonen) og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter EMK). Begge konvensjonene gjelder som formell lov, jfr menneskerettsloven 21 mai 1999 nr 30 § 2.

EMK har ingen bestemmelser som spesielt omhandler barn, selv om konvensjonen også gjelder for barn. Barns spesielle behov er i sterkere grad ivaretatt av barnekonvensjonen.

I henhold til barnekonvensjonen artikkel 3 nr 1 skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn "(...)ved alle handlinger som vedrører barn og som foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer".

Samværsretten følger av barnekonvensjonen artikkel 9 nr 3:

"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 på et regelmessig grunnlag, med mindre det er i strid med barnets beste".

Av artikkelen fremgår det at partene skal respektere barnets rett til kontakt med begge foreldre. Samvær kan bare nektes dersom det vil være i strid med "barnets beste" om samvær gjennomføres.

Videre følger det av konvensjonens artikkel 12 første ledd at alle barn, som er i stand til å danne seg egne synspunkter, har rett til å uttale seg i alle saker som vedrører det. Den omhandler også plikten til å vektlegge barnets mening i samsvar med barnets alder og modenhet. For å oppfylle dette sier annet ledd at barnet skal bli hørt i enhver rettslig og

administrativ saksbehandling, enten direkte eller ved en representant eller et egnet myndighetsorgan.

I EMK er det særlig artikkel 8 som er aktuell når det gjelder beskyttelse av barns rettigheter. Artikkelen beskytter retten til familieliv. Selv om den ikke direkte er rettet mot barn, får den anvendelse også i saker som angår barn. Imidlertid er anvendelsesområdet hovedsaklig saker hvor det dreier seg om inngrep i familien, for eksempel ved omsorgsovertakelse. Jeg kommer ikke til å gå nærmere inn på EMK, idet det ville sprengte rammene for oppgaven å finne frem til, og analysere relevante avgjørelser om samvær og samværsrett.

3.3 Samværsrett¹

Bl §§ 42 og 43 gir både den av foreldrene barnet ikke bor hos og barnet selv en rett til samvær. Ordet samværsrett henspiller altså både på barnets rett til samvær med begge foreldre og foreldrenes rett til samvær med barnet. At barnets samværsrett fremheves så klart i loven, er ment som en påminnelse om og påvirkning av den alminnelige holdningen til samværsretten. Barnet selv kan imidlertid ikke kreve samværsretten gjennomført dersom den samværsberettigede ikke ønsker samvær med barnet.

Om samvær skal finne sted eller ikke og omfanget av det, skal avgjøres ut fra hva som er til barnets beste, jfr bl § 48. Av § 48 første ledd fremgår det at:

”Avgjerder om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast og om samvær, og handsaminga av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet”.

¹ Backer (1982) s 280 flg

Ved uenighet om samvær er hensynet til ”barnets beste” et grunnleggende prinsipp som gjelder både saksbehandling og avgjørelsens materielle innhold. Det er en presumpsjon for at det beste for barnet er å ha samvær med begge sine foreldre, og samværsretten står sterkt både hos lovgiver og domstoler. Det følger imidlertid av § 43 første ledd tredje punktum at dersom samvær ikke er til barnets beste ”(...)må retten avgjere at det ikke skal vere samvær”. Ved avgjørelsen om samvær skal retten ta hensyn til at barnet ”(...)ikke må bli utsett for vald eller på anna vis handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare”, jfr § 48 annet ledd. Det skal likevel mye til for at domstolene finner at samvær ikke bør finne sted, også i saker hvor det er mistanke om vold eller overgrep mot barna.²

Avgjørelser om samværsrett behandles i lys av presumpsjonen om samvær, selv om avgjørelsen treffes på grunnlag av en konkret og skjønsmessig avveining i den enkelte sak. Av andre momenter i den skjønsmessige avveiningen av hva som er til barnets beste når det gjelder fastsettelse av samværsrett, er blant annet barnets eget ønske, hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt, barnas alder, reiseavstanden mellom foreldrene og andre hensyn til barna, jfr § 43 annet ledd andre punktum. Det er etter en grundig gjennomgang av alle disse kriteriene at domstolene fatter sin avgjørelse av om, og i hvilket omfang, samvær skal finne sted. Motsetningsforhold mellom foreldrene er ikke et hinder for samværsrett så lenge det ikke er noe motsetningsforhold mellom barnet og den samværsberettigede.

² Ot.prp.nr. 103 (2004-2005), se også punkt 4.5

3.4 Tvangsgjennomføring

3.4.1 Innledning

Det er dom, kjennelse, rettsforlik eller forvaltningsvedtak om samværsrett som er tvangsgrunnlag ved begjæring om tvangsfullbyrdelse av samværsrett.³ Ved avgjørelsen av om samvær skal tvangsgjennomføres, er det den samværsberettigede som kan fremsette begjæring om tvangsfullbyrdelse. Barnet kan som nevnt ovenfor ikke kreve samvær tvangsgjennomført, selv om samværsretten er lovfestet. Det kan heller ikke den av foreldrene som barnet bor hos dersom den samværsberettigede ikke følger opp det fastsatte samvær med barnet. Barnets rett til samvær med begge foreldre gjøres likevel til en del av vurderingsgrunnlaget gjennom presumpsjonen om at samvær med begge foreldre er til det beste for barnet.

3.4.2 Tvangsgrunnlag

Tvangsfullbyrdelse kan bare kreves hvis man har tvangsgrunnlag for kravet, og dette tvangsgrunnlaget er tvangskraftig, jfr tvfbl § 4-1 første ledd. Bestemmelsene om tvangsgjennomføring av samvær med barn hvor foreldrene ikke bor sammen, er å finne i bl kapittel 7 § 65.

Spørsmålet er hva som kan tjene som tvangsgrunnlag etter reglene i bl § 65 annet ledd.

Avgjørelser om samværsrett eller vedtak av fylkesmannen om samværsordningen er tvangsgrunnlag som kan søkes tvangsfullbyrdet, jfr § 65 annet ledd. Midlertidige avgjørelser om samvær kan tvangsfullbyrdes, jfr § 65 annet ledd sammenholdt med første ledd femte punktum. Rettsforlik kan også tvangsfullbyrdes, da de har samme virkning som

³ Se punkt 3.4.1

en dom. Dette fremgår ikke av loven, men er slått fast i rettspraksis, jfr kjennelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg 27. oktober 1983. I mitt materiale er det begjært tvangsfullbyrdelse av rettsforlik i 14 saker og av dom om samvær i 17 saker.

Domstolene skal oppmuntre partene til å komme til enighet. Det er flere hensyn som taler for dette. Det er blant annet et prosessøkonomisk spørsmål, men i saker om barnefordeling og samvær vil det også kunne minske konfliktnivået mellom partene om de kommer til enighet. Hvis foreldrene kommer til enighet, kan det også lage en bedre plattform for det fremtidige samarbeidet foreldrene imellom.

Utenrettslige avtaler inngått mellom foreldrene er i utgangspunktet ikke grunnlag for tvangsfullbyrdelse. Det er heller ikke avtaler inngått mellom foreldrene etter mekling. Bakgrunnen for dette er hensynet til notoritet rundt avtalen, samt at man ønsker å forsikre seg om at hensynet til barnets beste blir tilstrekkelig ivaretatt. Det kan være uklart hva som faktisk ble avtalt, om avtalen senere har blitt endret med videre. Viktig er også at barnet ikke nødvendigvis blir tatt hensyn til hvor foreldrene inngår en avtale seg imellom i en konfliktfylt situasjon.

Det følger imidlertid av bl § 55 at en avtale inngått foreldrene imellom kan bringes inn for fylkesmannen dersom begge foreldrene ber om det, jfr første ledd. Fylkesmannen skal påse at avtalen retter seg etter det som er best for barnet, og vil ha en plikt til å foreta en selvstendig vurdering av om avtalen er til barnets beste. Fylkesmannen kan innhente nødvendig kompetanse fra sakkyndige eller barneverntjenesten før det fastsettes at avtalen skal kunne tvangsfullbyrdes. Dette er for å sikre at barnets beste blir tilstrekkelig ivaretatt.⁴

For at en avgjørelse skal være tvangsgrunnlag, er det et vilkår at det går klart frem hva samværsordningen skal gå ut på, hvordan og hvor ofte samvær skal skje og så videre. En

⁴ Ot.prp.nr56 (1996-1997), kapittel 8.1.4

avgjørelse om samværsrett kan også bestemme at det skal være ”vanlig samvær”. Dette er også gjenstad for tvangsfyllbyrdelse, jfr § 43 andre ledd if.⁵

Bl §65 annet ledd er en kan-bestemmelse. Den som har en samværsrett må kreve samværet tvangsgjennomført. Derimot kan verken barnet selv eller den av foreldrene som har daglig omsorg kreve tvangsgjennomføring av samvær hvis den samværsberettigede ikke stiller opp til avtalt samvær med barnet.⁶

3.4.3 Tvangsmiddel

På hvilken måte tvangsgjennomføring skal skje er å finne i bestemmelsene i tvfbl kapittel 13 §§ 13-14 og 13-8. § 13-14 gjelder ”Andre handleplikter”. Bestemmelsen lyder som følger:

”Tvangsfyllbyrdelse av andre handleplikter enn de som er nevnt i §§ 13-8, 13-11 og 13-13, skjer ved at tingretten ved kjennelse enten gir saksøkeren rett til å utføre handlingen, eller bestemmer at namsmyndigheten selv skal utføre den, eller pålegger saksøkte en løpende mulkt for hver dag eller uke som går uten at handleplikten blir oppfylt”.

Med andre handleplikter menes andre enn plikt til ”Utlevering av løsøre og verdipapirer”, jfr § 13-8, ”Fravikelse av fast eiendom”, jfr § 13-11 og ”Sikkerhetsstillelse”, jfr § 13-13. § 13-14 retter seg mot tvangsfyllbyrdelse av handleplikter for foreldre i saker som omhandler barna. Første ledd gir hjemmel for blant annet tvangsavhenting av barn ved avgjørelse av fast bosted med videre. Gjennomføring av samvær kan imidlertid kun tvangsfyllbyrdes ved tvangsmulkt i henhold til bl § 65 annet ledd. Sterkere tvangsmidler som tvangshenting er for inngripende for barnet, da samvær er noe som skal skje regelmessig. Belastningen for

⁵ Smith (2006) s 188

⁶ Ot.prp.nr.56(1996-1997), kapittel 8.1.1

barnet ville bli for stor hvis barnet skulle hentes til samvær ved hjelp av tvang opptil flere ganger i måneden.

Retten må bestemme tvangsbøtens størrelse samt fastsette et tidsrom tvangsbøten skal gjelde for. Den kan ikke gjelde på ubestemt tid, men den vil i den fastsatte perioden gjelde hver gang samværsretten "ikkje vert respektert", jfr bl § 65 annet ledd andre punktum. Retten tar hensyn til bostedsforelders økonomi ved fastsettelsen av størrelsen på tvangsbøten, likevel slik at den settes så høyt at den antas å få den ønskede effekt.⁷

Det fremgår av § 13-14 tredje ledd at dersom oppfyllelsen blir søkt fremtvunget ved mulkt gjelder § 13-8 tredje til femte ledd tilsvarende.

Mulkten tilfaller statskassen, jfr 13-8 tredje ledd. Det er namsmannen som skal kreve inn tvangsbøten, men det skal bare skje der den som er berettiget ber om det, tredje ledd sammenholdt med bl § 65 første ledd annet og tredje punktum. Dette er naturlig idet partene kan ha kommet til enighet i mellomtiden, og en tvangsinndrivelse vil dermed kunne heve konfliktnivået. Det er også viktig at partene i en så personlig sak har kontroll med hva som skjer til enhver tid.

Samværsrett kan bare tvangsgjennomføres dersom mislighold av samvær har skjedd minst en gang. En part kan ikke kreve en samværsavtale tvangsgjennomført basert på antakelser om at mislighold vil skje i fremtiden. Mitt materiale viser at det ikke alltid er tilstrekkelig for å ilegge tvangsbøt at samværet en enkelt gang ikke har blitt gjennomført som avtalt.⁸ Det må også være en berettiget antakelse om at mislighold også vil skje ved fremtidige samvær.

⁷ Flock (2007) note 2102. Se LB-2006-44947

⁸ Se punkt 4.6

3.4.4 ”Umulig”

Det retten skal ta stilling til ved avgjørelsen av om samvær skal tvangsfullbyrdes eller ikke, er hvorvidt den saksøkte, det vil si bostedsforelder, har sannsynliggjort at gjennomføring av samvær er umulig eller ikke. Dette fremgår av tvfbl § 13-8 fjerde ledd sammenholdt med bl § 65 annet ledd.

En naturlig forståelse av ordet ”umulig” tilsier at det dreier seg om noe som overhodet ikke lar seg gjennomføre. Loven kan imidlertid ikke forstås så bokstavelig. § 13–8 står i tvangsfullbyrdeslovens kapittel om utlevering av løsøre, og ordlyden må forstås i lys av dette. Dersom et krav gjelder utlevering av løsøre, kan for eksempel dette vise seg å være ”umulig” hvis tingen er gått til grunne. ”Umulig” vil ikke ha samme betydning i en sak om tvangsgjennomføring av samværsrett. Terskelen er høy, men man må legge en rettslig forståelse av ordet til grunn ved fortolkningen. Som jeg vil komme nærmere tilbake til, er vurderingsnormen hvorvidt barnet det er snakk om vil påføres alvorlig psykisk belastning ved samvær. ”Alvorlig psykisk belastning” er ikke et begrep som språklig sett lett lar seg plassere i boksen ”umulig” eller ”ikke umulig”.

Formålet med reglene om tvangsfullbyrdelse av samvær er å beskytte samværsretten til den av foreldrene som barnet ikke bor hos. Bestemmelsen fungerer som ”et ris bak speilet” for å tvinge bostedsforelder til å respektere den avgjørelse om samværsrett som begjæringen om tvangsfullbyrdelse bygger på.⁹ Bl § 65 annet ledd sier at tvangsbot kan ilegges når samværsretten ”ikkje vert respektert”. I dette ligger en antakelse om at bostedsforelder er å bebreide for at samværet ikke gjennomføres som avtalt, ved at denne ikke respekterer og følger opp innholdet i samværsavtalen. Slik sett kan man si at reglene om tvangsfullbyrdelse av samvær har et pønalt element i seg. Jeg kommer nærmere tilbake til foreldrenes plikt til å medvirke til at samvær gjennomføres.

⁹ Ot.prp.nr.56 (1996-1997), kapittel 8.1.1

Tvangsgjennomføring av samvær skjer som nevnt ovenfor ved at retten ilegger vedkommende tvangsbot. Det er viktig å huske på at selve tvangsgjennomføringen ikke påvirker barnet direkte, men kun retter seg mot den av foreldrene som barnet bor hos. I rettens vurdering av om tvangsgjennomføring er umulig eller ikke, er derfor ikke selve tvangsmiddelets virkning for barnet en del av vurderingsgrunnlaget.

3.4.5 ”Barnets beste” sammenholdt med umulighetskriteriet

Hensynet til ”barnets beste” er som nevnt et grunnleggende hensyn ved avgjørelsen av om samvær skal finne sted eller ikke. Et spørsmål som reiser seg er hvordan forholdet er mellom hensynet til barnets beste og umulighetskriteriet, og i hvilken grad domstolene kan ta hensyn til barnets beste i vurderingen av om samvær er umulig eller ikke.

Som nevnt skal ”barnets beste” være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barnet i henhold til barnekonvensjonen art 3 nr 1. Dette følges opp i bl § 48, som sier at hensynet til barnets beste skal være en overordnet norm når det skal fattes avgjørelser i forhold som angår barnet.

§ 48 er å finne i kapittel 7 i barneloven, under overskriften ”Innleiande føresegner”. § 65 om tvangsgjennomføring av samvær er også å finne i kapittel 7. Én måte å forstå dette på er at en vurdering av barnets beste også må ligge til grunn i saker om tvangsgjennomføring av samvær. Det er ikke tvilsomt at hensynet gjelder ved selve saksbehandlingen. En annen ting er om hensynet gjelder fullt ut når det kommer til avgjørelsens materielle innhold.

I de opprinnelige forarbeidene til barneloven¹⁰ tok man det standpunkt at de materielle spørsmål vedrørende samværet skulle holdes utenfor spørsmålet om tvangsfullbyrdelse. Begrunnelsen for dette var at tvangsgjennomføringen ellers ville bli et lite effektivt middel, og at bostedsforelder heller burde henvises til å anlegge ny sak om barnefordelingen. Dette

¹⁰ NOU 1977: 35, kapittel 11.3

er gjeldende rett også i dag, og retten skal ved spørsmål om tvangsgjennomføring av samvær ikke ta selvstendig stilling til innholdet av samværsretten, eller om tvangsgjennomføring er heldig eller ikke. Retten skal uten videre legge avsagt dom, forvaltningsavgjørelse eller rettsforlik til grunn, og kun ta stilling til hvorvidt gjennomføring er umulig eller ikke.¹¹ En vurdering av om samvær er til barnets beste har allerede blitt gjort i forbindelse med avgjørelsen av om samvær skal finne sted eller ikke, og omfanget av samværsretten.

3.4.6 Krav til sannsynlighetsovervekt

Det følger av tvfbl § 13-8 fjerde ledd at dersom den saksøkte *”(...) sannsynliggjør at det er umulig å oppfylle kravet, skal retten på saksøktes begjæring stanse inndrivningen av mulkten og oppheve utlegg som måtte være gitt”*.

I sivile saker er det ingen generell regel om hvilken sannsynlighetsgrad som skal legges til grunn for et faktisk forhold. I henhold til teori og praksis er det alminnelig enighet om at hovedregelen er at retten skal legge til grunn det faktum som er mest sannsynlig, altså mer enn 50 % sannsynlig.¹² Når § 13-8 fjerde ledd sier at saksøkte må *”sannsynliggjøre”* at gjennomføring er umulig, tilsier dette at det er tilstrekkelig med simpel sannsynlighetsovervekt for at det ikke lar seg gjøre.

I de fleste saker er dette et greit utgangspunkt, men i enkelte saker er simpel sannsynlighetsovervekt ikke tilstrekkelig. I mitt materiale er det fremsatt påstand om overgrep i to saker.¹³ Et spørsmål som reiser seg er hvilket beviskrav retten skal legge til grunn ved avgjørelsen av om samvær er umulig eller ikke når den må ta stilling til

¹¹ Ot.prp.nr.56 (1996-1997), kapittel 8.1.1

¹² Ot.prp.nr.103 (2004-2005), kapittel 5.3.1

¹³ Se punkt 4.5

fremsetter påstander om overgrep. Hvis det legges til grunn at det er begått et straffbart forhold som vedkommende ikke er dømt for, kan dette få betydning for beviskravet.

I en sivil sak om fast bosted og samvær, der det er mistanke om overgrep mot barnet, vil beviskravet ikke være like strengt som i straffesaken. Hensynet til den som beskyldes for overgrep må veies mot hensynet til at barnet ikke skal utsettes for risiko for overgrep. Forarbeidene til bl § 48 annet ledd¹⁴ sier blant annet:

”Det forhold at det er et belastende faktum som legges til grunn vil generelt tale for at det kreves en sterkere grad av sannsynlighetsovervekt. I disse sakene vil imidlertid hensynet til at barnet ikke skal utsettes for risiko for overgrep tale for at risikoen får utslagsgivende effekt i tilfelle hvor det er like, eller også mindre, sannsynlig at det foreligger fare for overgrep.”

Det drøftes i forarbeidene om det skal legges frem forslag om en bundet bevisregel vedrørende sannsynlighetsgrad. Det uttales i den forbindelse at:

”I saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær er fakta svært sammensatt og har stor betydning for den konkrete vurderingen. Hvilken sannsynlighetsgrad som må anses tilstrekkelig vil derfor kunne avhenge av konkrete omstendigheter.”

Det er etter dette ikke noe fasitsvar når det gjelder hvilken grad av sannsynlighet retten skal legge til grunn når den skal vurdere påstander om overgrep, og retten må treffe sin avgjørelse basert på de konkrete omstendigheter i den enkelte sak.

Når det gjelder påstand om overgrep som er fremsatt i forbindelse med sak om tvangsgjennomføring av samvær, må retten vurdere påstanden opp mot umulighetskriteriet, det vil si hvilken grad av sannsynlighet som er nødvendig for å fastslå at

¹⁴ Ot.prp.nr.103 (2004-2005), kapittel 5.3.5

tvangsgjennomføring av samvær er umulig på grunn av fare for overgrep mot barnet. I følge tvfbl § 13-8 fjerde ledd er det som nevnt tilstrekkelig med 51 % sannsynlighet. Verken forarbeider eller litteratur er imidlertid klare på hvilken grad av sannsynlighet som kreves ved påstand om overgrep. Jeg vil derfor anta at beviskravet blir det samme som i andre saker hvor retten må ta stilling til en påstand om overgrep, altså at det beror på et konkret skjønn.

3.5 **Barnets rett til å bli hørt**

I alle avgjørelser som retter seg mot barn, er det et grunnleggende prinsipp at barnet har rett til å bli hørt i saker som angår dem.

Det følger av bl § 31 første ledd første punktum at barnet etter hvert som det blir i stand til å danne seg egne synspunkter på det saken dreier seg om, skal bli hørt før det tas avgjørelser om forhold som er av betydning for barnet. Av annet punktum fremgår det at vektingen av barnets synspunkter avhenger av barnets alder og modenhet. Bestemmelsens første og annet ledd retter seg først og fremst mot foreldrene til barnet, men det følger av tredje punktum at det samme gjelder for andre som har med barnet å gjøre, herunder domstoler.

Når barnet er fylt 7 år skal det få si sin mening før det blir fattet avgjørelser om personlige forhold for barnet, bl § 31 annet ledd. Når barnet fyller 12 skal det legges stor vekt på hva barnet selv mener. Om dette heter det i Norsk Lovkommentar:

”I dette ligger det ikke at barnets mening skal være utslagsgivende. Den skal tas i betraktning, men foreldrene kan komme til at andre hensyn veier tyngre, f.eks. søskens interesser eller familiens som helhet. Hvor stor vekt det skal legges på barnets mening, avhenger bl.a. av om barnet forstår rekkevidden av sitt standpunkt,

*hvor fast og velbegrunnet standpunktet er, og hvilke hensyn som trekker i andre retninger”.*¹⁵

Barnets rett til å bli hørt er samtidig en plikt for foreldre og andre til å la barnet si sin mening i saker som angår dem. Barn over 7 år har en ubetinget rett til å bli hørt. Hvis barnet ikke er hørt i en sak som angår dem, er det en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse av avgjørelsen. Barn kan høres selv om de er under 7 år, men det er ikke samme ubetingede rett som etter fylte 7 år. Det vil avhenge av i hvilken grad et yngre barn kan gi uttrykk for selvstendige synspunkter i en konkret sak.¹⁶

Barn har rett til å uttale seg, men det foreligger ingen tilsvarende plikt. En plikt for barnet til å uttale seg i spørsmål om barnet selv ønsker samvær eller ikke, kan sette barnet i en unødig lojalitetskonflikt mellom foreldrene, særlig i saker der konfliktnivået mellom foreldrene er høyt.

3.6 Bruk av sakkyndig

I flere av kjennelsene jeg har gått gjennom har retten under kjæremålsbehandlingen eller under behandlingen i tingretten gjort bruk av sakkyndig for å redegjøre for om og i hvilken grad barnet vil påføres skade ved samvær. I noen tilfeller legger lagmannsretten også vekt på erklæring fra sakkyndig avgitt under behandlingen av selve samværsaken når den skal fatte sin beslutning.

Rettens adgang til å innkalle sakkyndig reguleres av bl § 61 som omhandler avgjørelser under saksforberedelsen. Den gjelder også ved avgjørelser om tvangsgjennomføring av samvær, da §§ 61 og 65 begge er å finne i bl kapittel 7 om *”Sakshandsaminga i saker om foreldreansvaret, om kvar barnet skal bu fast og om samvær”*. Det fremgår av § 61 tredje

¹⁵ Sandberg (2007) note 55

¹⁶ Smith (2006) s 116 flg

ledd at: ”Retten bør der det trengst oppnemne sakkunnig til å uttale seg om eitt eller fleire av dei spørsmåla saka reiser”.

Det er den dommeren som forbereder saken som tar beslutningen om sakkyndig skal oppnevnes eller ikke. Det som står i sentrum for vurderingen av om sakkyndig skal oppnevnes eller ikke, er om det er forhold i saken som tilsier at en sakkyndig vil tilføre kunnskap som retten bør ha med i grunnlaget for avgjørelsen, og at dette ikke vil fremkomme på noen annen måte.¹⁷

I de sakene hvor retten oppnevner sakkyndig legges det stor vekt på den sakkyndiges uttalelser, og resultatet er som regel i samsvar med den sakkyndiges konklusjon. Når retten ikke er påbudt å oppnevne sakkyndig, er det klart at når den faktisk gjør det, er det fordi saken krever spesiell faglig kompetanse for å bli tilstrekkelig opplyst.

3.7 Høyesterettspraksis

Høyesterett har tolket ”umulig” i forhold til tvangsfullbyrdelse av samvær, og det har utviklet seg noen grunnvilkår. For det første er det et vilkår for å konstatere at samvær er umulig at den av foreldrene barnet bor hos lojalt og aktivt medvirker og oppmuntrer til at samvær skal finne sted. Dette fremgår blant annet av Rt. 1988 s 708 hvor Høyesterett uttaler:

”Det er ikke tvilsomt at gjennomføring av en samværsordning kan anses umulig og derfor ikke kan tvangsfullbyrdes på grunn av forhold som lagmannsretten her har funnet sannsynliggjort. Tvangsmulkt etter barneloven §48 (nå § 65) 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

¹⁷ NOU 1998:17, kapittel 6.7.1

medvirkning fra den som har omsorgen; det er ikke tilstrekkelig at vedkommende ikke motsetter seg samvær”.

Der barnet selv uttrykker sterk motvilje mot samvær kan dette også føre til at det antas umulig å gjennomføre samvær. Høyesterett uttaler i Rt.1989 s 489 følgende:

”(…) etter lagmannsrettens premisser synes barnets selvstendige standpunkt helt urokkelig. Hun vil ikke under noen omstendighet ha samvær med faren, et standpunkt som ikke nå vil kunne endres ved påvirkning fra kjæremotpartens side. På dette grunnlag kom lagmannsretten til at det er sannsynliggjort at gjennomføring av en samværsordning vil være umulig, jfr. barnelovens § 48 (nå § 65) og tvangsfullbyrdelseslovens § 236 tredje ledd, (nå § 13-8 fjerde ledd). - Kjæremålsutvalget kan ikke finne at lagmannsretten med dette har tolket nevnte lovbestemmelser uriktig”.

Videre må retten vurdere om barnet vil pådra seg alvorlige psykiske eller eventuelt fysiske skader som følge av samvær. Høyesterett uttaler følgende om lagmannsrettens tolking av umulighetskriteriet i Rt.1997 s 1557:

”Videre legger lagmannsretten til grunn at samvær kan gjøres umulig i lovens forstand dersom tvangsmessig gjennomføring vil utsette barnet for alvorlige psykiske belastninger. I vurderingen av hva som i denne saken - ut fra barnets interesser - er mulig, legger flertallet vekt på behovet for en opptrapping over tid, slik at barnet kan bli kjent med sin far, og på at moren ikke kan bebreides for at den opptrappingen som var fastsatt i rettsforliket, ikke lot seg gjennomføre.”

I en kjennelse inntatt i Rt.1997 s 2012 uttales det videre at:

”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.”

Slik jeg forstår det modifiseres standpunktet i Rt.1988 s 708 noe ved uttalelsen i Rt.1997 s 2012. I førstnevnte kommer Høyesterett til at unnlatt medvirkning uansett fører til at tvangsbortsettelse skal ilegges. I sistnevnte blir det derimot uttalt at morens lojalitetsplikt ikke blir like avgjørende for utfallet der barnet vil bli påført alvorlige skadevirkninger ved gjennomføring av samvær. Manglende oppfyllelse av medvirkningsplikt er likefullt et grunnvilkår for å ilegge tvangsbortsettelse, selv om det etter dette ikke kan sies å være et absolutt vilkår.

Lagmannsretten kan ikke vurdere grunnlaget for samværsretten på ny i en sak om tvangsgjennomføring av samvær. Det kan heller ikke vurderes om det er heldig eller ønskelig at samværsretten tvangsfullbyrdes. Vurderingstemaet er kun om det er sannsynliggjort at samvær er umulig eller ikke.¹⁸ Når retten skal avgjøre om samvær skal tvangsfullbyrdes eller ikke, må den ta utgangspunkt i det samværet som er fastsatt i tvangsgrunnlaget.

4 ANALYSE AV LAGMANNSRETTSPRAKSIS

4.1 Innledning

Ved søk etter relevante avgjørelser i Lovdata fant jeg 32 avgjørelser som tok for seg tvangsgjennomføring av samvær. I tre av avgjørelsene viste lagmannsretten i sin helhet til

¹⁸ Smith (2006) s 190

tingrettens begrunnelse og sluttet seg til denne. Etter forespørsel til de respektive tingretter fikk jeg tilsendt tingrettens kjennelse i to saker. Jeg behandler i det følgende de 31 avgjørelsene hvor innholdet i kjennelsene er beskrevet nærmere.

Det er et grunnvilkår for at samvær skal anses umulig at bostedsforelderen har medvirket aktivt og lojalt til at samvær skal kunne gjennomføres. Videre er det ved avgjørelsen av om gjennomføring av samværsrett skal tvangsfullbyrdes eller ikke, to forhold som går igjen i lagmannsrettens vurderinger. Det ene er hvorvidt samvær vil påføre barnet alvorlig psykisk belastning. Det andre er om barnet selv motsetter seg samvær. Dette utgjør hoveddelen av analysen. Videre er det i to saker fremsatt påstand om overgrep. Tre saker omhandler tilfeller hvor en enkeltstående hendelse har gjort at samvær bortfalt. Til sist tar jeg for meg fire tilfeller hvor sakene omhandler andre forhold. Disse behandles for seg.

Jeg vil i det følgende si noe om de tre hovedvilkårene; medvirkningsplikt, alvorlig psykisk belastning og barnets motvilje mot samvær samt kort beskrive innholdet i de utvalgte kjennelsene. Jeg vil deretter kommentere disse fortløpende under hver hovedgruppe. Til sist vil jeg foreta en oppsummering av hva jeg trekker ut av kjennelsene.

4.2 Foreldrenes medvirkningsplikt

Foreldrenes medvirkningsplikt er drøftet i tilnærmet alle kjennelsene jeg har undersøkt. Medvirkningsplikten gjør seg gjeldende uavhengig av om vurderingstemaet er alvorlig psykisk belastning, at barnet er motvillig til samvær med videre. Under dette punktet vil jeg derfor nøye meg med å si noe om medvirkningsplikten på generelt grunnlag. Jeg kommer nærmere tilbake til medvirkningsplikten slik den fremgår av de utvalgte kjennelser under punkt 4.3 til 4.7.

Som nevnt er det et grunnvilkår for å konstatere at samvær er umulig at plikten til lojal og aktiv medvirkning er oppfylt, men det er ikke et absolutt vilkår. Retten foretar i sin vurdering en avveining av i hvilken grad foreldrene har medvirket lojalt sammenholdt med

omfanget av skadevirkningene tvangsmessig gjennomføring vil ha for barnet. I noen saker finner retten at mor eller far har medvirket ”tilstrekkelig”. Hvilken grad av medvirkning som kan forventes av den enkelte forelder, er gjenstand for en konkret vurdering.

Konsekvensene av at medvirkningsplikten ikke er oppfylt kan være at retten finner at gjennomføring av samvær ikke er umulig. I noen tilfeller vil dette kunne oppleves særlig strengt for den av foreldrene det gjelder. Da tenker jeg spesielt på de tilfellene hvor samlivet mellom mor og far var preget av vold. Samværsretten står såpass sterkt i det norske samfunnet at mor i slike tilfeller likevel er forpliktet til å stille seg lojalt bak oppfyllelsen av fars samværsrett.¹⁹

I dagligtale vil mange omtale manglende medvirkning fra bostedsforelder som sabotering av samvær. Språklig sett er det et skille mellom ikke oppfylt medvirkningsplikt og en påstand om sabotering av samvær. Sistnevnte er et sterkere og mer belastende uttrykk. I saker hvor konfliktnivået mellom foreldrene er høyt, kan denne grensen være vanskelig å trekke. Domstolene er varsomme med å bruke ordet ”sabotere”, og holder seg til at bostedsforelder ikke har oppfylt sin medvirkningsplikt. I realiteten er det ikke nødvendigvis så stor forskjell.

En del av medvirkningsplikten er å skjerme barnet fra konflikten mellom foreldrene. Dette gjelder både bostedsforelder og samværsforelder. Hvis foreldrene kunne klare å holde barnet utenfor konflikten dem i mellom, ville belastningen som påføres barnet til en viss grad unngås.

Det kan synes som om medvirkningsplikten har en nedre grense som kommer frem i de sakene hvor samvær har bortfalt en enkelt gang. Det fremgår av mitt materiale at det skal mer til enn at bostedsforelder har tilrettelagt for samvær på en dårlig måte før tvangsbot ilegges. Se mer om dette under punkt 4.6.

¹⁹ Se punkt 4.3.3

4.3 Alvorlig psykisk belastning

Alvorlig psykisk belastning er et vagt begrep. Domstolene må i sin vurdering ta stilling til i hvilken grad en slik påstand er grunnet på faktiske skadevirkninger for barnet, eller om det er tale om løse påstander som ikke har rot i virkeligheten.

Psykisk belastning for barnet er drøftet i tilnærmet alle kjennelsene jeg har tatt for meg. I de kjennelsene jeg tar for meg under dette punktet er en fremsatt påstand om psykisk belastning hovedårsaken til at samvær hevdes å være umulig. Jeg har derfor valgt å ha dette som et eget punkt selv om termen blir brukt også under andre punkt i analysedelen av oppgaven.

Ti kjennelser omhandler hovedsaklig tilfeller der den av foreldrene barnet bor hos påstår at barnet utsettes for alvorlig psykisk belastning ved samvær. I tre av disse ti kjennelsene finner retten at samvær er umulig på grunn fare for alvorlig psykisk belastning for barnet. Det vil si i under 1/3 av sakene. I sju tilfeller er medvirkningsplikten ikke oppfylt. Dette samsvarer med de tilfellene hvor retten finner at tvangsgjennomføring av samvær ikke er umulig. I de tre tilfeller hvor tvangsgjennomføring er umulig, antas det at bostedsforelder har medvirket lojalt eller tilstrekkelig lojalt til gjennomføringen. I ett av tre tilfeller hvor samvær er umulig, er det far som har daglig omsorg for barnet. I ett av sju tilfeller hvor samvær ikke anses å være umulig, har far daglig omsorg for barnet. Her har imidlertid mor i endringssak fått den daglige omsorgen, men dommen er ennå ikke rettskraftig på tidspunktet for avsigelsen av kjennelsen om tvangsgjennomføring.

Jeg vil først ta for meg de sakene hvor samvær ble ansett å være umulig. Deretter vil jeg se på de sakene hvor samvær ikke ble ansett å være umulig.

4.3.1 Samvær umulig

I sak nummer 1 fra Borgarting lagmannsrett²⁰ holdt mor sønnen tilbake fra samvær etter at hun opplevde at barnet fikk sterke reaksjoner etter et konkret helgesamvær med far. Etter dette samværet hadde barnet problemer med kontroll av urin og avføring. Retten fant det sannsynliggjort at dette hadde årsakssammenheng med samværet med far. Mor hadde ikke opptrådt illojalt i forhold til medvirkningsplikten, og hun hadde en begrunnet bekymring for barnet som berettiget henne i å holde barnet tilbake fra samvær med far. Det ble påpekt at hensynet til barnet og barnets psykiske helse må gå foran samvær mellom far og barn. Retten viste til at det er bekymringsfullt at far valgte å ta saken til retten kun en måned etter det ikke gjennomførte samværet. De la i den forbindelse vekt på at far viste liten forståelse for barnets problemer. Det ble uttalt eksplisitt at samvær likevel burde gjenopptas med det første.

I sak nummer 2 fra Eidsivating lagmannsrett²¹ var saksforholdet at datteren vegret seg for overnattingssamvær med far. Barnet hadde ikke hatt kontakt med sin far i de første leveårene og kun sporadisk de siste par år. Mor fikk sine foreldre til å bringe barnet til samvær og overnatte sammen med barnet på hotell slik at far likevel kunne ha dagsamvær lørdag og søndag. På grunn av dette anså retten at mor hadde oppfylt sin medvirkningsplikt. Det ble lagt vekt på at barnet ikke kjente sin far og at en opptrappingsperiode var nødvendig for å skape tillit. Det samværet som far ønsket, og som var fastsatt i tidligere samværssak, ble ansett å være umulig.

I sak nummer 3 fra Gulating lagmannsrett²² gikk mor til sak for å få tvangsgjennomført samvær med datteren. Retten fant at det på bakgrunn av uttalelser fra BUP (Barne- og ungdomspsykiatrisk poliklinikk) var sannsynliggjort at barnet ville bli påført alvorlige psykiske belastninger ved samvær med mor. BUP anbefalte at samvær skulle skje under

²⁰ LB-2006-6346

²¹ LE-2005-19083

²² LG-2006-1922

tilsyn, og far avventet at ordning med tilsynsperson skulle komme i gang. Fars medvirkningsplikt ble ikke drøftet i kjennelsen. Her var forholdet at mor ikke klarte å skjerme barnet fra konflikten når barnet hadde samvær med henne. Når retten her fant at samvær var umulig, var det ikke begrunnet i påstander fra bostedsforelderen alene, men i uttalelser fra utenforstående fagpersoner.

4.3.2 **Kommentar**

I de tre sakene hvor samvær ble ansett å være umulig, har retten funnet det sannsynliggjort at barnet vil bli utsatt for alvorlig psykisk belastning ved samvær. Begrunnelsene som anføres for at samvær er umulig støttes av uttalelser fra lege, barnevern og andre instanser og legges derfor til grunn av retten. Felles er at det er forhold på den samværsberettigedes side og barnets reaksjoner ved samvær som begrunner at samvær er umulig. Med dette mener jeg at den av foreldrene som barnet bor hos i alle de ovennevnte sakene har oppfylt sin medvirkningsplikt, og at de ikke kan bebreides for at samvær ikke har kunnet finne sted som avtalt.

4.3.3 **Samvær ikke umulig**

I sak nummer 4 fra Borgarting lagmannsrett²³ stanset mor samværet med far fordi hun mente samvær ville påføre sønnen alvorlige psykiske belastninger. Hun begrunnet dette med at far var voldelig, og en konkret episode mellom far og mors nye samboer ved avhenting av barnet. Retten fant at belastningen kom av at barnet befant seg i stridssonen mellom mor og far og ikke av samværet med far i seg selv. Dette synspunktet støttes opp av uttalelser fra sakkyndig i forbindelse med inngåelsen av rettsforliket som dannet grunnlaget for begjæringen om tvangsgjennomføring. Barnets bedring etter at samvær ble stoppet kunne ikke tilskrives fravær av samvær med far, men at barnet etter at samvær ble

²³ LB-2007-100261

stanset unngikk konflikten mellom mor og far. Mor hadde ikke oppfylt sin medvirkningsplikt. Det at mor var utrygg i forhold til far på grunn av vold mot mor under samlivet gjorde ikke at hennes medvirkningsplikt bortfalt. Det er hensynet til barnet og dets rett til samvær med begge foreldre som skal ivaretas, ikke hensynet til foreldrene.

Det samme ble gjentatt i kjennelse nummer 5 fra samme rett,²⁴ hvor det ble uttalt at partenes dårlige forhold og mors utrygghet i forhold til far ikke var tilstrekkelig til å konstatere at umulighet forelå. I denne saken hadde far samvær med datteren i barnehagen, som fungerte som tilsynssted. Etter en episode der far mistet besinnelsen overfor et barn i barnehagen som hadde slått hans datter med et akebrett, stoppet mor samvær. Barnehagen ønsket etter denne hendelsen ikke lenger å være tilsynssted. Lagmannsretten vektla i sin beslutning at det i dommen om samværsrett ikke ble ansett nødvendig at far hadde samvær under tilsyn, men at dette likevel ble løsningen av hensyn til mor. Mor hadde avslått barnets farmor som tilsynsperson, selv om barnet og farmor hadde jevnlig kontakt. Det ble ikke uttalt uttrykkelig at medvirkningsplikten ikke var oppfylt, men det ble påpekt at den som har barnet boende hos seg, plikter å medvirke lojalt og aktivt til at samvær blir gjennomført.

I sak nummer 6 fra Borgarting lagmannsrett²⁵ sluttet retten seg til tingrettens begrunnelse, og det er denne som blir referert. Partene inngikk rettsforlik i april 2005. I august samme år stanset mor samværet, noe hun informerte far om per brev. Mor påstod at datteren på 2 år ville påføres alvorlig skade dersom samvær ble tvangsgjennomført. Hun begrunnet dette med at datteren skrek før hun skulle til samvær, og at hun måtte dra barnet ut av bilen når hun skulle bringe barnet til samvær. Mor anførte at hun antok at barnets oppførsel skyldtes ting hun hadde opplevd under samvær med far. Retten fant imidlertid at mor ikke kunne begrunne påstanden, og at mors antakelse ikke var tilstrekkelig til å holde barnet tilbake fra samvær. At et barn på to år gråter når det skal forlate mor, er ikke unormalt og kan ikke regnes som et uttrykk for vegring hos barnet. Mor opplevde at far oppførte seg aggressivt

²⁴ LB-2007-35383

²⁵ LB-2005-173556

mot henne. Retten uttalte om dette at mors opplevelser i forhold til far ikke ga grunnlag for å anta at barnet ville lide noen overlast ved samvær. Retten konkluderte videre med at mor ikke hadde oppfylt sin medvirkningsplikt på en tilstrekkelig lojal måte ved at hun kort tid etter rettsforliket, og på svakt grunnlag, stanset samværet. Det var grunnlag for å ilegge tvangsbot.

I sak nummer 7 kom Borgarting lagmannsrett²⁶ til et annet resultat enn tingretten. Tingretten vektla at far snakket negativt om mors omsorgsevne til datteren, og at han hadde stort fokus på barnets ”utseende, kosthold og farene ved usunn livsstil”. Lagmannsretten oppnevnte i samråd med partene sakkyndig for kjærmålsbehandlingen. Hun uttalte i motsetning til tingretten at barnet selv ga uttrykk for at hun ønsket samvær, og at mor ved å omtale far i negative ordelag forsterket et bilde hos barnet av far som skremmende og utilregnelig. Videre mente hun at det ikke var sannsynlig at barnet ville få psykososiale skader ved samvær med far, men at risikoen for skade var stor ved den lojalitetskonflikten barnet opplevde ved at foreldrene snakket negativt om hverandre i hennes nærvær. Lagmannsretten la vesentlig vekt på den sakkyndiges uttalelser i saken. Medvirkningsplikten ble ikke drøftet eksplisitt, men retten la til grunn at barnets bilde av far ikke bygget på egne erfaringer, men på mors uttalelser om far. Dette i seg selv gjorde at gjennomføring av samvær ikke var umulig.

I kjennelse nummer 8 fra Borgarting lagmannsrett²⁷ krevde mor samværsretten tvangsgjennomført. Fars påstand om at mors samvær med sønnen ville påføre alvorlig psykisk belastning, førte ikke frem. Lagmannsretten viste til tingrettens vurderinger, hvor det ble lagt vekt på uttalelser fra rettsoppnevnt sakkyndig, vitneforklaring fra overlege ansatt ved Ullevål universitetssykehus som hadde behandlet mor samt parts- og vitneforklaringer. Fars påstander ble ikke støttet opp av utenforstående, og eventuell motvilje hos barnet ble antatt å stamme fra påvirkning fra far og farmors side.

²⁶ LB-2005-56513

²⁷ LB-2007-10474

I sak nummer 9 fra Borgarting²⁸ påstod mor at sønnen ville bli påført alvorlig psykisk belastning ved samvær med far. Retten fant imidlertid ikke dette sannsynliggjort. Det ble lagt til grunn at barnet var motvillig til samvær, men dette ble ikke tillagt avgjørende vekt grunnet barnets alder, åtte og et halvt år. Retten fant, på bakgrunn av uttalelse gitt av sakkyndig i forbindelse med dom i samværssaken, at årsaken til barnets motvilje skyldtes manglende medvirkning fra mors side. Dette stod sakkyndig ved også i tingrettsbehandlingen av begjæring om tvangsgjennomføring. Andre sakkyndiguttalelser forelå ikke. Retten fant ikke at det var holdepunkter for å anta at forhold på fars side tilsa at barnet ville bli påført slik belastning som mor hevdet, men at samvær ville kunne gjennomføres ved mors medvirkning.

I avgjørelse nummer 10 fra Frostating lagmannsrett²⁹ påstod mor at datteren ville utsettes for alvorlig psykisk belastning ved samvær med far. Hovedårsaken til dette var at det til nå nesten ikke hadde vært gjennomført samvær med far, og at gjennomføring av samvær i det omfang dommen la opp til, ville påføre barnet skade som nevnt. Lagmannsretten tiltrådte i sin helhet tingrettens begrunnelse. Det er således denne som refereres. Mors påstand om alvorlig psykisk belastning blir ikke støttet av andre. Det fulgte av dommen om samværsretten at forholdet mellom far og barn var bra. Ifølge dommen ble dette bekreftet av styreren i barnehagen der samværene hadde funnet sted. Lagmannsretten sluttet seg til bemerkningene i dommen om samværsretten når den fant at hovedårsaken til problemet var mors sterke mistro til far. Retten fant etter dette ikke at samvær var umulig.

4.3.4 **Kommentar**

I de sju tilfellene som er beskrevet overfor, ble gjennomføring av samvær ikke ansett å være umulig. Retten uttaler eksplisitt eller implisitt i alle sju at den av foreldrene som

²⁸ LB-2006-44947

²⁹ LF-2007-83273, se også TINDE-2006-182957

barnet bor hos har plikt til å medvirke til at samvær finner sted. Medvirkningsplikten er ikke oppfylt i de tilfellene der samvær ikke anses å være umulig.

I de to førstnevnte tilfeller trekker retten ikke i tvil at mor for så vidt har grunnlag for bekymring ut fra sine egne erfaringer under samlivet med far. Imidlertid anses ikke dette å være tungtveiende grunner når det kommer til spørsmålet om samvær. Vurderingstemaet er forholdet mellom barnet og den av foreldrene barnet skal ha samvær med, og om det er forhold her som tilsier at barnet vil kunne få en alvorlig psykisk belastning dersom samvær gjennomføres. Retten konkluderer med at mor tross sin bekymring og tidligere erfaring har plikt til å medvirke aktivt og lojalt til at samvær skal finne sted. Det er lett å sympatisere med mors ståsted i slike tilfeller, men dette vektlegges ikke i den rettslige vurderingen i hver enkelt sak.

I sak nummer 3 fremsetter mor påstand om at far opptrer aggressivt overfor henne. Retten finner imidlertid ikke dette sannsynliggjort, og uttaler at så lenge barnet ikke tar skade av samværet, kommer forholdet foreldrene imellom i annen rekke.

I de fire sistnevnte tilfellene har den av foreldrene som barnet bor hos, fremsatt en påstand om at barnet vil bli utsatt for alvorlig psykisk belastning ved gjennomføring av samvær. Påstandene underbygges imidlertid ikke av uttalelser fra andre, og retten legger derfor ikke stor vekt på dem. Det er den barnet bor hos som ofte har størst kjennskap til barnets reaksjoner og holdninger til samvær. Imidlertid har denne også størst mulighet til å påvirke barnet, både bevisst og ubevisst, med egne holdninger. Rettens oppgave blir derfor å se slike påstander i lys av situasjonen de fremsettes i. Presumpsjonen er at barnets beste tilsier samvær med begge foreldre, og mors eller fars negative holdninger til den andre gir alene som hovedregel ikke grunnlag for å hindre samvær. Videre er det allerede konkludert med at samvær er til barnets beste ved avgjørelsen av samværsretten. Dette kan retten som tidligere nevnt ikke velge å se bort fra ved vurderingen av umulighetskriteriet.

I to saker omtaler retten spesifikt de mulige skadevirkninger for barnet ved at det befinner seg i stridssonen mellom mor og far og den lojalitetskonflikten dette medfører. Jeg vil tro at barn som vokser opp med foreldre som ikke lenger er sammen til en viss grad påvirkes av dette, også der foreldrene ikke nødvendigvis har et svært anstrengt forhold til hverandre. Der foreldrene åpenlyst overfor barnet gir uttrykk for en negativ holdning til den andre, kan barnet bli satt i en uholdbar situasjon hvor det blir nødt til å ta standpunkt til foreldrenes uttalelser. Retten kan ikke pålegge foreldrene å like hverandre, men det kan spørres om ikke foreldrene likevel har en plikt til å ikke involvere barnet i konflikten dem i mellom, og at dette bør falle inn under grunnvilkåret om lojal medvirkning. Problemet er hvordan dette kan håndheves, da det ikke er mulig å føre noen effektiv kontroll med partenes holdninger og væremåte med tanke på samværssituasjonen.

Selv om retten finner at faren for skadevirkninger for barnet er stor på grunn av foreldrenes konflikt, gjør ikke dette nødvendigvis samvær umulig. Risiko for skade påført barnet på grunnlag av konflikten mellom mor og far er altså ikke tilstrekkelig til å si at samvær er umulig, når det ikke er samværet i seg selv som påfører barnet skaden.³⁰ Det kan spørres om det blir tatt tilstrekkelig hensyn til barnet i saker hvor utfallet blir som nevnt. Selv om samværet ikke påfører barnet skade, har man ingen mulighet for å kontrollere om foreldrene klarer å legge konflikten bak seg slik at barnet unngår å komme i lojalitetskonflikt mellom foreldrene. Jeg er tilbøyelig til å mene at foreldrenes rett til samvær her bør komme i bakgrunnen, slik at hensynet til barnet gjør at samvær likevel blir ansett å være umulig når foreldrene ikke klarer å skjerme barnet fra konflikten seg i mellom.

³⁰ Se f.eks sak nr 7 hvor sakkyndig konkluderte med at risiko for skade var stor pga lojalitetskonflikten barnet opplevde

4.4 Barnets motvilje mot samvær

Hvis barnet selv uttrykker sterk motvilje mot samvær, må retten vurdere om belastningen barnet påføres ved at samvær tvinges gjennom mot barnets vilje er alvorlig nok til at samvær anses å være umulig. Domstolene trenger ikke legge avgjørende vekt på barnets egen mening, men barnets mening er en del av vurderingsgrunnlaget. Hvor stor vekt som legges på barnets mening, avhenger av barnets modenhet og klarhet i holdningene som uttrykkes.³¹ Domstolene ser også på hvorvidt motviljen er et uttrykk for barnets egen holdning, eller om den springer ut av foreldrenes meninger og holdninger til samvær.³² Foreldrenes medvirkningsplikt synes ikke å være avgjørende i like stor grad i saker hvor barnet uttrykker motvilje mot samvær som i saker hvor det er fremsatt påstand om alvorlig psykisk belastning.

12 kjennelser handler hovedsaklig om barnets uttrykte motvilje mot samvær. I åtte av de nevnte 12 sakene kommer retten til at tvangsgjennomføring av samvær er umulig på grunn av barnets sterke motvilje mot samvær. I sju av sakene hvor samvær anses å være umulig, er barna fylt 12 år, mens kun én sak gjelder barn under 12 år. I de fire sakene hvor samvær ikke blir ansett å være umulig, er barna mellom sju og 12 år. I tre saker hvor samvær ble ansett å være umulig, har far daglig omsorg for barnet. I én sak hvor samvær ikke ble ansett å være umulig, har far daglig omsorg.

4.4.1 Samvær umulig

I sak nummer 11 fra Borgarting lagmannsrett³³ konkluderte retten med at årsaken til barnets vegring mot overnattingsamvær hos mor for en stor del kunne forklares med at far ikke klarte å skjerme barnet fra konflikten. Dels hadde vegringen bakgrunn i forhold på fars

³¹ Se punkt 3.5

³² Se punkt 3.7

³³ LB-2007-90962

side, dels i barnets egne meninger og erfaringer fra tidligere samvær med mor. Retten fant at barnet, som var 12 år, var stort nok til å danne seg egne meninger og oppfatninger om sitt forhold til mor. Fordi han var så bestemt på at han kun ville ha kortvarige samvær, anså retten det umulig å overvinne hans motstand, selv med lojal og aktiv tilskyndelse fra fars side. Det ble påpekt at begge foreldre, på egen hånd eller med hjelp fra fagkyndige, var ansvarlige for å få til et samarbeid som gjorde at barnet ikke lenger befant seg i konflikten mellom foreldrene.

I kjennelse nummer 12 fra samme rett³⁴ var forholdet at barnet vegret seg mot samvær med mor på grunn av at han mislikte mors nye samboer. Det ble påpekt i rettens bemerkninger at barnet, når det som her hadde fylt 12 år, skulle bli hørt, og at det skulle legges stor vekt på barnets mening. Etter en samlet vurdering basert på uttalelse fra sakkyndig psykolog oppnevnt for kjæremålsbehandlingen og øvrige opplysninger, konkluderte retten med at samvær måtte anses å være umulig. Avgjørende vekt ble lagt på at barnet ga klart uttrykk for at han ikke ønsket samvær med mor når mors samboer var tilstede, og at det ikke var noe som tilsa at synspunktene ikke var barnets egne. Det ble påpekt at mor kunne tilrettelegge slik at samvær fortsatt kunne finne sted, selv om det ikke kunne gjennomføres slik som opprinnelig forutsatt.

I sak nummer 13³⁵ var forholdet at to barn på henholdsvis 13 og 17 år sterkt ga uttrykk for at de motsatte seg samvær med far. Motviljen var så sterk at det ble antatt å være begrenset hva mor kunne gjøre for å endre på dette. Det ble lagt vesentlig vekt på barnas alder. For den eldste var det ingen tvil om at han ikke kunne tvinges til samvær mot sin vilje. Retten kom under noe tvil til at det samme måtte gjelde for den yngste, idet han hadde sterk lojalitet til sin eldre bror og sin mor. Det ble påpekt at både tingretten og lagmannsretten anså at det beste for barna var å ha kontakt med begge foreldre, og at de kunne trenge hjelp til å komme ut av en fastlåst situasjon.

³⁴ LB-2007-31363

³⁵ LB-2007-5762

I sak nummer 14 fra Hålogaland³⁶ kom retten til at samvær måtte anses umulig, hovedsaklig på grunnlag av barnets motvilje mot samvær med far. Det ble oppnevnt sakkyndig i kjæremålsbehandlingen for å utrede om samvær kunne la seg gjennomføre. Usikkerheten i forhold til barnets motvilje mot samvær knyttet seg til om barnet uttrykte egne meninger og om hennes opplevelser var selvopplevde. Den sakkyndige påpekte at samvær gjennomført ved tvang ville kunne ha alvorlige konsekvenser for barnets forhold til mor og mors rolle som den som skulle gi beskyttelse og trygghet. Barnet var 12 år og hadde selv en forventning om at hennes mening skulle bli hørt. Hun hadde overfor den sakkyndige gitt uttrykk for at motviljen mot samvær var hennes egen. Det ble ikke utelukket at mors negative innstilling til far i utgangspunktet kunne ha spilt en rolle. Dette ble imidlertid ikke tillagt vekt slik situasjonen var på tidspunktet for avsigelsen av kjennelsen. Overlevering av barnet til samvær ville kreve fysisk makt, og retten anså at skadevirkningene av dette ville være for store.

I kjennelse nummer 15 fra Gulating lagmannsrett³⁷ ble en avgjørelse om tvangsbót for mor omgjort etter at lagmannsretten hadde avsagt ny dom som sa at far ikke skulle ha samvær med barna. Samvær ble ansett umulig, idet barna klart ga uttrykk for at de ikke ønsket samvær med far. Retten la til grunn at barnas standpunkt var utslag av egne erfaringer og refleksjoner, og at dette synspunktet var noe som var opprettholdt over tid. Barna var henholdsvis 13, 15 og 16 år, og det måtte legges stor vekt på deres syn. Retten la til grunn at et eventuelt samvær ville måtte gjennomføres med tvang overfor barna, noe som talte mot tvangsgjennomføring av samvær.

I kjennelse nummer 16 fra Borgarting³⁸ var forholdet at barnet hadde sterk motvilje mot samvær med mor. Bakgrunnen for barnets motvilje ble antatt å være et konfliktfylt forhold til broren som hadde fast bosted hos mor. Barnet uttalte også at han hadde et anstrengt forhold til sin mor. Sakkyndig oppnevnt for kjæremålsbehandlingen fant at barnet

³⁶ LH-2006-102501

³⁷ LG-2006-14491

³⁸ LB-2005-1271

”(…)synes å være så urokkelig at gjennomføring av samvær må antas å være både integritetskrenkende og umulig”. Barnet var 14 år, og retten fant at hans selvstendige standpunkt om at han ikke ønsket samvær måtte respekteres. Retten fant videre at far i tilstrekkelig grad hadde medvirket til at samvær skulle finne sted, og at barnets vegring ikke stammet fra fars påvirkning. Gjennomføring av samvær ble ansett å være umulig.

I sak nummer 17 fra Borgarting³⁹ motsatte barnet seg samvær med far. Barnet var ni og et halvt år og hadde gitt klart uttrykk for at hun ikke ønsket samvær. Barnet, som ble født i 1996, hadde ingen kontakt med sin far inntil han krevde å få samvær i 2004. Retten uttalte at barnets vegring mot samvær ikke trengte noen annen begrunnelse enn at hun ikke kjente sin far og at han var som en fremmed for henne. Retten fant det sannsynlig at mor var åpen for at far skulle ha samvær med barnet, men at hun ikke klarte å tvinge dette igjennom når barnet var så sterkt imot det. Dette ble ikke ansett å være illojal opptreden fra mors side. Samvær ble ansett å kunne føre til så alvorlig psykisk belastning for barnet at tvangsgjennomføring var umulig. Det ble påpekt at retten mente at samvær mellom far og datter måtte trappes opp gradvis slik at de ble bedre kjent, og at det for barnet ville bli for voldsomt å gjennomføre et såpass omfattende samvær som det som fremgikk av rettsforliket.

I sak nummer 18 fra Gulating lagmannsrett⁴⁰ var barna 12 og 10 år. Far hevdet at mor saboterte samværet hans med barna. Retten fant imidlertid at hovedårsaken til barnas motvilje mot samvær var forhold på fars side og hans handlemåte overfor barna. Det forelå uttalelser om at far fremprovoserte krangler med barna, at han alltid skulle ha rett og at han latterliggjorde mangelfulle kunnskaper hos barna. Barnas uttalelser bekreftet også dette. Samvær hadde vært forsøkt gjennomført med barnevernets hjelp uten at det hadde hjulpet. Barnas motvilje kom klart frem under dommersamtale med barna og også i samtaler med barneverntjenesten. Selv om retten fant at det ikke kan utelukkes at mor burde medvirket i større grad, anså den ikke at det med rimelighet kunne kreves større medvirkning slik

³⁹ LB-2005-120301

⁴⁰ LG-2005-7652

situasjonen var på tidspunktet for avsigelsen av kjennelsen. Det ble bemerket også her at det som hovedregel blir antatt at det er best for barna å ha kontakt med begge foreldre og at foreldrene bør etterstrebe dette, eventuelt med bistand fra profesjonelle aktører.

4.4.2 **Kommentar**

I de åtte sakene hvor samvær blir ansett å være umulig på grunn av barnas sterke motvilje, er de fleste barna over 12 år. Det er kun i én sak at barnet er under den alderen der loven slår fast at det skal legges stor vekt på hva barnet selv mener. Dette gjelder sak nummer 17 hvor barnet det dreier seg om er ni og et halvt år. Når det i denne saken er lagt avgjørende vekt på hva barnet selv mener om samvær, er det fordi hun gir *"(...) klart uttrykk overfor namsmannen for at hun ikke vil ha noe samvær med faren"*. Dette må igjen sees i sammenheng med at retten finner at mor har oppfylt sin medvirkningsplikt i tilstrekkelig grad. Det kommer klart frem at det i alle kjennelsene er lagt stor vekt på barnas mening. Hvis man skal trekke en konklusjon på bakgrunn av dette, må det være det skal mye til før retten ikke vektlegger barnets mening i saker der barnet har fylt 12 år, og at tilsvarende også gjelder yngre barn der barnet gir klart og tydelig uttrykk for at det ikke ønsker samvær.

4.4.3 **Samvær ikke umulig**

Barna i neste sak, nummer 19,⁴¹ var 11 ½ og snart 10 år på tidspunktet for avsigelsen av kjennelsen. Retten fant at sett i sammenheng med øvrige opplysninger i saken om forholdet mellom barna og faren, kunne den ikke legge avgjørende vekt på barnas vegring mot samvær. Det ble ansett overveiende sannsynlig at barna med mors medvirkning ville kunne gjennomføre samvær med far. Retten fant at det ikke var gitt opplysninger i saken som tilsa

⁴¹ LB-2006-46073

at barna ville bli påført alvorlige psykiske belastninger ved samvær. Barnas skepsis og motvilje medførte derfor ikke umulighet.

I kjennelse nummer 20 fra Borgarting⁴² ble det uttalt om barnets alder og dets rett til å bli hørt, at vegring hos barn på henholdsvis fire og sju år ikke kunne tillegges samme avgjørende vekt som hvis saken gjaldt eldre barn. Det ble videre antatt at mor hadde forsømt sin medvirkningsplikt, og at dette var hovedårsaken til at barnet på sju år ikke ville til far.

I en kjennelse fra Frostating lagmannsrett, nummer 21,⁴³ fant retten at det ikke kunne legges avgjørende vekt på barnets holdning til samvær med mor. Barnet var ni år. Sakkyndig konkluderte med at samvær med mor var godt for barnet. Retten fant det sannsynliggjort at barnets motvilje når det gjaldt samvær måtte tilskrives fars holdninger. Det ble påpekt at fars medvirkningsplikt strakk seg lenger enn til å ikke stille seg negativ til samvær. Det må kreves aktiv og lojal medvirkning og stadig motivering og oppmuntring fra fars side. Det ble blant annet uttalt at far verken kunne eller skulle innta en passiv rolle i forhold til barnets motvilje mot samvær, og at det hørte med til en forstandig oppdragerrolle å gi beskjed om at det ikke var barnet som bestemte om samvær skulle finne sted eller ikke. Far hadde fremlagt en erklæring fra en lege som hadde hatt samtale med barnet og som frarådet å utøve press for å få gjennomført samvær. Retten la ikke avgjørende vekt på denne, og fant at oppmuntring og tilskyndelse fra fars side ikke ville føre til psykisk belastning for barnet. Retten uttalte videre at dersom far ikke selv mestret å få barnet til å ha samvær med mor, hadde han en plikt til å søke profesjonell bistand for å få bearbeidet barnets motvilje.

I sak nummer 22 fra Borgarting lagmannsrett⁴⁴ hadde barnet, som var 15 år, sagt at han i utgangspunktet ønsket å bo hos far og, hvis dette ikke var mulig, at han ønsket omfattende

⁴² LB-2007-14600

⁴³ LF-2005-184139

⁴⁴ LB-2006-144059

samvær. Mor ga under behandlingen av omsorgssaken uttrykk for at dersom hun fikk daglig omsorg, ville hun ikke la barna treffe far, og samvær hadde ikke funnet sted siden. Det var en forhistorie med vold og voldsbruk overfor mor foran barna ,og også overfor barna. Mor anførte at barnet ikke forstod rekkevidden av konsekvensene ved å ha samvær med far. Retten fant imidlertid at det måtte legges stor vekt på hva barnet mente, og at det ikke forelå opplysninger som sannsynligjorde at samvær var umulig.

4.4.4 **Kommentar**

I de tre førstnevnte sakene vegrer barna seg mot samvær. Retten legger ikke avgjørende vekt på barnas mening i noen av sakene. Barna er i alle tre saker under 12 år. Det er også et fellestrekk for de tre sakene at bostedsforelders medvirkningsplikt ikke er oppfylt.

I sak nummer 21 ovenfor, går retten langt i å påpeke hvor langt medvirkningsplikten faktisk går. Med uttalelser om at far verken skal eller kan innta en passiv rolle når det gjelder gjennomføring av samvær, og at det hører med til en forstandig oppdragerrolle å gi beskjed om at det ikke er barnet som bestemmer om samvær skal finne sted eller ikke, retter domstolen relativt skarp kritikk til fars handle- og væremåte.

I den fjerde saken var forholdet at barnet ønsket samvær med sin far, mens mor allerede i omsorgssaken ga uttrykk for at hun ville stille seg negativ til samvær mellom far og barnet dersom hun ble tilkjent den daglige omsorgen. Retten stiller ikke spørsmålstegn ved mors anførsler om at far har utøvet vold mot både henne og barna. Avgjørende vekt blir lagt på at barnet, som er 15 år, ønsker samvær med sin far. Når barnet er såpass voksent, kan retten vanskelig se bort fra barnets eget ønske i en slik sak. Dertil kommer presumpsjonen om at det beste for barnet er å ha samvær med begge foreldre.

Når retten i sin vurdering finner at samvær ikke er umulig, på tross av at den ikke kan se bort fra at far har utvist voldelige tendenser, er dette på bakgrunn av en helhetsvurdering. Presumpsjonen om at det beste for barnet likevel er samvær må antas å veie tyngre enn det

faktum at forhold hos samværsforelderene ikke nødvendigvis er ideelle. Det vil ikke være rettens oppgave å ta hensyn til mors følelser ved avgjørelsen av om samvær er umulig eller ikke, så lenge det ikke er sannsynliggjort at barnet vil påføres skade ved gjennomføring av samvær.

Som mitt materiale viser, er det langt flere tilfeller hvor samvær anses å være umulig ved barnets motvilje mot samvær, enn i tilfeller der det er fremsatt påstand om alvorlig psykisk belastning. I tre av ti saker hvor det er fremsatt påstand om alvorlig psykisk belastning, finner retten at samvær er umulig, mens i hele åtte av 12 saker hvor barnet uttrykker motvilje mot samvær, blir samvær ansett å være umulig.

Det er vanskelig å vurdere bakgrunnen for denne forskjellen basert på kjennelsesbegrunnelsene. Barnets lovfestede rett til å bli hørt kan være én mulig hovedårsak til ulikheten. Der barnet uttrykker sterk motvilje mot samvær vil dette til en viss grad slå bunnen ut av presumpsjonen om at det beste for barnet er å ha samvær med begge foreldre.

4.5 Overgrep

I to kjennelser anføres seksuelle overgrep som begrunnelse for hvorfor samvær er umulig. I begge saker ble forholdet anmeldt og henlagt på grunn av bevisets stilling, noe som gjør vurderingen vanskelig. I saker hvor det er mistanke om seksuelle overgrep, kan ikke samme strenge bevisvurdering legges til grunn som i straffesaker.⁴⁵ Samvær ble ansett å være umulig i den førstnevnte, men ikke i den sistnevnte.

I sak nummer 23, fra Hålogaland lagmannsrett⁴⁶, fant lagmannsretten at det ikke forelå øvrige holdepunkter for at overgrep hadde skjedd enn at mor hevdet det. Det ble uttalt at

⁴⁵ Smith (2006) s 181. Se også om dette ovenfor under punkt 3.4.5

⁴⁶ LH-2006-22335

lagmannsretten selv ikke kunne ta stilling til om overgrep hadde skjedd, men at det ikke kunne utelukkes. Barnet var lite og hadde til nå ikke hatt mye samvær med sin far. At samvær ikke ble tvangsgjennomført ville ikke innebære noe brudd i et aktivt pågående samvær, noe som ble vektlagt i vurderingen av hva som ble ansett å være til barnets beste, sett i forhold til at barn har rett til samvær med begge foreldre. Retten kom under sterk tvil til at samvær var umulig og at det ikke kunne tvangsgjennomføres. Retten vektla at det var reist endringssak om samværsretten hvor disse forhold ville bli nærmere belyst. Det kan derfor ikke utelukkes at avgjørelsen ville fått et annet utfall uten rettens kunnskap om endringssaken.

I sak nummer 24, også fra Hålogaland lagmannsrett,⁴⁷ vurderte retten konkret om fare for overgrep og vanskjøtsel gjorde at samvær mellom far og barn var umulig. Retten uttalte at hensynet til barnet måtte veies opp mot hensynet til far og muligheten for at beskyldningene om overgrep var gale. Selv om det ikke var samme strenge bevisvurdering som lå til grunn som i straffesaker, fant lagmannsretten ikke holdepunkter i saken som tilsa at risiko for seksuelle overgrep gjorde samvær mellom far og barn umulig.

I samme sak hevdet mor at far vanskjøttet barnet under samvær. Barnet kom hjem fra samvær med sår og svie i baken grunnet at far ikke hadde vært grundig nok ved stell og bleieskift. Lagmannsretten uttalte at den ikke så bort fra at dette kunne være riktig, men at problemet måtte antas å være sterkt redusert i og med at barnet nå var eldre. De anså dette som et konkret problem og ikke noe som ville gjøre seg gjeldende på andre måter. Samvær ble heller ikke på dette grunnlag ansett å være umulig.

4.5.1 **Kommentar**

Overgrep vil klart nok føre til alvorlig psykisk belastning for et barn. Når retten her i begge tilfeller er tilbakeholdne med å konstatere umulighet begrunnet i fare for overgrep, kan det

⁴⁷ LH-2007-65718

ha ulike årsaker. Retten nevner selv noen, blant annet at hensynet til barnet må veies opp mot hensynet til far og muligheten for at beskyldningene kan være gale. Hvis man leser mellom linjene og vurderer kjennelsene i lys av de omfattende konsekvensene det vil få om man begrunner avgjørelsen med at det er sannsynlig at overgrep har skjedd, til tross for at far ikke er dømt for forholdet, er det forståelig at lagmannsretten er forsiktig i sine uttalelser. Et spørsmål som kan stilles i den sammenheng, er om en slik begrunnelse for hvorfor samvær er umulig kan komme i strid med uskyldspresumpsjonen i strafferetten. Jeg går ikke nærmere inn på dette, da det faller utenfor temaet for oppgaven.

Saksforholdet i de to sakene er relativt like. I begge saker er forholdet etterforsket på bakgrunn av informasjon gitt av mor, og begge saker er henlagt. Det uttales i begge at det ikke kan tas noen risiko i saker om overgrep mot barn. Når utfallet likevel blir forskjellig, legger retten, slik jeg forstår det, avgjørende vekt på at det i den ene er reist endringssak om samværet hvor blant annet påstandene om overgrep vil bli vurdert nøye. Retten understreker imidlertid at det er under sterk tvil de kommer til at samvær er umulig.

I saken hvor samvær ikke ble ansett å være umulig, uttaler ikke retten at den er sikker på at overgrep ikke har skjedd, men at den likevel ikke finner holdepunkter som tilsier at risiko for overgrep gjør samvær umulig. I den andre saken uttales det at *”det på det nåværende tidspunkt ikke kan ses bort fra at det foreligger en viss mulighet for at overgrep i en eller annen form kan ha skjedd overfor barnet”*. Det kan synes som om forholdene rundt det påståtte overgrepet var bedre opplyst i førstnevnte sak, og at retten på dette grunnlag fant det mindre betenkelig å ilegge mor tvangsbot hver gang samværsretten ikke ble respektert.

Selv ved mistanker om overgrep mot barnet legges altså listen høyt for når samvær anses å være umulig.

4.6 Tvangsgjennomføring av samvær etter en gangs mislighold

I tre saker er forholdet at mor eller far i utgangspunktet er å bebreide for at samvær bortfalt, men at samvær har funnet sted uten avbrudd både forut for og i etterkant av det avlyste samværet.

I kjennelse nummer 25 fra Frostating lagmannsrett⁴⁸ skulle mor i henhold til den inngåtte avtalen ha det praktiske og økonomiske ansvaret i forbindelse med en samværs helg hos far. Av økonomiske årsaker valgte mor å kjøre barna til samvær i stedet for å sende barna med fly som avtalt i rettsforliket. Mor ble imidlertid syk slik at hun ikke kunne kjøre barna likevel, og samvær utgikk denne helgen. Mor hadde legeerklæring som bekreftet sykdommen. Mor tilbød seg å være ansvarlig for samvær ved en senere anledning, og partene ble enige per epost om at mor skulle være ansvarlig for de to neste samværs helger. Retten fant at mor kunne kritiseres for dårlig organisering rundt den konkrete samværs helgen. Samvær hadde imidlertid funnet sted i henhold til rettsforliket i etterkant av den konkrete helgen da samvær bortfalt. Retten fant at dette styrket sannsynligheten for at det her dreide seg om en enkelthendelse. Retten fant videre ikke mors opptreden illojal.

I sak nummer 26 fra Eidsivating lagmannsrett⁴⁹ skulle far ha samvær med barnet i henhold til rettsforliket mellom foreldrene. Dagen før sendte mor melding om at barnet ikke ønsket å reise, og at hun nå tok valget for barnet og bestemte at barnet fikk være hjemme. Far fremsatte deretter krav om tvangsfullbyrdelse av samværsretten. Retten fant at den ikke trengte å ta stilling til umulighetskriteriet i saken, da det var tilstrekkelig å drøfte om medvirkningsplikten var oppfylt. Det ble konkludert med at mor burde oppmuntret og tilskyndet barnet i større grad enn hun faktisk gjorde. Imidlertid fant retten ikke at mors handlemåte representerte noe brudd på plikten til lojal og aktiv medvirkning. Det ble vektlagt at det var tale om én enkelt helg og at mors opptreden denne ene gangen ikke ga

⁴⁸ LF-2005-26004

⁴⁹ LE-2007-35547

grunnlag for å konstatere illojalitet overfor samværsretten som helhet. Samvær var gjennomført i henhold rettsforliket i etterkant av begjæringen om tvangsfullbyrdelse.

Retten bemerket også at far ikke alltid fulgte opp samværet med barnet og avlyste samvær. Den påpekte at *"(...)et forutberegnelig og regelmessig samvær uten for lang tid imellom er viktig for at barnet skal kunne opparbeide et godt og tillitsfullt forhold til sin far"*.

I en tilsvarende sak fra Frostating lagmannsrett, sak nummer 27,⁵⁰ var saksforholdet at far hadde daglig omsorg for barnet, mens mor skulle ha samvær under tilsyn seks ganger i året. Det var ikke fastsatt når disse samværene skulle finne sted. I og med at samværstidspunktene ikke var fastsatt, måtte samværene vurderes over tid for å konstatere et eventuelt mislighold fra fars side. Mor varslet at hun ønsket samvær en bestemt helg i november. Samværet ble imidlertid ikke gjennomført fordi tilsynsføreren trakk seg og far måtte finne en ny. Samvær ble gjennomført en måned senere. Retten konkluderte med at dette ikke var tilstrekkelig til å si at far hadde sabotert samværet og fant at det ikke var grunnlag for å tro at far vil hindre samvær mellom mor og barnet fremover. Det var ikke grunnlag for å ilegge far tvangsbot.

4.6.1 **Kommentar**

I sakene nevnt ovenfor har den samværsberettigede forelderen gått til søksmål for å tvangsfullbyrde samværet etter en enkelt gangs mislighold. Lagmannsretten drøfter hovedsaklig om medvirkningsplikten er oppfylt i forhold til å ilegge tvangsbot. I to av tilfellene finner retten at den av foreldrene som barnet bor hos i utgangspunktet kan kritiseres for at samvær ikke har funnet sted. En del av medvirkningsplikten er å tilrettelegge for samvær. Det er imidlertid stor forskjell på bevisst å motarbeide samvær og at samvær bortfaller på grunn av dårlig planlegging. For å konstatere at bostedsforelderens oppførsel er illojal, skal det mer til enn tankeløshet. Det ligger i forståelsen av selve ordet

⁵⁰ LF-2007-47336

”illojalitet” at det kreves en slags kvalifisert form for dårlig oppfølging, som er bevisst og utføres på tross av det man vet er riktig.

I det sistnevnte tilfellet finner retten at far ikke kan bebreides for at samvær ikke fant sted. Saksforholdet er imidlertid litt annerledes enn i de øvrige saker, idet en detaljert samværsavtale ikke er inngått.

Retten vektlegger i alle tilfellene at det er snakk om en enkeltstående hendelse og at samvær har funnet sted i forkant og i etterkant av begjæring om tvangsfullbyrdelse.

4.7 Andre forhold

I fire saker er saksforholdet såpass ulikt fra alle de andre at det ikke er grunnlag for å behandle dem under noen av punktene ovenfor.

I sak nummer 28 fra Hålogaland⁵¹ hevdet mor at hun på grunn av flytting ikke kunne gjennomføre det fastsatte samværet. Spørsmålet for lagmannsretten var om mor hadde ”rett” til å ikke gjennomføre samvær som fastsatt i dom på grunn av at flytting gjør gjennomføring av samvær umulig. Mor hevdet at hun kun var på besøk i X i påvente av at saken avsluttes. Hun ville deretter melde permanent flytting til Østlandet fordi hun skulle begynne på skole der, samt at familien hennes bor der. Retten fant at det var på det rene at mor ikke hadde flyttet. Hun oppholdt seg fortsatt i X og hadde ikke meldt flytting til folkeregisteret. Når hun da ikke la til rette for det samværet som var fastsatt i dom, anså retten det på det rene at hun hindret samvær mellom far og barn på uriktig grunnlag. Når hun eventuelt flyttet, måtte detaljene rundt samværet muligens endres. Vilkårene for å ilegge tvangsbot var oppfylt.

⁵¹ LH-2006-56552

I kjennelse nummer 29 fra Eidsivating⁵² krevde far tvangsfullbyrdelse av samvær. Det ble nevnt i lagmannsrettens bemerkninger at motsetningsforholdet mellom far og mor var relativt høyt, og at datteren fant det vanskelig å ha samvær med far fordi hun visste at mor helst ikke ønsket at samvær skulle finne sted. Imidlertid var det ikke dette som var grunnlag for størsteparten av drøftelsen. Under kjæremålsbehandlingen for lagmannsretten la mor frem legeerklæring på at datteren hadde sterk katteallergi, og hevdet at samvær derfor var umulig idet det var katter i fars hjem. Far benektet at det var katter innendørs, men retten la ikke dette til grunn basert på informasjon om at fars samboer drev med omplassering av katter for dyrebeskyttelsen i tillegg til at de hadde to katter selv. Det var ingenting som tilsa at samvær ikke skulle finne sted utover problemet med barnets allergi. Lagmannsretten la avgjørende vekt på legeerklæringen og fant det sannsynliggjort at barnet ville bli påført skade ved lengre opphold hos far. Retten fant at samvær over en kortere periode ville vært mindre betenkelig, men at rammene som ble satt i dommen om omfanget av samværet ikke kunne endres av lagmannsretten under behandling av begjæring om tvangsfullbyrdelse.

I kjennelse nummer 30 fra Agder lagmannsrett⁵³ var forholdet at mor ønsket en annen ordning med levering av barnet til far. Hun mente at belastningen ved levering av barnet fra mor til far ble for stor for barnet og ønsket at far skulle hente barnet i barnehagen i stedet, for å unngå konfrontasjoner mellom foreldrene ved levering og henting. Saken gjaldt således ikke nektelse av samvær, men at overlevering skulle skje på en annen måte enn det som var avtalt i rettsforliket. Den foreslåtte ordningen medførte ingen ulemper for far, og i realiteten fikk han ved dette mer samvær med barnet enn det som var fastsatt i rettsforliket. Lagmannsretten fant at ordningen med tvangsbot ikke var ment å skulle anvendes i et slikt tilfelle. Videre konkluderte retten med at mor hadde sannsynliggjort at hun hadde en berettiget interesse i endringen. Hun foreslo ikke dette kun for å være vanskelig, men hadde en oppriktig bekymring for den belastningen direkte overlevering ville ha for barnet.

⁵² LE-2005-185746

⁵³ LA-2007-41577

Lagmannsretten fant at ordlyden i bl § 65 annet ledd om at avtaler om samværsrett ”kan” tvangsfullbyrdes tilsa at man kan nekte å etterkomme en slik begjæring uten at umulighet nødvendigvis må påvises. Hvis en begjæring om tvangsfullbyrdelse anses uberettiget vil ikke nødvendigvis umulighetskriteriet måtte drøftes.

I sak nummer 31 fra Gulating lagmannsrett⁵⁴ var forholdet at mor hindret den opptrappingen av samvær mellom far og datter som de var blitt enige om i rettsforlik. Det var avtalt en detaljert opptrapping som skulle lede frem til ”vanlig samvær”. Far begjærte samværet tvangsgjennomført. Det var gjort forsøk på å gjennomføre samvær etter rettsforliket, men dette ble ikke gjennomført fordi datteren ikke ville bli med far. Mor hevdet for det første at rettsforliket på grunnlag av dette var endret eller bortfalt. Lagmannsretten avviste dette med at vesentlige endringer eller bortfall av et inngått rettsforlik om samvær normalt ikke vil finne sted uten noen form for skriftlighet eller annen form for notoritet. Det opprinnelige rettsforliket ble derfor lagt til grunn.

Mor hevdet videre at samværet ikke kunne tvangsfullbyrdes fordi det ikke var gjennomført opptrapping slik det var forutsatt i rettsforliket, og at tingretten ikke kunne beslutte å foreta endringer i det som opprinnelig var avtalt. Lagmannsretten uttalte om dette at:

”Tingretten har lagt til grunn at den avtalte opptrapping skal finne sted, og tvangsboten – som tingrettens avgjørelse gjelder - er også knyttet til at det skal skje en opptrappingsperiode. Det er, slik lagmannsretten ser det, ikke fastsatt noen ny opptrappingsperiode, men tingretten har foretatt en nødvendig tilpassning til forliket foranlediget av at opptrappingen ikke har funnet sted ved at den ikke har ilagt full tvangsbot etter punkt 4 før opptrapping er gjennomført. Lagmannsretten er enig med tingretten i at det må være adgang til å knytte tvangsboten til et mindre omfattende samvær enn det som direkte følger av rettsforlikets punkt 4. Det er ikke tale om å

⁵⁴ LG-2006-12801

foreta noen endring av rettsforliket, men om en begrensning av omfanget av tvangsmiddelet som det må være adgang til(...)”.

Hvis forliket ikke skulle kunne tvangsfullbyrdes fordi opptrappingen ikke var gjennomført, ville realiteten i dette være at mor vernes mot tvangsgjennomføring ved sitt mislighold av rettsforliket. Det måtte være adgang til å endre for eksempel datoer for opptrapping av samvær uten at dette var problematisk i forhold til det opprinnelige rettsforliket. Samvær ble ikke ansett å være umulig i tvangsfullbyrdelseslovens forstand.

4.7.1 **Kommentar**

Drøftelsen i sak nummer 28 dreier seg om brudd på plikten til lojal og aktiv medvirkning. Dersom mor faktisk hadde flyttet antar lagmannsretten at saken ville kunne stilt seg annerledes idet rettsstillingen mellom partene i så fall ville vært endret. Mor har imidlertid ingen grunn til å hindre at samvær finner sted så lenge hun oppholder seg i X. Hennes opptreden er derfor illojal i denne sammenhengen. På bakgrunn av denne kjennelsen kan altså gjennomføring av samvær anses umulig, også der bostedsforelder har misligholdt sin medvirkningsplikt eller der samvær ikke skader barnet, hvis gjennomføringen er praktisk umulig.

Det som er interessant i avgjørelse nummer 29 er at selv om det i dommen om samvær ble fastsatt at far skulle ha det som gjerne omtales som ”vanlig samvær”, og retten i saken om tvangsfullbyrdelse ikke finner det betenkelig å gjennomføre dagsamvær mellom far og barn, kan den likevel ikke beslutte å tvangsgjennomføre deler av samværet når slikt samvær ikke fremgår av tvangsgrunnlaget. Far må eventuelt gå til sak for å få fastsatt en ny samværsavtale, som igjen kan søkes tvangsfullbyrdet dersom den ikke etterleves fra mors side. Dette er en lite prosessøkonomisk løsning. Det er mulig at lagmannsretten i slike tilfeller burde ha adgang til å gå inn og endre en fastsatt samværsavtale. Det vil uansett være en slutning fra det mer til det mindre, og slik sett ikke innebære store betenkeligheter. Det er allerede fastsatt i dommen som utgjør tvangsgrunnlaget at et mer omfattende

samvær er til barnets beste. En slik adgang for retten til å endre en fastsatt samværsavtale vil imidlertid kunne føre til at mange saker om tvangsgjennomføring for lagmannsretten ved dette blir større og mer omfattende enn de er ment å være.

I sak nummer 30 tolker lagmannsretten ordlyden i bl § 65 annet ledd dithen at retten i visse tilfeller kan nekte å etterkomme en begjæring om tvangsgjennomføring, uten at den trenger å ta stilling til umulighetskriteriet. Det rettslige utgangspunktet er imidlertid at slik begjæring kun kan nektes etterkommet der saksøkte sannsynliggjør at gjennomføring er umulig. Bestemmelsens annet ledd annet punktum sier at tvangsbrot kan ilegges ”for kvar gong samværsretten ikkje vert respektert”. Bestemmelsene om tvangsbrot er ment å være en måte å få en gjenstridig part til å innrette seg etter avtalen på og som et ”ris bak speilet” for å motvirke samværsnekt. Slik jeg forstår innholdet i kjennelsen, konkluderer retten med at mor ikke nekter far å ha samvær med barnet. Samtidig kan det synes som om retten finner far lite fleksibel. Retten forankrer sin avgjørelse i en tolking av ordlyden og legger tilsynelatende avgjørende vekt på de rimelighetshensyn som gjør seg gjeldende.

I sak nummer 31 endrer retten på detaljene i rettsforliket foreldrene har inngått, uten at det foretas endringer i det omfanget av samvær som er fastsatt. Retten finner det tilsynelatende uproblematisk å foreta slike endringer ut fra en tolking av bestemmelsens formål.

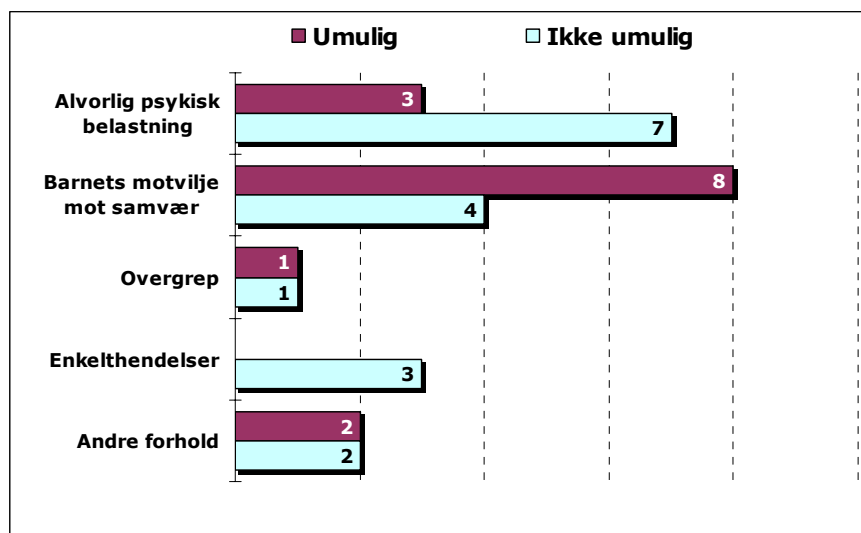
Det er interessant å sammenligne avgjørelsens innhold i de tre sistnevnte sakene.

I sak nummer 29 finner retten at den ikke har adgang til å gå inn og endre omfanget av samvær slik det er fastsatt i samværsavtalen, selv om den ikke finner samværet i seg selv betenkelig. For at far skal få samvær med datteren må han altså gå til retten og få dom for en ny samværsordning. I sak nummer 30 aksepterer retten at praktiske detaljer rundt samværsavtalen endres, ved at henting og levering skjer på et annet sted enn hva som fremgår av samværsavtalen. I sak nummer 31 endrer retten på datoene som er satt for når samvær skal finne sted uten å gjøre endringer i samværets omfang. Selv om retten skal

forholde seg til det som er fastsatt, anser den åpenbart at visse endringer likevel kan foretas.

Til en viss grad er dette i tråd med utgangspunktet, som er at retten ikke skal ta stilling til og vurdere på nytt om samvær er heldig eller ikke. Ved å gjøre mindre endringer kan retten bidra til at en samværsavtale lar seg gjennomføre i samsvar med hva som i dommen om samværsrett ble ansett å være til barnets beste. Det avgjørende for hvorvidt retten finner at den kan gå inn og endre en samværsavtale synes etter dette å være om endringene vil påvirke samværets omfang eller ikke. Dersom omfanget av samværet påvirkes ved avgjørelsen, ser det ut til at retten anser at dette er for inngripende i forhold til de rammene lagmannsretten må holde seg innenfor i saker om tvangsgjennomføring av samvær.

5 OPPSUMMERING



Figur 1: Vurderte kjennelser fordelt på kategori

Tabellen illustrerer utfallet i de sakene som er behandlet under punkt 4. Selv om tabellen kun gir et forenklet bilde av virkeligheten, er den, sett i sammenheng med de gjennomgatte avgjørelsene, et nyttig verktøy for å illustrere hva domstolene vektlegger i sine avgjørelser.

Kriteriet ”alvorlig psykisk belastning” er kun et utgangspunkt og en samlebetegnelse, hvor flere momenter spiller inn. En rettsanvender har ikke egentlig noe grunnlag for å uttale seg om sannsynligheten for at et barn vil lide alvorlig psykisk belastning ved samvær eller ikke, og det brukes derfor ofte sakkyndig for å redegjøre for eventuelle skader barnet vil påføres ved gjennomføring av samvær eller for å kartlegge hvilke holdninger barnet har til samvær. Sakkyndig kan oppnevnes ved behandlingen av samværssaken i tingretten, eller ved at det oppnevnes en sakkyndig til kjæremålsbehandlingen for tingretten eller lagmannsretten.

Ut fra innholdet i kjennelsene jeg har gjennomgått, kan det synes som om det er en viss forskjell på faktum i de sakene hvor retten oppnevner sakkyndig og hvor den ikke gjør det. Det er mulig at retten der den anser at det er grunnlag for påstanden om at barnet vil påføres alvorlig psykisk belastning ved gjennomføring av samvær, ser et større behov for sakkyndig enn i tilfeller hvor saksforholdet bærer preg av at bostedsforelderen har en negativ holdning til samvær. Det er imidlertid vanskelig å si noe sikkert om dette, da retten ikke begrunner hvorfor den oppnevner sakkyndig i noen saker og ikke i andre.

I fire av sakene som er behandlet under punkt 4.3, har retten på ett stadium av saken gjort bruk av sakkyndig. Det tilsvarende tallet når det gjelder bruk av sakkyndig i saker hvor barnet er motvillig til samvær er åtte, se punkt 4.4.

Uttrykket ”alvorlige psykiske belastninger” er vagt, og vurderingen retten må foreta er konkret og vanskelig. Belastningen barnet blir påført skal være alvorlig. Dette setter en nedre grense for hva som kan godtas. Utover dette vil vurderingene spenne vidt. Hvis den psykiske belastningen gir fysiske utslag hos barnet, for eksempel i form av sengevæting, vil det tale for at det foreligger en alvorlig belastning. I motsatt retning vil påstander fra den av foreldrene som har den daglige omsorgen om at barnet blir påført skade, ikke nødvendigvis

veie tungt i vurderingen. Dette avhenger av om påstandene kan bekreftes av andre som har observert eller vært i kontakt med barnet, eventuelt av oppnevnt sakkyndig som har snakket med barnet.

Psykisk belastning må som sagt sees i sammenheng med manglende medvirkningsplikt hos den av foreldrene barnet bor hos. Dersom bostedsforelderen unnlater aktivt å oppmuntre og legge til rette for samvær, vil retten ofte komme til at dette i seg selv gjør at tvangsgjennomføring ikke er umulig. Der foreldrene er å bebreide for at samvær ikke finner sted, kan det være at nettopp dette skaper den psykiske belastningen for barnet. Hvis medvirkningsplikten oppfylles, vil samvær kunne gjennomføres uten skadevirkninger for barnet. Samvær kan likevel i noen tilfeller tvangsgjennomføres selv om det antas at dette kan føre til belastning for barnet, dersom medvirkningsplikten ikke er oppfylt.

Dersom retten konstaterer at psykisk belastning foreligger, må den foreta en vurdering i forhold til presumpsjonen om at det beste for barnet er å ha kontakt med begge foreldre. Dette er ofte ikke nevnt uttrykkelig i kjennelsesgrunnene, men dette hensynet veier tungt i vurderingen av om gjennomføring av samvær er umulig eller ikke. Som det fremgår av undersøkelsen av kjennelsene fra lagmannsretten, skal det mye til før et forhold anses alvorlig nok til at samvær er umulig. Det gjelder også der forholdene på samværsforelderens side ikke er ideelle.

En form for psykisk belastning er at barnet mot sin vilje blir tvunget til samvær. Til forskjell fra de tilfellene hvor retten skal vurdere en påstand om at barnet blir påført alvorlig psykisk belastning ved samvær på grunn av forhold hos den samværsberettigede, må retten der barnet er motvillig til samvær vurdere om belastningen ved å gjennomtvinge det er stor nok til at samvær anses umulig. Vurderingsgrunnlaget er ikke helt det samme. I saker hvor barnet vegrer seg mot samvær, må retten vurdere om motviljen er et uttrykk for barnets egen mening eller om den gjenspeiler motviljen hos den av foreldrene som barnet bor hos.

I noen tilfeller kan det konstateres at samvær er umulig selv om motviljen i utgangspunktet gjenspeiler forhold på foreldrenes side. Dette gjelder særlig i de sakene hvor barnet er over 12 år og det skal legges stor vekt på hva barnet selv mener. Det skal mer til å endre barnets holdning til samvær hos eldre barn, og medvirkning fra bostedsforelder er ikke nødvendigvis tilstrekkelig i slike tilfeller. Der barna er yngre, antas det oftere at slik motvilje kan overvinnes ved medvirkning fra bostedsforelder, slik at samvær likevel ikke er umulig. Foreldrenes mulighet til å påvirke barnets holdninger er som regel større jo yngre barnet er. Barnets motvilje mot, eller i noen tilfeller ønske om samvær, gis ulik vekt avhengig av barnets alder.

Viktig er også i hvilken grad barnets vegring er et utslag av påvirkning fra foreldrenes side eller om det bunnar i barnets egen mening. Der motvilje mot samvær antas å være et produkt av foreldrenes konflikt og manglende medvirkning fra den av foreldrene som barnet bor hos, skal det mer til før samvær anses å være umulig, men likevel slik at dette avhenger av barnets alder.

I enkelte tilfeller er barnets vegring så sterk at samvær anses umulig selv om bostedsforelder kan klandres for barnets vegring i utgangspunktet. Grunnvilkåret om foreldrenes medvirkningsplikt er således ikke absolutt. Dersom barnet har tatt opp i seg forelderens holdninger på en slik måte at det vil føre til alvorlige belastninger om samvær tvangsgjennomføres, vil samvær kunne anses å være umulig. Ved avgjørelsen legges det vekt på barnets alder og modenhet, men også i hvilken grad motviljen mot samvær har grunnlag i egne erfaringer.

I noen tilfeller ønsker barnet selv å ha kontakt, mens mor eller far hevder at belastningen ved samvær er for stort. Hvis mor eller far i slike saker har oppfylt sin medvirkningsplikt, vil samvær kunne anses umulig selv om barnet uttaler at det ønsker samvær.

Ulike ordninger med gradvis opptrapping av samvær for å begrense belastningen for barnet til et minimum anbefales ofte i kjennelsesgrunnene, selv om retten ikke kan pålegge

foreldrene dette i sin avgjørelse av spørsmålet om tvangsgjennomføring. Når jevnlig samvær ikke har funnet sted på en stund, kan barnet trenge en overgangsperiode hvor samværet gradvis trappes opp. Det bemerkes også hyppig at selv om samvær på tidspunktet for avsigelsen av kjennelsen anses å være umulig, bør forsøk på samvær gjenopptas med det første, slik at barnet sikres kontakt med begge foreldre. Dette kan imidlertid retten ikke pålegge foreldrene. Den kan kun forholde seg til hva som er angitt i tvangsgrunnlaget, altså den samværsordningen som søkes tvangsfullbyrdet.

Bevisbyrden ligger hos den som hevder at gjennomføring av samvær er umulig. Det er den barnet bor hos som må sannsynliggjøre at gjennomføring av samvær er umulig, men det er også den barnet bor hos som har sterkest mulighet til å påvirke barnet når det gjelder samvær. Riktignok ivaretas den samværsberettigedes rettigheter ved at bostedsforelder har medvirkningsplikt, men dersom bostedsforelder bevisst ønsker å sabotere samværet, for eksempel ved å skape negative holdninger hos barnet i forhold til samvær, har han eller hun mulighet til dette fordi bostedsforelder er den som tilbringer mest tid sammen med barnet. Dersom samvær hindres av den ene forelderen, kan dette i en del tilfeller være utslag av et ønske om å straffe den samværsberettigede ved å lage vanskeligheter omkring dennes utøvelse av sin samværsrett.

Det er vanskelig å trekke klare konklusjoner etter gjennomgangen av lagmannsrettenes avgjørelser. Det som har gått igjen i lagmannsrettenes begrunnelser i sakene hvor samvær er ansett å være umulig, er høyt konfliktnivå mellom foreldrene. Av hensyn til barnet hviler det et ansvar på begge foreldrene for å skjerme barnet fra konflikten, både på den som har barnet boende hos seg og samværsforelderen. I praksis retter ansvaret seg i størst grad mot bostedsforelderen i form av medvirkningsplikten.

6 VURDERING

Foreldrene pålegges et stort ansvar når samvær med barnet skal gjennomføres etter et samlivsbrudd. Det er klart at den samværsberettigedes rett til samvær må beskyttes, og også barnets rett til samvær med begge foreldre. Like klart er det imidlertid for meg at det ikke nødvendigvis vil være til barnets beste om samvær gjennomføres når konfliktene mellom foreldrene er så store at de ikke klarer å sette barnets beste foran sine egne følelser overfor sin tidligere partner. Jeg tenker også her på de tilfellene hvor mor har vært utsatt for vold fra sin tidligere partner, og får beskjed om at dette er følelser hun må legge bort, og at det ikke har noen betydning i forhold til spørsmålet om barnet skal ha samvær med sin far. Det kan stilles spørsmål om hvilket grunnlag dette danner for et godt fremtidig samarbeid rundt en samværsordning.

Trude Haugli stiller dette spørsmålet når det gjelder enighetsideologi i sin artikkel:⁵⁵

”Er det riktig å anvende en enighetsrasjonalitet, med press i retning av å samarbeide også i de få tilfellene hvor foreldrene har så store konflikter at de må ty til rettsapparatet. Er det riktig at domstolene også i disse tilfellene, når mekling ikke har nådd frem og det må gjennomføres hovedforhandling og avsies dom, er det da riktig å legge til grunn at samarbeid, felles ansvar og omfattende foreldrekontakt er til barnets beste, altså i situasjoner hvor denne enigheten og samarbeidsevnene og viljen mangler?”

Som nevnt ovenfor under punkt 3.4.4, skal retten i saker om tvangsfullbyrdelse av samvær ikke ta selvstendig stilling til om tvangsgjennomføring av samvær er heldig eller ikke. Ved vurderingen av om gjennomføring av samvær er umulig eller ikke tar retten kun stilling til i hvilken grad barnet vil bli påført skade ved at samværet gjennomføres i henhold til

⁵⁵ Trude Haugli (2004) s 77

tvangsgrunnlaget. Retten skal i saker om tvangsgjennomføring ikke ta stilling til hvorvidt samvær er til barnets beste eller ikke.

Selv om gjeldende rett ikke gir domstolene rom for en barnets beste vurdering må retten likevel i noen grad, slik jeg ser det, ta stilling til hva som er i barnets beste interesse. Dersom retten antar at skadevirkningene ved samvær er store og beslutter at gjennomføring av samvær er umulig, har den tatt en beslutning om at samvær, på det daværende tidspunkt i alle fall, ikke er i barnets beste interesse. Retten går da mot hva som er besluttet av tidligere retter, idet disse har ansett at samvær er til barnets beste.

En interessant problemstilling er hvordan hensynet til barnets beste forholder seg i saker om tvangsfullbyrdelse, hvor medvirkningsplikten ikke er oppfylt. I saker hvor barnet antas å påføres alvorlig psykisk belastning ved gjennomføring av samvær, og dette skyldes at bostedsforelder ikke har oppfylt medvirkningsplikten, skal retten i utgangspunktet komme til at gjennomføring av samvær ikke er umulig, idet grunnvilkåret om aktiv og lojal medvirkning ikke er oppfylt. I en slik situasjon vil man neppe hevde at gjennomføring av samvær vil være til barnets beste når man først har konkludert med at barnet antas å påføres skade som nevnt. Sett på denne måten har ”barnets beste” ikke noen selvstendig plass i vurderingen av om samvær skal tvangsfullbyrdes.

Barnekonvensjonens artikkel 3 krever som nevnt at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser som gjelder barn, og konvensjonens artikkel 9 nr 3 sier at Norge skal sikre barnets rett til samvær med mindre det er i strid med barnets beste. Det kan stilles spørsmål om i hvilken grad hensynet til barnets beste er tilstrekkelig ivaretatt i forbindelse med reglene om tvangsgjennomføring av samvær. Det kan synes som om det er hensynet til de voksne som i stor grad dominerer og at presumpsjonen om samvær til en viss grad tillegges for stor vekt i forhold til hva som faktisk er til barnets beste. Jeg vil understreke at samvær med begge foreldre i de aller fleste tilfeller vil være til barnets beste. Men i de tilfeller der konfliktnivået mellom foreldrene er så høyt at det er risiko for at barnet vil påføres skade av dette, bør det kanskje finnes rom for å fatte

beslutningen om tvangsgjennomføring av samvær utenfor den snevre boksen ”umulig” eller ”ikke umulig”.

Når ”barnets beste” ikke har noen selvstendig plass i vurderingen av om samvær skal tvangsgjennomføres eller ikke, risikerer man at en beslutning om samvær treffes uten at hensynet til barnet er i fokus. Når retten i sin begrunnelse kan fastslå at foreldrenes konflikt kan påføre barnet skade⁵⁶ og likevel beslutter tvangsgjennomføring, er dette uheldig utfra hensynet til barnet. Her burde det etter min mening være rom for en barnets beste vurdering. Selv om dette er en korrekt avgjørelse basert på hva som er gjeldende rett i praktiseringen av reglene om tvangsgjennomføring av samvær, kan det være tvilsomt om det er en god avgjørelse hvis man skal legge barnets beste til grunn.

Når retten i noen saker finner at samvær etter det foreliggende tvangsgrunnlaget er umulig, har den heller ingen mulighet for å fastsette samvær av en annen art eller et annet omfang. Foreldrene må da gjennom en ny runde i rettsapparatet for å få til dette, vel og merke hvis de ikke blir enige om en ordning seg imellom. Imidlertid kommer retten ofte med anbefalinger om hva som bør skje videre. Mitt materiale viser blant annet at retten ofte påpeker at samvær bør gjenopptas med det første, eller at en opptrappingsperiode kan være nødvendig for å få til det opprinnelig fastsatte samvær.⁵⁷ Domstolene er således prosessorienterte i sine kjennelsesgrunner, selv om slike bemerkninger ikke har noen annen betydning enn at de er en oppfordring til samarbeid og et forslag til løsning. Retten kan ikke pålegge partene noen plikter i den ene eller andre retningen i slike saker, men det at retten kommer med slike anbefalinger kan tyde på at det er et behov for å kunne foreta en bredere vurdering.

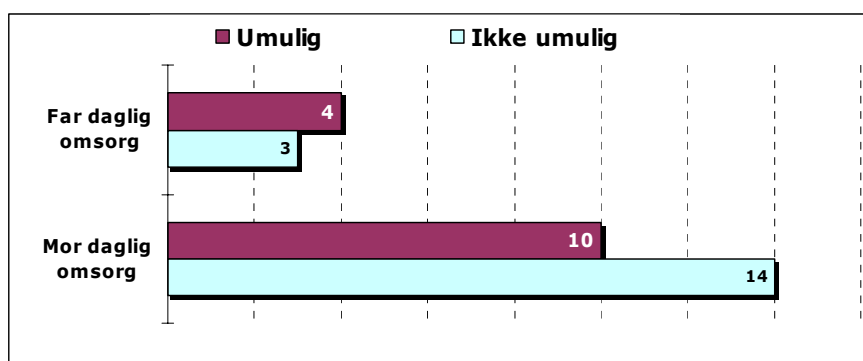
På bakgrunn av dette kan det være et behov for å gi et noe større rom for å vurdere om samvær vil være til barnets beste, også i forbindelse med tvangsgjennomføring. Det kan også være grunn til å vurdere om retten, også på dette stadiet, i særlige tilfeller bør ha

⁵⁶ Se sak nr 7

⁵⁷ Se for eksempel sak nr 1(LB-2006-6346) og sak nr 16(LB-2005-120301)

adgang til å justere samværsretten. Selv om man har innfortolket vilkår for anvendelse av umulighetskriteriet og innholdet ikke egentlig reflekterer ordlyden, gjør reglene slik de er i dag at fokuset ikke nødvendigvis er der det burde være, nemlig på barnet.

Avslutningsvis vil jeg ta opp det andre spørsmålet som ble reist i innledningen: Har samværsfedre rett i sin kritikk når det gjelder praktiseringen av reglene om tvangsgjennomføring av samvær, der de hevder at domstolene for lett legger til grunn at samvær er umulig. Tatt i betraktning at mor har daglig omsorg i flere saker, viser mitt materiale ingen tegn til at fedre forskjellsbehandles i avgjørelser om tvangsgjennomføring av samvær. Av de 24 sakene hvor mor har daglig omsorg, ble samvær ikke ansett å være umulig i 14 saker. Det vil si at i over halvparten av sakene fikk mor ikke medhold i sin påstand om at gjennomføring av samvær var umulig. Det tilsvarende tallet for sakene hvor far har daglig omsorg er sju totalt, hvorav tre ikke ble ansett å være umulig. Jeg kan heller ikke se at retten legger andre vurderingsnormer til grunn i saker hvor far er den som begjærer tvangsfullbyrdelse, enn i de sakene hvor det er mor som gjør det. Totalt sett er det noen flere saker hvor retten finner at samvær ikke er umulig (17) enn hvor den finner at samvær er umulig (14).



Figur 2: Vurderte kjennelser fordelt på hvilken av foreldrene som har daglig omsorg

7 KILDEHENVISNINGER

Lov- og forarbeidsregister

- 1981 Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring
(tvangsfullbyrdelsesloven) av 26. juni 1992 nr. 86
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

- EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen Roma 1950
- Barnekonvensjonen FNs konvensjon om barns rettigheter av 20 november 1989

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

NOU 1998-17 Barnefordelingssaker

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

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

Litteratur og tidsskrifter

Backer, Inge Lorange Barneloven Kommentartutgave. 1. utg. Oslo, 1982

Flock, Hans. Kommentar til tvangsfullbyrdelsesloven. I: Norsk lovkommentar nettversjon.
[Sitert oktober 2007]

Haugli, Trude Skiftende ideologier i barnelovgivningingen – alltid til barnets beste?.

I: Jubileumsskrift til Universitetet i Tromsø. 2004, s 77 (Sitert fra Lovdata)

Sandberg, Kirsten. Kommentar til Barneloven. I: Norsk lovkommentar nettversjon.
[Sitert oktober 2007]

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

Domsregister

Rt. 1988 s 708

Rt. 1989 s 489

Rt. 1997 s 1557

LE-2005-19083

LB-2005-173556

LB-2005-56513

LB-2005-1271

LB-2005-120301

LG-2005-7652

LF-2005-184139

LF-2005-26004

LE-2005-185746

LH-2006-56552

LB-2006-46073

LH-2006-22335

LB-2006-144059

LB-2006-44947

LB-2006-6346

LG-2006-1922

LH-2006-102501

LG-2006-14491

LG-2006-12801

LB-2007-100261

LB-2007-35383

LB-2007-10474

LF-2007-83273

LB-2007-90962

LB-2007-31363

LB-2007-5762

LB-2007-14600

LH-2007-65718

LE-2007-35547

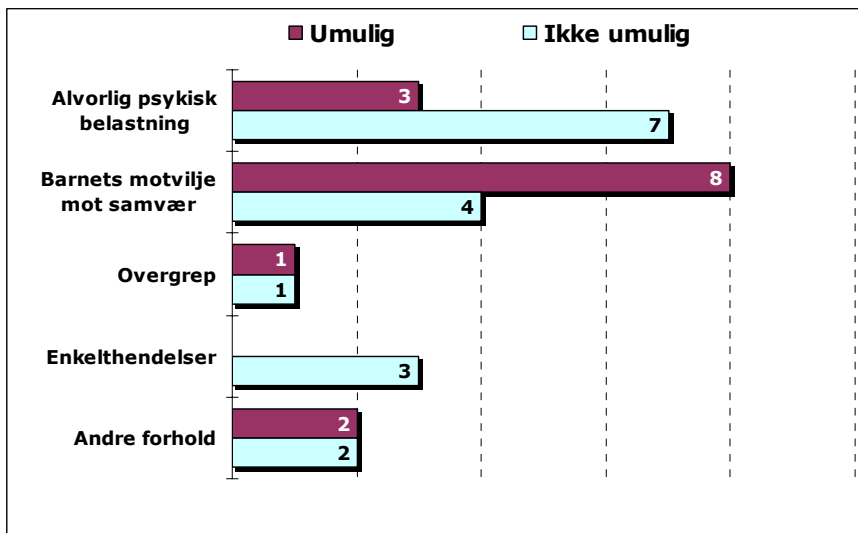
LF-2007-47336

LA-2007-41577

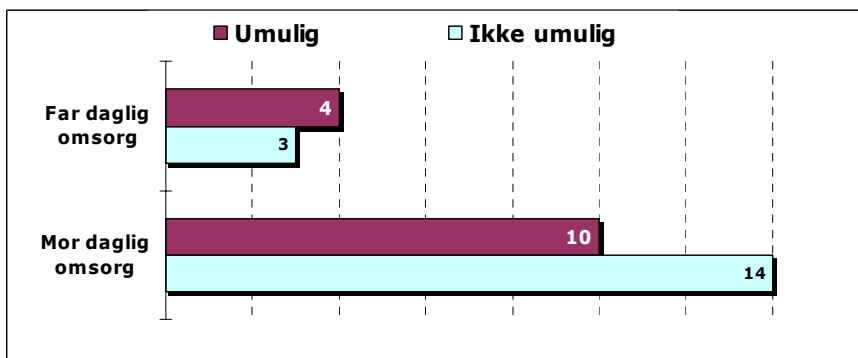
TYFOL-2005-130514

TINDE-2006-182957

8 TABELLER



Figur 1: Vurderte kjennelser basert på kategori



Figur 3: Vurderte kjennelser fordelt på hvilken av foreldrene som har daglig omsorg

