



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Statens ansvar for at barn og foreldre opprettholder kontakt og samvær

En analyse av hvor langt statens rettslige forpliktelser strekker seg i samværsaker der barn og foreldre ikke bor sammen

—

Torinn Emilie Mikalsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap – Høst 2017



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema, problemstilling og begrepsbruk.....	1
1.2	Bakgrunn for temavalget.....	2
1.3	Avgrensning.....	4
1.4	Den videre fremstillingen.....	4
2	Metodisk fundament.....	5
2.1	Arbeidet er rettsdogmatisk.....	5
2.2	Særegne metodiske forhold.....	5
2.3	Prinsipper og hensyn.....	8
2.3.1	Prinsippers stilling i barneretten.....	8
2.3.2	Barnets beste.....	8
2.3.3	Barnets rett til å bli hørt.....	10
2.3.4	Personlig autonomi og avtalefrihet.....	11
3	Samværsretten.....	12
3.1	Innledende bemerkninger.....	12
3.2	Barnets rett til samvær.....	13
3.3	Foreldrenes rett til samvær.....	16
3.4	Foreldrenes avtalefrihet.....	17
3.4.1	Rettslig utgangspunkt.....	17
3.4.2	Avtalefrihetens grenser.....	18
3.5	Foreldrene enes ikke om samværet.....	20
4	Statens ansvar for å sikre samvær.....	21
4.1	Innledende bemerkninger.....	21
4.2	Statens ansvar for å sikre menneskerettighetene.....	22
4.2.1	Statens ansvar for å sikre individets rett etter EMK art. 8.....	22
4.2.2	Statens plikt til å sikre barns rett etter barnekonvensjonen.....	25

4.2.3	Statens plikt til å sikre individets rett etter Grunnloven.....	26
4.2.4	Oppsummering	26
4.3	Foreldrenes samværsavtale bryter barnets rettigheter	27
4.3.1	Innledende bemerkninger	27
4.3.2	Sikring av barnets materielle rett til samvær.....	27
4.3.3	Sikring av barnets rett til samvær gjennom prosessuelle mekanismer.....	31
4.3.4	Oppsummering og konklusjon	34
4.4	Bostedsforeldereren hindrer samværet.....	35
4.4.1	Innledende bemerkninger	35
4.4.2	Internasjonale forpliktelser.....	36
4.4.3	Tvangsfullbyrdelse	39
4.4.4	Ny prøving av saken.....	42
4.4.5	Plikt til å forebygge hindring av samvær	45
4.4.6	Oppsummering og konklusjon	46
4.5	Samværsforeldereren møter ikke til samværet.....	46
4.5.1	Innledende bemerkninger	46
4.5.2	Varslingsplikt	47
4.5.3	Kan samværsforeldereren tvinges å møte til samvær?	48
4.5.4	Barnets adgang til å håndheve samværsretten.....	49
4.5.5	Oppsummering og konklusjon	50
5	Avsluttende vurderinger av gjeldende regler	51
6	Kildeliste	56

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og begrepsbruk

Avhandlingens tema er en analyse av statens ansvar for opprettholdelse av samvær mellom barnet og forelderen barnet ikke bor sammen med. Kjernen i avhandlingen er hvorvidt staten har et ansvar, og hvilke eventuelle forpliktelser som pålegges staten for å ivareta dette ansvaret. Problemstillingen som er gjennomgående i avhandlingens tema, er i hvor stor grad staten skal blande seg i familiære forhold. En annen side av denne problemstillingen er ivaretagelsen av barnets behov innenfor familiens sfære. Disse to forholdene, som i stor grad er samme spørsmål med forskjellig fortegn, vil være sentrale utgangspunkter i avhandlingen.

Barn er i barnekonvensjonen art. 1 omtalt som «every human being below the age of eighteen years», med mindre nasjonal lovgivning oppstiller annen myndighetsalder.¹ I Norge er myndighetsalderen 18 år.² Individer under 18 år er følgelig klassifisert som barn.

I tillegg til barnet, er foreldrenes forskjellige roller sentrale. Forelderen som ikke bor sammen med barnet, omtales som samværsforelder eller den samværsberettigede. Forutsetningen for avhandlingen er at foreldrene har en frivillig adskillelse, enten fordi de ikke ønsker å bo sammen eller fordi de aldri har hatt et samliv. Den forelderen barnet bor hos omtales som bostedsforelder. Barnets foreldre er i avhandlingen de juridiske foreldrene.³

Barnet og samværsforelderen har rett til samvær med hverandre, jf. barneloven § 42 og § 43.⁴ Samværsretten er en sentral del av «the right to respect for ... family life» etter den europeiske menneskerettighetskonvensjonen art. 8.⁵ Barnets rett til å opprettholde kontakt med sine foreldre er nedfelt i barnekonvensjonen art. 9 nr. 3. Disse hjemmelsgrunnlagene har ulik tilnærming til barnets og foreldrenes samværsrett, og blir nærmere behandlet i kap. 3 og punkt 4.2.

¹ United Nations Convention on the Rights of the Child, 20. november 1989 (barnekonvensjonen eller BK).

² Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål, § 2 første ledd bokstav a.

³ Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 2. utgave, Oslo 2015 (Bendiksen og Haugli 2015), s. 68.

⁴ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven eller bl.) § 42 og § 43.

⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950 (den europeiske menneskerettskonvensjon eller EMK), *Monory v. Romania and Hungary*, 71099/01, 05.04.2005, avsnitt (70), *Kacper Nowakowski v. Poland*, 32407/13, 10.01.2017, avsnitt (70).

Med rett til samvær menes barnets og samværsforelderens rett til å nyte hverandres selskap i et nærmere bestemt omfang.⁶ For avhandlingen anvendes begrepet samvær i vid forstand, slik at også annen kontakt enn fysisk samvær omfattes. En utvidende forståelse begrunnes i at EMK art. 8 opererer med et videre begrep enn den tradisjonelle oppfatning av samvær.⁷

Analysen tar utgangspunkt i tre typetilfeller for å kartlegge hvorvidt staten har et ansvar for at samværsretten mellom barnet og samværsforeldereren gjennomføres. Det første typetilfellet omhandler der hvor samværsavtalen mellom foreldrene gir barnet minimalt eller ingen samvær. Det andre typetilfellet omhandler bostedsforelderens hindring av samvær. Det tredje typetilfellets tema er der hvor samværsforeldereren har full adgang til samvær, men uteblir. De valgte typetilfellene illustrerer særlig de ulike hensyn staten må ivareta vedrørende samværsretten. Andre typetilfeller behandles ikke grunnet hensynet til avhandlingens omfang.

Norge har forpliktet seg til flere internasjonale menneskerettskonvensjoner. Avhandlingen vil forsøke å vurdere hvorvidt staten oppfyller sine menneskerettslige forpliktelser innenfor de tre typetilfellene. I avhandlingen hvor staten omtales, er det primært i form av lovgiver eller offentlig myndighet. Fravikes utgangspunktet, vil det fremgå av sammenhengen.

1.2 Bakgrunn for temavalget

Familiesammensetningene i samfunnet har vært gjennom store endringer de siste tiårene. Samlivsmønster, familieliv og omsorg for barn er fraksjoner som har vært i endring. Til illustrasjon viser tall fra Statistisk sentralbyrå (SSB) at barn som bodde med en av foreldrene utgjorde 18 % i 1989, mens i 2016 var prosentandelen økt til 24 %. Av disse bodde 20 % med mor, mens 4 % bodde med far.⁸ Tall fra 2016 viser at 82,4 % av barna er registrert bosatt hos mor etter foreldrenes samlivsbrudd, og de øvrige 17,6 % er registrert bosatt hos far.⁹ Prosentandelen av mødre som ikke bor lenger enn 10 kilometer unna barna som er bosatt hos far er 70 %, mens tallet er 62 % for fedrene.¹⁰

⁶ Bendiksen og Haugli 2015, s. 69.

⁷ *Margaretha and Roger Andersson v. Sweden*, 12963/87, 25.02.1992, avsnitt (72).

⁸ <https://www.ssb.no/a/barnogunge/2016/familie/> (sist besøkt 13.12.2017).

⁹ <http://www.ssb.no/forskning/demografi-og-levekaar/fruktbarhet-og-familiedemografi/mor-og-far-velger-a-bo-naer-hverandre-etter-brudd> (sist besøkt 13.12.2017).

¹⁰ <http://www.ssb.no/forskning/demografi-og-levekaar/fruktbarhet-og-familiedemografi/mor-og-far-velger-a-bo-naer-hverandre-etter-brudd> (sist besøkt 13.12.2017).

Tallene viser at flertallet av barn, hvor foreldrene bor hver for seg, bor hos mor. Barn som bor vekselvis hos mor og far etter samlivsbrudd, har imidlertid færre psykiske problemer enn barn som bor mesteparten av tiden hos den ene forelderen.¹¹ Barn som ikke har delt bosted, bør derfor i alle tilfeller ha tilstrekkelig omfang av samvær med samværsforelderen.

Forventningen til fedre har endret seg fra å omhandle økonomisk forsørgelse, til et ønske og forventning om at begge foreldrene deler på omsorgsoppgavene knyttet til barnet.¹² Det er derfor interessant å vurdere hvorvidt og hvordan staten sikrer samværsretten mellom barnet og samværsforelderen.

Barnets rettigheter har blitt løftet opp og frem ved grunnlovsrevisjonen i 2014. I Grunnloven § 104 er nå barnets rettigheter nedfelt.¹³ Gjennom revisjonen ble barnets rett til å bli hørt og barnets beste som grunnleggende hensyn ved alle handlinger og avgjørelser som berører barnet, understreket ytterligere. Barnets rettigheter gis følgelig en særlig tyngde ved at rettighetene er fastslått i Grunnloven. Bestemmelsen får betydning både som rettslig skranke for lovgiver, og som tolkningsmoment i konkrete saker.¹⁴

For å sikre barnets kontakt med begge foreldrene, ble det 31. mars 2017 vedtatt endring i barneloven om å likestille foreldreskapet.¹⁵ Lovendringen har til formål å sikre barnets rett til kontakt med begge foreldrene, samt å likestille foreldrerollen til mødre og fedre som ikke bor og lever sammen.¹⁶ Utfordringene med nye familiekonstellasjoner og endringer av foreldrenes roller i arbeidslivet, innad i familien, i delingen av omsorgsarbeidet og ved samlivsbrudd betyr at barnets juridiske foreldre må likestilles i større grad enn tidligere, slik at barnets rettigheter sikres.¹⁷

¹¹ Forskningsprosjektet er gjort på svenske barn, men funnene har overføringsverdi til norske forhold fordi det er lite som skiller det norske og svenske samfunnet. For fullstendig fremstilling av rapporten, se <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/apa.14004/full> (sist besøkt 13.12.2017).

¹² Prop. 161 L (2015-2016) Endringer i barnelova mv. (likestilt foreldreskap) (Prop. 161 L (2015-2016)), s.8

¹³ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven eller Grl.).

¹⁴ Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett og 'barnets beste' som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm», i *Rettsavklaring og rettsutvikling – festskrift til Tore Schei* (2016) side 243–268, s. 253–254.

¹⁵ Lov 31. mars 2017 nr. 13 om endringer i barnelova mv. (likestilt foreldreskap) (endringslov om likestilt foreldreskap).

¹⁶ Prop. 161 L (2015-2016), s. 8.

¹⁷ Prop. 161 L (2015-2016), s. 8.

1.3 Avgrensning

Avhandlingen skal omhandle barn og foreldre der hvor foreldrene selv har primæransvaret for å sikre retten til kontakt og samvær. Det avgrenses dermed mot barnevernsituasjoner fordi foreldretvister etter barneloven og barnevernssaker etter barnevernloven er av ulik karakter.¹⁸ Barnevernretten vil imidlertid bli trukket inn der den gir momenter som naturlig kan anvendes analogisk i saker etter barneloven.

Samværsretten kan nektes i tilfeller hvor samværet strider mot barnets beste, jf. bl. § 43 første ledd og § 65 andre ledd. I avhandlingen vil ikke nektelse av samvær problematiseres og behandles. Samværsnekt vil imidlertid nevnes der det er naturlig for sammenhengen. Avgrensingen foretas fordi avhandlingen vil behandle de tilfeller hvor samværet bør gjennomføres, og hvor offentlig myndighet må sørge for at retten ivaretas. Heller ikke samværskonflikter på tvers av landegrenser behandles ettersom slike situasjoner reguleres av annen lovgivning.¹⁹ Retten til familieliv er også beskyttet i flere FN-konvensjoner.²⁰ Disse behandles ikke nærmere fordi selve samværsretten er mer spesifikk beskyttet i EMK og BK.

1.4 Den videre fremstillingen

Temaet skal analyseres ut fra tre nevnte typetilfeller. I den videre fremstillingen vil det i kapittel 2 foretas en redegjørelse av enkelte metodiske utfordringer ved nasjonale og internasjonale rettighetsbestemmelser, ettersom disse rettskildene vil utgjøre en betydelig del av avhandlingen. Deretter vil det i kapittel 3 gis en innføring i barnets samværsrett, foreldrenes samværsrett og forelderens avtalefrihet fordi disse rettighetene er sentral for den videre analysen i kapittel 4 om hvilket ansvar staten har for å sikre samværsretten. For å besvare problemstillingen om statens ansvar for at barn og foreldre opprettholder kontakt og samvær, vil det i kapittel 4 foretas en analyse av tre typetilfeller som illustrerer statsansvaret. Deretter vil det i kapittel 5 følge noen rettspolitiske betraktninger om funnene i kapittel 4.

¹⁸ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven).

¹⁹ Se eksempelvis Lov 8. juli 1988 nr. 72 om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser m v og om tilbakelevering av barn.

²⁰ Universal Declaration of Human Rights, 10. desember 1948, art. 12 og art. 16, International Covenant on Civil and Political rights, 16. desember 1966, art. 17 og art. 23, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966, art. 10.

2 Metodisk fundament

2.1 Arbeidet er rettsdogmatisk

Avhandlingens sentrale problemstilling er nasjonale og internasjonale rettsreglers regulering av statens ansvar for at barn og foreldre opprettholder kontakt når de ikke bor sammen. Følgelig vil innholdet i disse rettsreglene være det primære undersøkelsesobjekt. Avhandlingen vil ha en rettsdogmatisk tilnærming. En slik tilnærming tar sikte på å klargjøre og systematisere gjeldende rett.²¹ Det er det gjeldende innhold i rettsreglene som betegnes som gjeldende rett.²² Følgelig vil det benyttes en rettsdogmatisk arbeidsmetode eller juridisk metode for fastleggelsen av innholdet i rettsreglene.²³ Den juridiske metoden er den alminnelige aksepterte faglige metode for avklaring av rettsspørsmål.²⁴ Det vil ikke bli foretatt ytterligere utgreiinger av begrepet juridisk metode.²⁵

Målet med avhandlingen er også å vurdere reglene i et kritisk lys. I et kritisk lys, herunder faglig kritikk av gjeldende rett, dels betegnet som rettspolitik, dels som synspunkter de lege ferenda – slik retten bør være.²⁶ Denne vinklingen vil være særlig fremtredende i kapittel 5.

Internasjonale rettskilder utgjør en betydelig del av rettskildematerialet i avhandlingen, og avhandlingens problemstilling finner seg på området for barnerett og menneskerettigheter. I den anledning er det noen særskilte metodetrekk som må fremheves.

2.2 Særegne metodiske forhold

Barneretten har et sammensatt rettskildebilde. Forholdet mellom barn og foreldre preges i stor grad av avtalefrihet, og er følgelig utpreget privatrettslig.²⁷ Barnerettens privatrettslige karakter innebærer at foreldrene har myndighet til å inngå avtaler slik de selv mener vil gi

²¹ Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, 6. opplag, Bergen 2008 (Bernt og Doublet 2008), s. 13.

²² Bernt og Doublet 2008, s. 18.

²³ Bernt og Doublet 2008, s. 19.

²⁴ Bernt og Doublet 2008, s. 19.

²⁵ For nærmere generell utgreiing om innholdet i juridisk metode se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, 3. opplag, Bergen 2012, særlig kapittel 1, se også Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgåve ved Jan E. Helgesen, 3. opplag, Oslo 2007.

²⁶ Bernt og Doublet 2008, s. 15.

²⁷ Kirsten Kolstad Kvalø og Julia Köler-Olsen, *Barnerett i et natteskill*, Oslo 2016, s. 15, se også Bendiksen og Haugli 2015, særlig kapittel 6.

best løsning, uten at offentlige myndigheter griper inn. Det er i tilfeller hvor foreldrene ikke kommer til enighet, eller hindrer gjennomførelsen av avtalen, at statens rettslige forpliktelser aktiveres. Dette behandles nærmere i kapittel 4.

Etter Grunnlovsreformen i 2014, har en rekke sentrale menneskerettigheter blitt lovfestet med Grunnlovs rang. I tillegg til den allerede nevnte bestemmelsen i Grl. § 104, har særlig § 102 interesse for barn og foreldres rettsstilling ved at individet har rett til respekt for sitt privatliv og sitt familieliv.

Ved grunnlovsendringen, ga Lønning-utvalget en anbefaling om at Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser «må tolkes i lys av de nasjonale menneskerettskonvensjonene og praksis knyttet til disse».²⁸ Denne linjen har også Høyesterett lagt seg på, men presisert at

«fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevingsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».²⁹

Sitatet illustrerer at det konkrete innholdet av Grunnloven § 102 og § 104 fastsettes av Høyesterett. Dette samsvarer for øvrig med prinsippet om at rettskildene fastsettes av den autoritære domstolen i det konkrete rettssystemet.³⁰

I denne sammenheng vil de folkerettslige forbildene være EMK og barnekonvensjonen. Konvensjonene er inkorporert som norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2, og går ved motstrid foran annen lovgivning, jf. § 3.³¹ Selv om disse konvensjonene er inntatt som norsk lov, følger disse konvensjonene egne tolkningsprinsipper. For det første skal de tolkes i tråd med tolkningsprinsippene av folkerettslig sedvanerett, kodifisert i Wienkonvensjonen om

²⁸ Dok. nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven (Dok. nr. 16 (2011-2012)), s. 90. Lønning-utvalget ble oppnevnt av Stortinget presidentskap for å utrede og fremme forslag til begrenset revisjon av Grunnloven for å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang.

²⁹ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt (57). Dette ble fulgt opp i Rt. 2015 s. 155 A avsnitt (40).

³⁰ Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den Europeiske menneskerettskonvensjon*, Tromsø 2010, s. 23.

³¹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller mrl.).

traktatretten art. 31-33.³² Etter Wienkonvensjonen er utgangspunktet for konvensjonstolkning en naturlig forståelse av traktatens ordlyd, og at teksten skal tolkes i lys av sin sammenheng og formål. For det andre har Den europeiske menneskerettsdomstolen utviklet egne tolkningsprinsipper som norske domstoler også skal følge, jf. Rt. 2005 s. 833 A avsnitt (45).³³ Derfor vil internasjonale tolkningsprinsipper spille en rolle ved siden av de norske.

Barnekonvensjonen har ingen særskilt domstol som foretar tolkning av barnekonvensjonens rettighetsbestemmelser og vil dermed tolkes i tråd med de nevnte prinsippene i Wienkonvensjonen. Et særtrekk med barnekonvensjonen er at FNs barnekomité er opprettet, jf. BK art. 43. Komiteen har til oppgave å påse at de landene som har ratifisert barnekonvensjonen faktisk implementerer den. Etter BK art. 43 nr. 8 fastsetter barnekomiteen sine egne prosedyreregler. Komiteen har også blant annet til oppgave å fremsette såkalte general comments på bakgrunn av statsrapporter, se art. 45 og komiteens eget prosedyrereglement rule 77.³⁴ I forarbeidene til en endringslov til barneloven, er det gitt en uttalelse som spesielt gjelder barnekomiteens general comments:

«De generelle kommentarene som FNs barnekomité utgir er verdifulle retningslinjer for tolkingen og anvendelsen av konvensjonen. FNs barnekomité er det ekspertorgan som tolker barnekonvensjonen. Det bør derfor legges relativt stor vekt på disse uttalelsene ved tolking og anvendelse av konvensjonens bestemmelser i praksis.»³⁵

Det har vært et spørsmål i norsk rettspraksis hvilken vekt general comments skal ha. I dom inntatt i Rt. 2009 s. 1261 A presiserte Høyesteretts flertall utgangspunktet om at general comments ikke er folkerettslig bindende, jf. avsnitt (41). Flertallet konkluderte med at vekten av general comments imidlertid vil variere, hvor det blant annet vil ha betydning om «uttalelsen må ses som en tolkningsuttalelse, eller mer som en tilrådning om optimal praksis på vedkommende område», jf. avsnitt (44). Retningslinjene ble fulgt opp i plenumsdommen inntatt i Rt. 2012 s. 1985 P. I dom inntatt i Rt. 2015 s. 93 A, avsnitt (64) uttrykte Høyesterett imidlertid at general comments skal tillegges vekt og være utgangspunkt for tolkingen av barnekonvensjonen. Motsetningsvis kom Høyesteretts flertall til i dom inntatt i Rt. 2015 s. 1388 P at barnekomiteens synspunkt ikke var forankret i konvensjonsteksten og derfor måtte

³² Vienna Convention on the law of treaties, 23. mai 1969 (Wienkonvensjonen).

³³ Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD eller Domstolen) er opprettet i medhold av EMK art. 19.

³⁴ Committee on the Rights of the Child, Rules of procedure, 15. mars 2015.

³⁵ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.) (Ot.prp. nr. 104 (2008-2009)), s. 26.

oppfattes som en ytring om hvordan rettstilstanden bør utvikle seg, jf. avsnitt (154). Flertallet i dommen uttrykte ikke generelt hvilken vekt general comment har, men at vekten avhenger av hvordan barnekomiteen har uttrykt seg og om uttalelsen er relevant for det aktuelle faktum. I denne sammenheng understrekes det at EMD ganske konsekvent viser til barnekomiteens general comments ved redegjørelser for gjeldende rett under barnekonvensjonen.³⁶

Avhandlingen skal, som nevnt, forsøke å analysere det nærmere innholdet i enkelte av konvensjonsbestemmelsene. Hovedinntrykket fra rettspraksis er at general comments tillegges betydelig vekt, men at konkrete omstendigheter avgjør hvilken vekt disse har i den konkrete saken.³⁷ Utgangspunktet blir dermed at general comments har betydning, der den har forankring i konvensjonsteksten.

2.3 Prinsipper og hensyn

2.3.1 Prinsippers stilling i barneretten

Målet for avhandlingen er å fremstille gjeldende rett og å foreta vurdering av reglene. Dermed er det nødvendig å fremstille sentrale prinsipper og hensyn som gjør seg gjeldende for avhandlingen. Prinsippenes normative karakter er i utgangspunktet retningslinjer som vil være retningsgivende, men ikke gi noe bestemt resultat.³⁸ På barnerettens område står imidlertid enkelte rettslige prinsipper så sterkt av disse har karakter av å være bindende.³⁹ For avhandlingen brukes prinsippene om hensyn eller normer av sterk posisjon, i den forstand at de er rettslig bindende og må vurderes ved løsning av spørsmål hvor prinsippene er relevant.⁴⁰

2.3.2 Barnets beste

Det overordnede prinsippet i barneretten er prinsippet om barnets beste. Det fremgår av BK art. 3 nr. 1 at «the best interest of the child shall be a primary consideration» ved alle

³⁶ *Jenuesse v. the Netherlands*, 12738/10, 03.10.2014, avsnitt (74), *G.S v. Georgia*, 2361/13, 21.07.2015, avsnitt (32-33).

³⁷ Høyesteretts vektning av general comments har vært gjenstand for diskusjon i juridisk teori, se blant annet Jens Edvin A. Skoghøy, *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?*, Foredrag på Nordisk høyesterettsseminar i Oslo 14.-15. mars 2016, Kirsten Sandberg, «Pleunumsdommen fra desember 2015 – en barnerettslig kommentar», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 02/2016, s. 101-105.

³⁸ Hans Petter Graver, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 02-03/ 2006, s. 189-221, s. 195.

³⁹ Bendiksen og Haugli 2015, s. 35.

⁴⁰ Bendiksen og Haugli 2015, s. 35.

handlinger som berører barn. Etter ordlyden skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Bestemmelsen utgjør, sammen med art. 2, art. 6 og art. 12, barnekonvensjonens grunnprinsipper.⁴¹ Barnets beste er følgelig et selvstendig prinsipp, men også av betydning ved tolkningen av de øvrige bestemmelsene i barnekonvensjonen.⁴²

Barnekomiteen understreker at art. 3 nr. 1 har tre dimensjoner, herunder som en substansiell rettighet, et grunnleggende tolkningsprinsipp og en saksbehandlingsbestemmelse.⁴³ Barnets beste som substansiell rettighet innebærer at barnet har rett til å få vurdert hva som er til dets beste og at dette er et grunnleggende hensyn i avveiningen mot andre hensyn når avgjørelsen treffes.⁴⁴ Tolkningsprinsippet tar sikte på at dersom en rettslig norm kan tolkes på ulike måter, skal tolkningen som mest effektivt ivaretar barnets beste, velges.⁴⁵ Som saksbehandlingsbestemmelse menes at avgjørelsen må vise at barnets beste har blitt vurdert, herunder identifisert og avveid mot andre hensyn.⁴⁶

I nasjonal lovgivning er prinsippet tatt inn i både Grunnloven og barneloven. Etter GrL § 104 andre ledd skal barnets beste være et «grunnleggende hensyn» ved handlinger og avgjørelser som berører barn. Følgelig kan kravet til vektlegging av prinsippet om barnets beste innfortolkes i lovgivning hvor det hverken direkte eller indirekte kommer til uttrykk, men hvor avgjørelser likevel berører barnet.⁴⁷ Etter bl. § 48 første ledd fremgår det at «[a]vgjerdet om ... samvær, ... skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet». Bestemmelsen er inntatt i barnelovens saksbehandlingskapittel slik at prinsippet skal fungere som en overordnet norm i all saksbehandling som involverer barn.⁴⁸

Hva som ligger i prinsippet barnets beste er komplekst, slik at innholdet varierer fra sak til sak ettersom vurderingsnormen er hva som er best for det konkrete barnet. Følgelig lar det seg ikke trekke opp generelle retningslinjer om hva som ligger i prinsippet. Barnelovens

⁴¹ General comment No. 5 (2003), General measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child (general comment No. 5 (2003)), avsnitt 12.

⁴² Lucy Smith, «FNs konvensjon om barnets rettigheter», i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016 (Lucy Smith, «FNs konvensjon om barnets rettigheter»), s. 19.

⁴³ General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para 1) (general comment No. 14 (2013)), avsnitt 6.

⁴⁴ General comment No. 14 (2013), avsnitt 6 (a).

⁴⁵ General comment No. 14 (2013), avsnitt 6 (b).

⁴⁶ General comment No. 14 (2013), avsnitt 6 (c).

⁴⁷ Trude Haugli, «Hensynet til barnets beste», i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016, s. 64.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) Om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.) (Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)), s. 82.

manglende definisjon av barnets beste, er et bevisst valg fra lovgiver.⁴⁹ Kollektive beslutninger om barnet beste, for eksempel fra lovgiver, må vurderes generelt og fastsettes i lys av omstendighetene til den aktuelle gruppen og/eller barn generelt.⁵⁰ I EMDs praksis blir også hensynet til barnet beste tillagt betydelig vekt.⁵¹ Det er uttalt at «[the] consideration of what is in the best interests of the child is in every case of crucial importance».⁵²

2.3.3 Barnets rett til å bli hørt

Barnets rett til å bli hørt er, som nevnt, også regnet som ett av de fire grunnprinsippene i barnekonvensjonen.⁵³ Dermed skal rettigheten tas i betraktning ved tolkningen av de andre rettighetene, samtidig som uttaleretten er en frittstående rett.⁵⁴ For å kunne anvende prinsippet om barnets beste, må det identifiseres hva som er det beste for barnet. Identifiseringen skjer gjennom prinsippet om at barnet skal høres.⁵⁵ Etter BK art. 12 nr. 1 har barn «the right to express those views freely in all matters affecting the child». Bestemmelsen gir følgelig ikke barnet en plikt til å uttale seg, men en rett. For små barn som ikke kan uttrykke seg verbalt, kan de uttrykke seg gjennom lek, kroppsspråk, ansiktsuttrykk og tegning.⁵⁶ Prinsippet skal anvendes i alle saker som «affecting the child», jf. BK art. 12 nr. 2.

Prinsippet om barnets rett til å bli hørt er også nedfelt i Grl. § 104 første ledd, som uttrykker at barnet skal høres i «spørsmål som gjelder dem selv». Som et prinsipp av Grunnlovs rang, er det tydeliggjort at barnets uttalerett er sentral i vurderingen av hva som er til barnets beste.

Barnet har også en rett til å bli hørt innad i familien, jf. bl. § 31 første ledd. Etter bestemmelsen skal foreldrene ta barnets mening til etterretning, hvor tyngden av meningen avhenger av barnets alder. Etter andre ledd skal barn som er fylt sju år, og yngre barn som «er i stand til å danne seg egne synspunkt» få uttrykke sin mening i avgjørelser om samvær. Når

⁴⁹ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), s. 28.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), s. 32.

⁵¹ *Scozzari and Giunta v. Italy*, 39221/98, 41963/98, 13.07.2000, avsnitt (169), *Sommerfeld v. Germany*, 31871/96, 08.07.2003, avsnitt (64), *X and Others v. Austria*, 19010/07, 19.02.2013, avsnitt (146).

⁵² *K. and T. v. Finland*, 25702/94, 12.07.2001, avsnitt (154).

⁵³ General comment No. 5 (2003), avsnitt 12.

⁵⁴ Kirsten Sandberg, «Barns rett til å bli hørt», i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave, Oslo 2016 (Sandberg 2016, «Barns rett til å bli hørt»), s. 92.

⁵⁵ General comment No. 12 (2009) The right of the child to be heard (general comment No. 12 (2009)), avsnitt 70.

⁵⁶ General comment No. 12 (2009), avsnitt 21.

barnet er fylt 12 år, skal det legges stor vekt på dets mening. Bestemmelsen er følgelig en medbestemmelsesrett for barnet.⁵⁷

I general comment No. 5 (2003) avsnitt 12 er det uttalt at «[l]istening to children should not be seen as an end in itself, but rather as a means by which States make their interactions with children and their actions on behalf of children ever more sensitive to the implementation of children's rights». Dette indikerer at man faktisk lytter og tar barnets mening til etterretning. Det er følgelig ikke tilstrekkelig å bare høre hva barnet har å si.

2.3.4 Personlig autonomi og avtalefrihet

Prinsippet om avtalefrihet gjør seg også gjeldende i rettsforholdet barn og foreldre. Barneloven bygger i stor grad på dette prinsippet.⁵⁸ Avtalefriheten gir foreldrene valgfrihet, slik at barnets individuelle behov og omsorgsløsning tilpasses den individuelle familie.⁵⁹ Følgelig har foreldrene betydelig avtalefrihet hva gjelder samvær og dets omfang. Prinsippet om avtalefrihet betyr at foreldrene kan inngå avtaler slik det passer dem. Loven har imidlertid også regler om offentlig myndighetsutøvelse i tilfeller hvor konflikter oppstår.⁶⁰ Prinsippet om personlig autonomi omhandler retten individer har til å bestemme over forhold som gjelder dem selv. Dette blir utdypet nærmere i avhandlingens punkt 3.4.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), s. 60.

⁵⁸ Se eksempelvis bl. § 43 andre ledd.

⁵⁹ Prop. L 161 (2015-2016), s. 8.

⁶⁰ Se eksempelvis bl. kap. 7.

3 Samværsretten

3.1 Innledende bemerkninger

Avhandlingens kapittel 3 vil behandle det rettslige rammeverket for rettsforholdet mellom bostedsforelderen, samværsforelderen og barnet. Problemstillingen her er hvilken materiell rett barnet og foreldrene har til samvær med hverandre.

Formålet med samværsretten er å etablere og opprettholde en nærmere kontakt mellom barnet og den forelderen barnet ikke bor sammen med.⁶¹ Det er en presumsjon i barnelovgivningen at begge foreldrene er viktige omsorgspersoner for barnet, og at det derfor er en formodning om at det beste for barnet er å ha kontakt med begge foreldrene, jf. bl. § 42 første ledd. Utgangspunktet, at samvær med begge foreldrene er det beste for barnet, følger av klar og konsistent rettspraksis.⁶² Denne presumsjonen er understreket i forslaget til endring i barneloven om likestilt foreldreskap.⁶³

Dersom begge foreldrene er i stand til å ta seg av barnet, er foreldrenes forpliktelser overfor barnet understreket i BK art. 18 nr. 1. Bestemmelsen pålegger partene å «use their best efforts to ensure recognition of the principle that both parents have common responsibilities for the upbringing and development of the child». Foreldrene har følgelig «common responsibilities», et felles ansvar, for barnets rettigheter.

Det klare utgangspunktet om at samværsretten skal gjennomføres for å beholde kontakt med begge foreldrene, har også sammenheng med den overordnede retten til familieliv. Både GrL § 102 og EMK art. 8 nr. 1 hjemler retten til respekt for familieliv. EMD har i flere saker slått fast at art. 8 inneholder rett til samvær mellom barnet og samværsforelderen.⁶⁴

⁶¹ Bendiksen og Haugli (2015), s. 134.

⁶² Rt. 1995 s. 946 A (s. 949), Rt. 2010 s. 216 A avsnitt (33).

⁶³ Prop. 161 L (2015-2016), s. 5.

⁶⁴ *Eriksson v. Sweden*, 11373/85, 22.06.1989, avsnitt (58), *Johansen v. Norway*, 17383/90, 07.08.1996, avsnitt (52), *K. and T. v. Finland*, 25702/94, 12.07.2001, avsnitt (151), *Vojnity v. Hungary*, 29617/07, 12.02.2013, avsnitt (28), *Stasik v. Poland*, 21823/12, 06.10.2015, avsnitt (79), *Moog v. Germany*, 23280/08, 2334/10, 06.10.2016, avsnitt (53).

«The Court notes that the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of "family life" within the meaning of Article 8 of the Convention ...»⁶⁵

Ettersom menneskerettighetsbestemmelsene i Grunnloven skal tolkes i lys av den internasjonale praksisen som foreligger til de folkerettslige forbildene, presumeres det at Grl. § 102 også inneholder tilsvarende rett til samvær mellom barn og foreldre.⁶⁶

I det følgende analyseres hvilken rett barnet og samværsforelderen har til samvær med hverandre. For den videre analysen forutsettes det at foreldrene ikke bor sammen. Punkt 3.2 vil ta for seg barnets rett til samvær, mens punkt 3.3 omhandler foreldrenes rett til samvær. Deretter vurderes foreldrenes avtalefrihet i punkt 3.4, og i punkt 3.5 problematiseres tilfeller hvor foreldrene ikke enes om en samværsavtale.

3.2 Barnets rett til samvær

Barnets rett til samvær med begge foreldrene, er det klare utgangspunkt etter barneloven, jf. § 42. De internasjonale konvensjonsrettigheter i BK art. 9 nr. 3 og EMK art. 8 nr. 1 hjemler også denne retten. Spørsmålet i det følgende er hva barnets samværsrett innebærer og hvor sterkt rettigheten står.

Barnekonvensjonen lest i sammenheng med art. 7, art. 9, art. 16 og art. 18 peker tydelig på at det er både i barnets interesse og en rett barnet har, å ha kontakt med foreldrene. BK art. 9 nr. 3 hjemler barnets rett til kontakt og samvær. Bestemmelsen lyder slik:

«States Parties shall respect the right of the child who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, except if it is contrary to the child's best interests.»

Bestemmelsen viser utgangspunktet om at barnet har rett til kontakt og samvær med begge foreldrene. Utgangspunktet kan fravikes dersom hensynet til barnets beste tilsier at samvær ikke bør finne sted. Dette vil imidlertid bero på en individuell vurdering i det konkrete tilfellet. Den individuelle vurderingen vil ikke bli nærmere gjennomgått. Videre viser

⁶⁵ *Wdowiak v. Poland*, 28768/12, 07.02.2017, avsnitt (59).

⁶⁶ Se punkt 2.2 for nærmere redegjørelse.

ordlyden at det er forskjell mellom personlig relasjon, og direkte og regelmessig kontakt. Forskjellen innebærer at det er nødvendig å ha direkte og regelmessig kontakt for å opprettholde «personal relations». Likevel kan ikke direkte og regelmessig kontakt oppstilles som kriterium for å opprettholde personlige relasjoner. Dette understøttes ved at relasjonen kan utvikles og opprettholdes via korrespondanse, e-post, telefon, SMS etc.⁶⁷ Kontakt gjennom andre medier som supplement til det fysiske samværet, kan trolig bidra til å forsterke relasjonen mellom barnet og den forelderen som barnet ikke bor sammen med. Her fremgår blant annet relevansen av det utvidede samværsbegrepet som ble forespeilet innledningsvis.

Telefonkontakt mellom barnet og samværsforelderen er ikke en samværsform som reguleres av barneloven. Høyesterett har ikke prinsipielt avgjort hvorvidt telefonkontakt er en samværsform som omfattes av barneloven. Likevel synes Høyesterett i avgjørelsen inntatt i Rt. 1997 s. 322 U, som gjaldt midlertidig avgjørelse om samværsrett, å gi uttrykk for at domstolen har adgang til å fastsette at barnet skal ha kontakt med forelderen via telefon, jf. (s. 324). En rekke underrettspraksis har lagt seg på linje med Høyesterett, og innfortolket samværsretten til å omfatte kontakt via Skype, Facebook, telefon og andre medium.⁶⁸ Adgangen nasjonal rettspraksis gir til kontakt ved andre medier, bør som nevnt lede til en utvidende tolkning av bl. § 42 for å være i tråd med BK art. 9 nr. 3.⁶⁹

Statens ansvar for å sikre barnets sosiale og helsemessige trygghet fortrinnsvis i egen familie, er nedfelt i GrL § 104 tredje ledd. Etter bestemmelsen pålegges staten et økt ansvar for de ytre rammene for barns velferd.⁷⁰ Samvær med samværsforelderen, vil klart omhandle barnets velferd og livskvalitet etter presumsjonen at det er bra for barnet å ha kontakt med foreldrene sine. Bestemmelsen tydeliggjør at staten har plikt til å sikre barnets ytre rammer, særlig rammene staten kan gjøre noe med heriblant økonomisk, sosial og helsemessig trygghet.⁷¹

Barneloven § 42 første ledd er i god overensstemmelse med disse overordnede normene. Bestemmelsen lyder som følger:

⁶⁷ Jaap E. Doek, «Article 8: The Right to Preservation of Identity, and Article 9: The Right Not to Be Separated from His or Her Parents», in: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde (Eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden 2006, s. 29-30.

⁶⁸ LE-2007-72830, LH-2011-180752-2 og LB-2016-66001.

⁶⁹ Inge Lorange Backer, *Barneloven – Kommentarutgave*, 2. utgave, Oslo 2008 (Backer 2008), s. 381.

⁷⁰ Bendiksen og Haugli 2015, s. 53.

⁷¹ Dok. nr. 16 (2011-2012), s. 194.

«Barnet har rett til samvær med begge foreldra, jamvel om dei lever kvar for seg. Foreldra har gjensidig ansvar for at samværsretten vern oppfyld.»

Første punktum fastsetter som klar hovedregel at barn har rett til samvær med begge foreldrene, selv om foreldrene bor hver for seg. Bestemmelsen er en prinsipperklæring som gjelder for alle barn, uansett alder og hvilket forhold foreldrene har hatt.⁷²

Etter andre punktum har foreldrene gjensidig ansvar for oppfyllelse av samværsretten. Følgelig plikter både bostedsforelderen og samværsforelderen å bidra til at samværet gjennomføres, jf. ordlyden «gjensidig ansvar». I dom inntatt i Rt. 1997 s. 797 B, som omhandlet hvem av foreldrene som skulle ha den daglige omsorgen, gir Høyesterett uttrykk for at bostedsforelderen har plikt til å aktivt oppmuntre og legge til rette for barnets samvær med samværsforelderen, jf. (s. 804-805). Det synes dermed å foreligge en lojalitetsplikt hos bostedsforelderen ved at denne skal medvirke til at samværet gjennomføres. Det er i så måte foreldrene som primært skal sørge for at samværsretten oppfylles. Denne ansvars plasseringen er gjennomgående for reguleringen av de tre typetilfellene.

Barnets rett til kontakt med begge foreldrene er etter det overnevnte forankret i menneskerettighetene, Grunnloven og barneloven. Spørsmålet i det følgende er om samværsretten er absolutt.

Barnets lovfestede rett til samvær med sine foreldre begrenser seg til hva som er det beste for barnet, jf. bl. § 48 og BK art. 3 nr. 1. Dersom samvær ikke er til det beste for barnet, skal samvær heller ikke gjennomføres. Barnets behov for kjennskap til og kontakt med sitt biologiske opphav er imidlertid, i de fleste tilfeller, et sterkt argument under vurderingen av barnets beste. Et illustrerende eksempel er barnevernloven § 4-19 første ledd, som selv etter en omsorgsovertakelse fremholder at hovedregelen er at barnet har rett til samvær med sine foreldre. Viktigheten av barnets kontakt med foreldrene er for øvrig et gjennomgående prinsipp også i barnevernretten.⁷³ Barnevernretten illustrerer at selv om forholdene er vanskelige for foreldrene, skal fortsatt barnet som utgangspunkt ha samvær. Presumsjonen om at samværsrett er gunstig for barnet må følgelig ha stor vekt også i barnevernretten, hvor situasjonen gjennomgående er at begge foreldrene er egnet til å ha kontakt med barnet. EMD har med henvisning til BK art. 9 nr. 3, også gitt uttrykk for at det i utgangspunktet er barnets

⁷² NOU 1977: 35 Lov om barn og foreldre (barneloven), s. 74.

⁷³ NOU 2016: 16 Ny barnevernslov, Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse, s. 179.

beste å utvikle og bevare båndet med begge foreldrene sine.⁷⁴ Derfor skal det mye til for å nekte samvær, selv når foreldrene ikke har bodd sammen, jf. Rt. 1995 s. 946 A (s. 949). Barnets beste er følgelig det styrende hensyn, slik at samværsretten er ikke absolutt.

Av rettsgrunnlagene over fremgår det at samværsretten står særlig sterkt i norsk og internasjonal rett. I den grad samværsretten ikke er absolutt, vil dette begrense seg til tilfeller der det ikke er til barnets beste at samvær fastsettes og gjennomføres. Denne vurderingen kan derimot være sammensatt og hensynet til foreldrenes medvirkning, må også vektlegges.

3.3 Foreldrenes rett til samvær

Barnets foreldre har lovfestet rett til samvær. Retten til samvær følger av EMK art. 8 nr. 1, hvor enhver har «right to respect for his ... family life». Bestemmelsen inneholder, som nevnt innledningsvis i punk 3.1, en rett til «mutual enjoyment ... of each other's company». Samværsforelderens rett til samvær med barnet består, selv om samlivet mellom foreldrene er over eller aldri har eksistert.⁷⁵ Retten støttes opp om at begrepet «family life» gjelder uavhengig av familiekonstellasjoner.⁷⁶

Foreldrenes samværsrett følger også av bl. § 43 første ledd. Etter bestemmelsen har den av foreldrene som barnet ikke bor sammen med, i utgangspunktet rett til samvær med barnet. Under samværet har barnet krav på «omsut og omtanke» fra samværsforelderens, jf. bl. § 42 andre ledd. Denne plikten følger av foreldreansvaret, men fordi det er mulig å ha samværsrett uten foreldreansvar har lovgiver fastslått at omsorgsplikten også gjelder under samværet.⁷⁷

Foreldrenes samværsrett kan også oppfattes som særlig sterk ut fra rettsgrunnlagene angitt ovenfor. Det er imidlertid en folkerettslig konsensus at samværsrettigheten begrenser seg til hva som er barnets beste.⁷⁸ Dette innebærer at samværet må fastsettes etter hva som er best for barnet i den konkrete saken. Selv om foreldrene utviser stor interesse for samvær,

⁷⁴ *Kacper Nowakowski v. Poland*, 3240/13, 10.01.2017, avsnitt (81).

⁷⁵ *Kacper Nowakowski v. Poland*, 3240/13, 10.01.2017, avsnitt (70).

⁷⁶ *Berrehab v. the Netherlands*, 10730/84, 21.06.1988, avsnitt (21), *Boughanemi v. France*, 22070/93, 24.04.1996, avsnitt (35), *Elsholz v. Germany*, 25735/94, 13.07.2000, avsnitt (43), *L. v. the Netherlands*, 45582/99, 01.06.2004, avsnitt (35).

⁷⁷ Bendiksen og Haugli (2015), s. 133.

⁷⁸ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, 41615/07, 06.07.2010, avsnitt (135), *X v. Latvia*, 27853/09, 26.11.2013, avsnitt (96), *Kacper Nowakowski v. Poland*, 3240/13, 10.01.2017, avsnitt (75).

medfører ikke dette at det er barnets beste å ha samvær med vedkommende forelder.⁷⁹ Følgelig kan foreldrenes interesse til samvær, tilsidesettes på bakgrunn av det beste for barnet. Etter dette kan ikke samværsretten anses å være absolutt for foreldrene.

3.4 Foreldrenes avtalefrihet

3.4.1 Rettslig utgangspunkt

Hverken BK art. 9 nr. 3, EMK art. 8 eller GrL § 102 fastslår hvordan samværsretten nærmere skal fastsettes. Av barneloven følger det likevel klart at foreldrene har avtalefrihet, jf. § 43. I bestemmelsens første ledd andre punktum heter det at «[o]mfanget av samværsretten bør avtalast nærare». En naturlig forståelse av ordlyden «omfanget» taler for at det er noe av en viss størrelse, og ordet «nærmare» taler i retning om at noe allerede er fastlagt. Følgelig forutsetter bl. § 43 første ledd at samvær skal finne sted, og innenfor denne rammen har foreldrene full avtalefrihet hva gjelder rekkevidden av samværet.⁸⁰ Barneloven oppstiller flere momenter som skal vektlegges ved utforming av samværsavtalen. Disse blir behandlet i punkt 3.4.2.

Avtalefrihetens sterke posisjon følger også klart av rettspraksis. Et eksempel finnes i dom inntatt i Rt. 2010 s. 216 A, som blant annet omhandlet farens samværsrett med datteren. I avsnitt (44) er avtalefriheten formulert slik:

«Det er ingenting i veien for at partene avtaler andre løsninger seg i mellom ut fra hva som er praktisk og hyggelig, men hvis partene ikke er i stand til å finne omforenede løsninger, vil det som fastsettes her, gjelde.»

Sitatet viser at den beste situasjonen antas å være at foreldrene selv enes om hvilken løsning som vil fungere. Årsaken er at samarbeid mellom foreldrene gir stabile og støttende familierelasjoner, og dermed trygge og gode oppvekstvilkår for barnet.⁸¹

⁷⁹ *P., C. and S. v. the United Kingdom*, 56547/00, 16.07.2002, avsnitt (117), *Plaza v. Poland*, 18830/07, 25.01.2011, avsnitt (71).

⁸⁰ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.) (Ot.prp. nr. 103 (2004-2005)), s. 13.

⁸¹ Prop. 161 L (2015-2016), s. 9.

Avtalefriheten henger også sammen med EMK art. 8 nr. 1 som gir enhver «right to respect for his private ... life». Rettigheten dekker et bredt spekter, blant annet prinsippet om personlig autonomi.⁸² Personlig autonomi for voksne tar sikte på at de kan bestemme selv hvordan de vil leve livet sitt, og blant annet hvorvidt man ønsker å bli foreldre eller ikke, og i forlengelsen retten til å bestemme over egne barn.⁸³

3.4.2 Avtalefrihetens grenser

Foreldrenes avtalefrihet reiser for det første spørsmål om avtalefriheten er absolutt slik at foreldrene kan begrense samværet eller avtale seg helt bort fra samværet. Videre må det spørres hvilken rolle barnet og barnets interesser har i denne avtalefriheten.

Når det gjelder spørsmål om avtalefriheten er absolutt, slår bl. § 43 andre ledd fast at «omfanget» bør avtales nærmere. Dette indikerer at samværet skal ha en viss størrelse, men det presiseres ikke hvilket omfang som er tilstrekkelig med hensyn til barnets beste. Følgelig er utgangspunktet at foreldrene selv bestemmer hvilket omfang samværet skal ha og hvor det skal finne sted.

Når foreldrene, eller for den saks skyld domstolene, fastsetter samværsordningen, er det et spørsmål om hvilken rolle barnets interesser og mening skal ha for avtalefriheten. Etter bl. § 43 andre ledd første punktum fremgår det at foreldrene skal avtale omfanget «på bakgrunn av kva dei meiner er best for barnet.». Avtalefriheten skal dermed være styrt av barnets interesser. Bestemmelsen angir i tredje punktum videre momenter «det mellom anna [skal] leggjast vekt på», altså momenter for hvilken løsning som er best for barnet. Ut fra ordlyden er dette momenter som hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt, barnets alder, barnets tilknytning til nærmiljøet, reiseavstanden mellom foreldrene og hensynet til barnet for øvrig.

En naturlig forståelse av ordlyden «mellom anna» taler for at oppramsingen ikke er uttømmende. Følgelig kan andre vektige momenter ha betydning for fastleggelsen av samværsavtalen. Fastleggelsen skal imidlertid gjøres på individuelt grunnlag, hvor behovene til det konkrete barnet er styrende, jf. prinsippet om barnets beste.⁸⁴

⁸² *Pretty v. the United Kingdom*, 2346/02, 29.04.2002, avsnitt (61), Rt. 2015 s. 93 A avsnitt (58).

⁸³ *Evans v. the United Kingdom*, 6339/05, 10.04.2007, avsnitt (71), *Knecht v. Romania*, 10048/10, 02.10.2012, avsnitt (54), *M. and M. v. Croatia*, 10161/13, 03.09.2015, avsnitt (171).

⁸⁴ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005), s. 14.

I Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 14 uttrykker departementet at begrepet best mulig samlet foreldrekontakt viser at det må være samværsordning, uten at det gir føringer på hvor omfangsrikt samværet skal være. Foreldrekontakten vil naturligvis innebære samvær, men kontakten kan også inkludere telefonkontakt, e-post, sms mv.⁸⁵ Derfor burde samværsavtalen også inneholde noe om disse momentene.

Dersom samværsavtalen er fastsatt med klausul om «vanleg samværsrett», er det ordningen angitt i § 43 andre ledd fjerde punktum som er styrende. Samvær etter barneloven innebærer samvær med barnet en ettermiddag i uken med overnatting, annenhver helg, til sammen tre uker i sommerferien, og annenhver høst-, jule-, vinter-, og påskeferie. Ordningen følger imidlertid ikke i kraft av loven, men må være avtalt eller fastsatt.⁸⁶ Dermed blir ikke «vanleg samværsrett» aktuelt før etter at foreldrene har avtalt denne type samvær. I denne forbindelse må det understrekes at «vanleg samværsrett» ikke representerer et minimumssamvær som samværsforelderens har rett til.⁸⁷

Avtalefriheten er etter det overnevnte absolutt på den måten at lovgivningen ikke pålegger noe absolutte skranker. Det er imidlertid flere tungtveiende hensyn som skal vektlegges, og helst inkluderes i foreldrenes vurdering. På den måten kan det argumenteres for at foreldrene har en form for styrt avtalefrihet, som i størst mulig grad skal etterstrebe løsninger som er til det beste for deres barn. Dette spørsmålet behandles nærmere i punkt. 4.3.

Foreldrenes avtalefrihet kan begrenses dersom begge foreldrene ber fylkesmannen fatte vedtak som at samværsavtalen skal gis tvangskraft, jf. bl. § 55. Årsaken er at fylkesmannen ikke skal vedta samværsavtaler som strider mot barnets beste. Dersom samværsavtalen ikke vedtas hos fylkesmannen, må foreldrene inngå ny avtale som samsvarer med prinsippet om barnets beste. Begrensningen i avtalefriheten er følgelig et valg foreldrene selv tar, ved å involvere fylkesmannen.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005), s. 14.

⁸⁶ 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. 56 (1996-1997)), s. 86, Rt. 2011 s. 1572 A avsnitt (40).

⁸⁷ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997), s. 86.

3.5 Foreldrene enes ikke om samværet

Det er ikke nødvendigvis slik at foreldrene klarer å enes om en samværsavtale. Spørsmålet blir da hvilken rett barn og foreldre har til samvær når foreldrene ikke klarer å benytte avtalefriheten. Ut fra bl. § 56 første ledd kan foreldrene reise sak for domstolen for å få fastsatt samværet, uavhengig om den andre forelderen samtykker til dette. Domstolsbehandling gjelder både om samvær skal finne sted og hvilket omfang og utforming samværsretten skal ha.⁸⁸ Foreldrene kan følgelig være enige om at det skal være samvær, men være uenige om hvilket omfang det skal ha.

I bestemmelsens andre ledd oppstilles det som en søksmålsbetingelse at foreldrene må legge frem gyldig meklingsattest etter § 54. Dommeren skal imidlertid forsøke å få løst saken i minnelighet under saksforberedelsen fordi hovedmålsettingen er at foreldrene tar ansvar og blir enige om en løsning slik at samarbeidet i fremtiden lar seg gjennomføre.⁸⁹ Dette svarer til reglene i tvisteloven § 8-1 hvor domstolen på ethvert trinn av saken skal forsøke å få løst helt eller delvis saken i minnelighet.⁹⁰ Hensyn som gjør seg gjeldende er hensynet til barnet. Det vil i de aller fleste tilfeller være en bedre løsning for barnet at foreldrene blir enige, enn at avgjørelsen må fattes av retten. Dette gjør seg særlig gjeldende ved at foreldrene vil kunne tenkes å samarbeide bedre i fremtiden dersom de kommer til enighet på et tidlig stadium.

I forrige punkt ble det vist til at foreldrenes avtalefrihet er styrt av flere hensyn som følger av blant annet bl. § 43 andre ledd. Vurderingen for domstolene er i stor grad likeartet som for foreldrene, og er styrt av prinsippet om barnets beste, jf. bl. § 48. Også hensynet til hva som praktisk lar seg gjennomføre og hva som er ønsket av foreldrene vil være styrende.⁹¹

⁸⁸ Backer 2008, s. 497.

⁸⁹ NOU 1998: 17 Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bostad, (NOU 1998: 17), s. 68.

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

⁹¹ Rt. 2010 s. 216 A avsnitt (44).

4 Statens ansvar for å sikre samvær

4.1 Innledende bemerkninger

I avhandlingen kapittel 4 analyseres hvordan gjeldende rett regulerer tilfeller der samværsmengden ikke oppfyller de materielle rettighetene som gjelder etter reglene gjennomgått i kapittel 3. Som vist i kapittel 3 står barnets samværsrett sterkt, hvor presumsjonen er at det beste for barnet er å ha kontakt med begge foreldrene. I kraft av denne presumsjonen kan barnets samværsrett anses tilnærmet absolutt, med mindre det foreligger forhold som tilsier at barnet ikke skal ha kontakt med én eller begge foreldrene. Eksempelvis kan dette være vold, overgrep eller mishandling. Presumsjonen er dermed at retten til samvær er krenket dersom samvær med begge foreldrene ikke ivaretas. Manglende overholdelse av barnets materielle samværsrett, medfører imidlertid ikke nødvendigvis en krenkelse av internasjonale konvensjoner fordi det rettslige bildet er mer sammensatt.

Analysen vil primært drøfte tre typetilfeller hvor manglende samvær kommer på spissen. I punkt 4.3 behandles typetilfellet hvor foreldrenes avtale bryter barnets samværsrett. Typetilfellet hvor samværsforelderens blir hindret fra å utøve samværet behandles i punkt 4.4. Til slutt vil punkt 4.5 omhandle situasjoner hvor samværsforelderens ikke møter til samværet. For avhandlingen legges det til grunn at begge foreldrene isolert sett er egnet som bostedsforeldre, og at barnet ikke har gitt uttrykk for at det ikke ønsker samvær med noen av foreldrene.

Partskonstellasjonen i kapittel 4 mellom samværsforelderens, bostedsforelderens og statens myndigheter. For barnets rett til samvær er imidlertid de materielle rettighetene styrende for reguleringen av forholdet mellom de tre førstnevnte partene. Formålet med analysen blir dermed å klarlegge hvilket ansvar staten har, herunder hvilke tiltak som må treffes for å sikre samværsretten. Dette skal gjøres for de tre typetilfellene nevnt i forrige avsnitt. Først skal imidlertid statens ansvar for å sikre menneskerettighetene behandles mer generelt. Begrunnelsen for denne rekkefølgen fremgår nedenfor.

4.2 Statens ansvar for å sikre menneskerettighetene

4.2.1 Statens ansvar for å sikre individets rett etter EMK art. 8

I kapittel 3 fremgår det at barnets samværsrett i stor grad må vurderes ut fra konvensjonsbestemmelser. Ansvaret for gjennomføringen av den konvensjonsbestemte samværsretten ligger hos staten, jf. EMK art. 1 og BK art. 2. nr. 1. Disse konvensjonsbestemmelsene skiller seg dermed fra rettighetsbestemmelsen i barneloven hvor det er *foreldrene* som «har gjensidig ansvar for at samværsretten vert oppfyld». På bakgrunn av at staten er pliktsubjekt for de konvensjonsbestemte rettighetene, vil spørsmålet om statens ansvar for barnets samværsrett være sammenfallende med rekkevidden av statens ansvar for å sikre disse rettighetene mer generelt. Det er derfor nødvendig å kort redegjøre for statens ansvar til å sikre konvensjonsrettighetene.

Det følger av EMK art. 1 at «[t]he High Contracting Parties shall secure to everyone» konvensjonens rettigheter. Bestemmelsen viser først og fremst at pliktsubjektet etter EMK er «[t]he High Contracting Parties», altså Europarådets medlemmer. Dernest pålegges staten en plikt til å sikre konvensjonsrettighetene, jf. ordlyden «shall secure». Sikring av konvensjonsrettighetene innebærer først og fremst et krav om at staten skal unnlate myndighetsutøvelse som medfører konflikt med det materielle innholdet EMK sikter å beskytte.⁹² Dette er statens negative forpliktelser etter konvensjonen. Det følger imidlertid av EMDs praksis at EMK pålegger staten både negative og positive forpliktelser.⁹³ Motsetningsvis til de negative forpliktelsene, tar de positive forpliktelsene sikte på statens plikt til aktiv utøve offentlig myndighet for å sikre konvensjonsrettighetene. Domstolen har innfortolket positive forpliktelser i art. 8, selv om bestemmelsen ikke gir direkte uttrykk for dette.⁹⁴ Det er ikke et skarpt skille mellom positive plikter og negative plikter. EMD har i flere saker uttalt at «[t]he boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition».⁹⁵

⁹² Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4. udgave, København 2017 (Kjølbro 2017), s. 44.

⁹³ *Dickson v. the United Kingdom*, 44362/04, 04.12.2007, avsnitt (69-70), *Stasik v. Poland*, 21823/12, 06.10.2015, avsnitt (80).

⁹⁴ *Botta v. Italy*, 21439/93, 24.02.1998, avsnitt (33).

⁹⁵ *Keegan v. Ireland*, 16969/90, 26.05.1994, avsnitt (49), *Dickson v. the United Kingdom*, 44362/04, 04.12.2007, avsnitt (70), *Jeunesse v. the Netherlands*, 12738/10, 03.10.2014, avsnitt (106).

Det uklare skillet mellom negative og positive forpliktelser medfører at det er vanskelig å fastslå presist når staten plikter å ta aktive skritt for å sikre rettigheten, og når staten plikter å forhindre krenkelse av individets rett. EMDs fortolkning av statens forpliktelse viser følgelig et ansvar for å sikre at konvensjonsrettighetene ikke krenkes, ikke bare et ansvar fra å avstå fra å krenke dem.

Spørsmålet for den generelle fastleggelsen av de positive forpliktelsene blir om staten er pålagt en plikt til å gripe inn i forhold hvor flere kryssende rettigheter kolliderer. EMD har uttrykt at statens forpliktelser også kan omfatte å beskytte privatpersoner mot en krenkende handling foretatt av en annen privatperson, såkalte mellomprivate forhold.⁹⁶ Statens ansvar kan i slike tilfeller kalles for konvensjonens middelbare eller indirekte tredjepartsvirkninger.⁹⁷ I juridisk litteratur beskrives sikringsforpliktelsen som *Drittwirkung*, et begrep som i utgangspunktet stammer fra tysk forfatningsrett.⁹⁸ Høyesterett har i dom inntatt i Rt. 2013 s. 588 A avsnitt (41) omtalt dette som EMKs horisontale virkning. Høyesteretts terminologi blir anvendt videre i avhandlingen. Den horisontale virkningen kommer tydelig til uttrykk i *Von Hannover v. Germany (No.2)*, som omhandler tyske domstolars nektelse om å gi pålegg om videre offentliggjøring av bilder av klagerne.⁹⁹ Fra dommens avsnitt (98) siteres det:

«[article 8] does not merely compel the State to abstain from [arbitrary] interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even **in the sphere of the relations of individuals between themselves.**» (min utheving)

Sitatet illustrerer statens positive forpliktelser i mellomprivate forhold. Krenkelser i mellomprivate forhold er et typetilfelle som aktualiserer den horisontale virkning i art. 8.¹⁰⁰ Bakgrunnen for dette, er at staten kan ha en positiv plikt til å etablere en rettstilstand som forhindrer eller sanksjonerer privates handlinger i strid med EMK.¹⁰¹ Staten kan dermed

⁹⁶ *Osman v. the United Kingdom*, 23452/94, 28.10.1998, avsnitt (115).

⁹⁷ NOU 2006: 10 Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter, s. 81.

⁹⁸ Marianne Nørregaard, *Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private*, København 2004, s. 136, Pieter van Djik mlf., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave, Oxford 2006 (van Djik 2006), s. 28-29.

⁹⁹ *Von Hannover v. Germany (No. 2)*, 40660/08, 60641/08, 07.02.2012.

¹⁰⁰ Francis G. Jacobs, Robin C.A. White & Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 6. utgave ved Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks and Clare Ovey, Oxford 2014, s. 338.

¹⁰¹ Kjølbro 2017, s. 41.

holdes ansvarlig for privates handlinger dersom nasjonal rett ikke tilstrekkelig beskytter individenes konvensjonsrettigheter, slik at disse krenkes.¹⁰² Dette medfører at retten til «family life» etter art. 8 kan være krenket i tilfeller hvor samvær ikke gjennomføres grunnet privates atferd og opptreden. Etter EMK art. 34, jf. art. 1, er det imidlertid ikke adgang til å klage individer inn for EMD. Det er staten som er søksmålssubjekt etter art. 34, og kan holdes ansvarlig ved konvensjonsbrudd i mellomprivate forhold.¹⁰³ Følgelig kan staten bli ansvarlig for å ha muliggjort eller ikke forhindret privates unnlater eller handlinger.¹⁰⁴

Ved vurderinger av statens positive forpliktelser er ikke strukturen like fast som ved inngrep fra staten, jf. systemet som følger av blant annet EMK art. 8 nr. 2. EMD har uttalt at domstolen likevel må foreta en proporsjonalitetsvurdering, altså finne en «fair balance» mellom de konkurrerende rettigheter for individet og samfunnet, samt andre berørte tredjeparter.¹⁰⁵ I tillegg må EMD ta hensyn til statens skjønnsmargin.¹⁰⁶

Skjønnsmarginen mellom EMD og nasjonalstaten er begrunnet med at staten selv kjenner sine nasjonale forhold best, og derfor har de beste forutsetningene for å avgjøre hvilke beskyttelsessystem som egner seg.¹⁰⁷ Etter denne begrunnelsen skal ikke EMD fungere som en 4. instans (4. instansdoktrinen), og skal følgelig begrense seg til en vurdering av om statens avveininger tilstrekkelig ivaretar de relevante rettigheter.¹⁰⁸ Det er som utgangspunkt opp til staten selv å vurdere hvordan konvensjonens rettigheter skal sikres på nasjonalt plan, og hvilke virkemidler den enkelte stat velger for å sikre disse rettighetene.¹⁰⁹

Begrunnelsen om at staten er bedre plassert, henger nært sammen med subsidiaritetsprinsippet. Den nærmere begrunnelse er imidlertid ikke nødvendig å drøfte da en prøving av konvensjonsrettigheter for nasjonale domstoler, ikke skal benytte skjønnsmargin i EMDs forstand.¹¹⁰

¹⁰² Kjølbro 2017, s. 41.

¹⁰³ van Dijk 2006 s. 29.

¹⁰⁴ Kjølbro 2017, s. 28.

¹⁰⁵ *Ónodi v. Hungary*, 38647/09, 30.05.2017 (Ónodi-saken), avsnitt (30).

¹⁰⁶ Ónodi-saken, avsnitt (30).

¹⁰⁷ *Handyside v. the United Kingdom*, 5493/72, 01.12.1976, avsnitt (48).

¹⁰⁸ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledning*, Tromsø 2015, s. 256-257.

¹⁰⁹ *Silver and others v. the United Kingdom*, 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25.03.1983, avsnitt (113 (d)).

¹¹⁰ Jens Edvin A. Skoghøy, «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK», *Lov og Rett 04/2011*, s. 189-190.

Et nærliggende eksempel som illustrerer nivået av overprøving er dom inntatt i Rt. 2015 s. 93 A. Dommen gjaldt overprøving av utlendingsnemndas vedtak om utvisning av en kenyansk statsborger, som på tidspunktet for vedtaket hadde en datter på tre år som var norsk statsborger. Høyesterett foretok en forholdsmessighetsvurdering etter Lov 15. mai nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 70, men viste til at de materielle rettighetene som fulgte av barnets konvensjonsvern var sentrale hensyn i vurderingen, jf. avsnitt (68).

I den konkrete vurdering gikk Høyesterett langt i å vurdere de reelle forholdene, jf. særlig avsnittene (73) og (78). Etter denne dommen virker ikke Høyesterett å innrømme de øvrige nasjonale myndigheter noe særlig skjønn ved vurderinger av barns rett til familieliv.

En tilsvarende, inngående, prøving foretok også Høyesterett i saken inntatt i Rt. 2012 s. 1832 A. Saken gjaldt fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse etter bvl. § 4-19. Høyesterett konstaterte her at vurderingene etter denne bestemmelsen er i tråd med både EMK art. 8 og BK art. 9 nr. 3, jf. avsnitt (32). I denne saken gikk også retten langt inn i den konkrete vurderingen av de reelle forholdene i saken, jf. særlig avsnitt (31) og (33) flg.

På bakgrunn av de overnevnte eksemplene kan det konkluderes med at nasjonale domstoler ikke tilkjenner det øvrige statsapparatet noe særlig skjønnsmargin i saker som omhandler barn og deres kontakt med sine foreldre. Heller ikke EMD innrømmer staten en vid skjønnsmargin ved alle vurderinger når barn er involvert.¹¹¹

4.2.2 Statens plikt til å sikre barns rett etter barnekonvensjonen

Etter BK art. 2 nr. 1 skal staten «respect and ensure» de rettigheter barnekonvensjonen oppstiller. Ordlyden «respect» impliserer at staten har negative forpliktelser til å forhindre krenkelse av konvensjonen, mens «ensure» indikerer at staten har positive forpliktelser for å sikre rettighetenes gjennomføring og håndhevelse. Barnekonvensjonens positive forpliktelse har også en horisontal virkning, og skal beskytte rettssubjektene i mellomprivate forhold.¹¹² Dette betyr at barnet, som rettighetssubjekt, har krav på aktiv beskyttelse mot at både myndighetene og foreldrene krenker konvensjonsrettighetene i barnekonvensjonen. I og med at praksis fra EMD tillegges større rettskildemessig vekt for norske domstoler enn uttalelser

¹¹¹ *Strand Lobben and Others v. Norway*, 37283/13, 30.11.2017, avsnitt (104).

¹¹² Sharon Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention of the Rights of the Child*, Haag 1999, s. 31.

fra barnekomiteen, må det legges til grunn at rekkevidden av barnekonvensjonen følger rekkevidden av EMK.

4.2.3 Statens plikt til å sikre individets rett etter Grunnloven

Grunnloven § 92 pålegger statens myndigheter å «respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Etter ordlyden plikter altså myndighetene å sikre gjennomføring og håndhevelse av Grunnlovens menneskerettigheter og de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Ordlyden er imidlertid vag i den forstand at det var uklart om bestemmelsen ga internasjonale menneskerettighetskonvensjoner grunnlovs trinnhøyde.¹¹³ Høyesterett har tatt stilling til spørsmålet og fastslått at § 92 ikke er en inkorporasjonsbestemmelse av de internasjonale menneskerettigheter, men at disse skal håndheves på det nivå de er gjennomført i norsk rett.¹¹⁴

Hva gjelder retten til familieliv i Grunnloven, reguleres rettigheten i § 102. Høyesterett har som nevnt presisert at «§ 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene».¹¹⁵ Det kan presumeres at Grl. § 102 inneholder de samme negative og positive forpliktelsene som etter EMK art. 8, ettersom ordlyden i Grl. § 92 er tilsvarende ordlyden i BK art. 2 nr. 1 og EMK art. 1. Følgelig må Grunnloven innbefatte tilsvarende negative og positive forpliktelser som vist i forbindelse med BK og EMK.

4.2.4 Oppsummering

Staten har etter alle de overnevnte rettighetsbestemmelsene både positive og negative forpliktelser til å sikre barnets og foreldrenes materielle rett til samvær. Som et utgangspunkt skulle man derfor tro at staten skal gripe inn i alle samværsforhold som ikke tilfredsstiller de materielle rettigheter oppstilt i kapittel 3. Det primære hensynet bak statens positive forpliktelse for å ivareta samværsretten, er presumsjonen om at det beste for barnet er å ha kontakt med begge foreldrene. Imidlertid er ikke dette det eneste hensyn som gjør seg gjeldende i den praktiske gjennomføringen av samvær. Hensynet til legalitetsprinsippet og foreldrenes autonomi begrenser utøvelsen av statens positive forpliktelser. Et utslag av nettopp legalitetsprinsippet medfører at terskelen for statens adgang til generelt å gripe inn i

¹¹³ Jens Edvin A. Skoghøy, «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven», *Lov og Rett* 04/2015, s. 195-196.

¹¹⁴ HR-2016-2554 P avsnitt (70).

¹¹⁵ Rt. 2015 s. 93 A avsnitt (57).

den private sfære er høy, jf. Grl. § 102 og EMK art. 8 nr. 2. Dette er hensyn som også gjør seg gjeldende i proporsjonalitetsvurderingen som skal foretas.

4.3 Foreldrenes samværsavtale bryter barnets rettigheter

4.3.1 Innledende bemerkninger

I tiden etter et samlivsbrudd, kan foreldrene være i en turbulent situasjon, og enes om at barnet bor hos den ene forelderen og ikke ha samvær med den andre, jf. bl. § 43. Dersom foreldrene ikke endrer avtalen slik at samværet gjenopptas, brytes barnets rett til samvær etter bl. § 42. Situasjonen hvor samværsforelderen avtaler seg bort fra samvær er følgelig utgangspunktet for analysen.

Statens mulighet til å gripe inn i foreldrenes autonomi på eget initiativ, fremgår av bestemmelser som ligger utenfor barneloven. Begrensningen i foreldrenes autonomi skjer først og fremst der saker kommer inn for retten, jf. tvisteloven § 11-4. Autonomien kan også begrenses gjennom undersøkelser og tiltak etter barnevernloven.

Barneloven på sin side inneholder ikke regler som automatisk fører til at samværsavtalen kontrolleres og kvalitetssikres av offentlig myndighet. Denne ordningen slår, som nevnt i kapittel 3, først inn dersom foreldrene ber om tvangskraft av samværsavtalen etter bl. § 55. Når det fattes vedtak om samværsavtale med tvangskraft, plikter fylkesmannen å foreta en selvstendig overprøving av samværsavtalen hvor hensynet til barnets beste er avgjørende for et eventuelt vedtak.¹¹⁶

4.3.2 Sikring av barnets materielle rett til samvær

Når samværsforelderen avtaler seg bort fra samvær, oppstår spørsmålet hvilket ansvar staten har for å sikre barnets samværsrett. Analysen av hvilke tiltak staten skal treffe for å sikre barnets samværsrett tar, som vist i punkt 4.2, utgangspunkt i konvensjonsbestemmelsene, jf. BK. art. 2 nr. 1 og EMK art.1.

Våren 2017 behandlet EMD en sak om samværs sabotasje, Ónodi-saken. Sakens faktum blir utdypet i punkt 4.4.2, men kort fortalt ble klager utsatt for samværs sabotasje ved at barnets

¹¹⁶ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), s. 85.

mor saboterte klagerens og barnets rett til samvær med hverandre. EMD innledet med å redegjøre for statens positive forpliktelser etter EMK art. 8, jf. avsnitt (30). Det ble presisert at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering («fair-balance»), og det ble særlig fremhevet at hensynet til barnets beste skal vektlegges, jf. avsnitt (30).

EMD slo deretter fast at art. 8 hjemler en rett for samværsforelderen til å gjennomføre tiltak med sikte på å reetablere kontakt med barnet, samt en plikt for staten å tilrettelegge for reetablering av kontakt, jf. avsnitt (31). Rekkevidden av statens tilrettelegging ble presisert på følgende måte i avsnitt (31):

«in so far as the interest of the child dictates that everything must be done to preserve personal relations, and if appropriate "rebuild" the family; the State's obligation is not one of result, but one of means ...»

Sitatet viser at statens ansvar vedrørende barnets og foreldrenes samværsrett i utgangspunktet går langt, jf. ordlyden «everything must be done». Samtidig nyanseres plikten ved at den defineres som en innsatsforpliktelse, ikke en resultatforpliktelse.

Vurderingen av om staten har oppfylt sin forpliktelse, er ifølge EMD «whether the national authorities have taken all necessary steps to facilitate the execution that can reasonably be demanded in the specific circumstances of each case», jf. avsnitt (32). Det legges følgelig opp til en konkret vurdering av om staten har lagt til rette for samværet innenfor det som med rimelighet kan kreves i det spesifikke tilfellet. I den konkrete vurderingen ble tidsaspektet nevnt som et viktig forhold. Tidsaspektet er viktig fordi lang tids separasjon mellom foreldre og barn kan medføre irreversibel skade, jf. avsnitt (32).

EMD viste også til at selv om staten skal forsøke dets «utmost» for å legge til rette for samarbeid ved gjennomføring av samvær, bør tvang ikke benyttes, jf. avsnitt (32). I forlengelsen av erkjennelsen om at samarbeid er viktig, ble det vist til at «active parental participation in the proceedings concerning children is required under Article 8 of the Convention in order to ensure the protection of their interests», jf. avsnitt (33).

Sitatet viser altså at foreldrenes deltakelse skal vektlegges. Dette momentet må også ses i sammenheng med EMDs utgangspunkt, at art. 8 hjemler en rett for foreldrene til samvær. Momentene om at samarbeid og deltakelse fra foreldrene er viktig og at tvang ikke bør brukes, viser at EMD anerkjenner hensynet til personlig autonomi. Disse momentene må i

utgangspunktet ha større betydning i saker hvor foreldrene er enige om å begrense samværet gjennom avtale, enn i saker om samværrsabotasje som Ónodi-saken handlet om. Disse argumentene vil følgelig drøftes nedenfor. Momentenes betydning understrekes også av at disse er rettighetsfestet både i EMK art. 8 og Grl. § 102. Staten må følgelig også respektere denne siden av rettighetsbestemmelsene for å ikke gjøre et annet inngrep i retten til privatliv.

Selv om både barneloven og menneskerettighetene gir føring på at samvær er til barnets beste, skal det foretas en proporsjonalitetsvurdering. Spørsmålet blir dermed om foreldrenes avtalefrihet, som har sterk posisjon i barneretten, medfører at et slikt resultat er innenfor statens konvensjonsforpliktelser. Et element i en slik vurdering er etter EMD- og Høyesteretts praksis om lovgiver har gjort en veloverveid avveining av de kryssende hensyn. I dom inntatt i HR-2016-304 S, som omhandlet tomtefeste, ble det i avsnitt (51) med videre henvisning uttalt at «skjønnsmarginen får begrenset betydning for den konvensjonsrettslige bedømmelsen dersom lovgiver ikke har foretatt en kartlegging og avveining av de motstridende interessene». Denne uttalelsen sto i en viss motsetning til forutgående avsnitt (50), hvor det fremgikk at «[d]en nasjonale lovgiveren er bedre plassert til å foreta den primære avveiningen, i lys av den spesifikke historiske, sosiale, kulturelle og økonomiske konteksten som den aktuelle lovgivningen inngår i».

Sitatet i avsnitt (50) er i stor grad en gjengivelse av subsidiaritetsprinsippet benyttet i EMD. Denne nyanseringen gjør seg imidlertid ikke gjeldende på samme måte når nasjonale domstoler skal foreta konvensjonsrettslige bedømmelser. For vurdering av samværsrettens konvensjonsmessighet etter EMK art. 8, er det første siterte fra dommen avsnitt (51) relevant. Høyesteretts uttalelser om betydningen av lovgivers vurdering, viser at prøvningsintensitet hensyntar hvor grundig lovgiver har vurdert spørsmålene om avtalefrihet.¹¹⁷

Ut fra forarbeidene, synes det ikke som at lovgiver har vurdert hvilke konsekvenser avtalefriheten kan medføre. Lovgivers manglende vurdering av avtalefrihetens virkninger, trekker i retning av at skjønnsmarginen får begrenset betydning ved den konvensjonsmessige bedømmelsen fordi lovgiver ikke har foretatt en interesseavveining av de kryssende hensyn.

¹¹⁷ HR-2016-304 S, avsnitt (89).

Barnekonvensjonens rettighetsbestemmelser, herunder BK art. 9 nr. 3, trekkes også inn som rettslig argumentasjon i forbindelse med tolkingen av EMK.¹¹⁸ Anvendelsen av barnekonvensjonen i EMDs rettslig argumentasjon medfører en anerkjennelse av BKs betydning og dets viktighet for barnets rettigheter. BK avhjelper i så måte at EMK ikke var utformet med barnets rettigheter i mente.¹¹⁹ Høyesterett kan følgelig, i tråd med EMDs rettskildeprinsipper, vektlegge BK i vurderingen av EMK og dermed også Grunnloven.

Hverken BK eller EMK har bestemmelser som regulerer hvilke tiltak staten kan benytte. Lovgivningen vil i utgangspunktet være det mest nærliggende virkemidlet for staten til å ivareta sine materielle forpliktelser. Barneloven inneholder imidlertid ingen bestemmelser som regulerer samværsavtaler som strider med barnets samværsrett, og i så måte barnets beste. Manglende hjemler for kontroll av denne type avtaler, trekker i retning av at staten ikke sørger for å ivareta barnets materielle rett til samvær. Det er imidlertid foreldrene som har primæransvaret for barnets oppvekstvilkår, og i et demokratisk samfunn er det viktig at foreldrenes personlige autonomi er tilstrekkelig vid i måten de velger å utøve foreldreansvaret.¹²⁰ Denne betraktningen er en av grunnene for at EMK begrenser statenes adgang til å gripe inn i den private sfære, jf. art. 8 nr. 2. Ved krenkelse av positive forpliktelser, er ikke vilkårene i art. 8 nr. 2 styrende, slik som ved inngrep, men disse kan komme inn ved den nærmere avveiningen.¹²¹ Fordi vurderingen av statens positive forpliktelser synes å være av mindre styrt karakter, kan foreldrenes interesser gis avgjørende vekt i vurderinger av samværsrett. Dette har sammenheng med momentene som ble nevnt ovenfor fra Ónodi-saken. Momentene må som nevnt lettere gis større vekt i et tilfelle som her, hvor foreldrene er enige om en avtale sin begrenser samværet. Momentene fra Ónodi-saken trekker sterkt i retning av at manglende hjemmel i lovgivningen for kontroll av samværsavtaler ikke medfører brudd på statens positive forpliktelser.

Som det fremgår av drøftelsene så langt, gjør flere kryssende hensyn det vanskelig å klart svare på om statens manglende inngrep i en samværsavtale med svært lite, eller ingen samvær, er et materielt konvensjonsbrudd. Selv om samværsavtalen inneholder lite eller ingen samvær, kan foreldrene ha stor samarbeidsvilje med hverandre. I slike situasjoner kan

¹¹⁸ Se eksempelvis *Kacper Nowakowski v. Poland*, 3240/13, 10.01.2017, avsnitt (81).

¹¹⁹ Shazia Choudhry og Jonathan Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford 2010 (Choudhry og Herring 2010), s. 225.

¹²⁰ Choudhry og Herring 2010, s.225.

¹²¹ Kjølbro 2017, s. 797.

manglende samvær, til en viss grad, bli avhjulpet av elektronisk kontakt mellom barnet og samværsforelderen.

Fordi statens forpliktelser er innsatsforpliktelser knyttet til hvilke midler staten anvender for å tilrettelegge samværet, må det vurderes om barnets rettigheter er ivaretatt i prosessen, herunder om det har fått delta i prosessen som leder frem til avtalen. Dermed kan vanskelig en konklusjon fattes uten å vurdere de prosessuelle rettighetene ved inngåelsen og gjennomføringen av samværsavtalen. Fasiliteringstiltak for samværet og forpliktelsesens innsatskarakter må vurderes i lys av de prosessuelle virkemidler som er tilgjengelige for å avhjelpe en situasjon som strider mot barnets rett til samvær.

4.3.3 Sikring av barnets rett til samvær gjennom prosessuelle mekanismer

Den materielle delen av spørsmålet må ses i lys av prosessen knyttet til samværsavtalen. Spørsmålet blir om prosessen som leder til begrenset samvær eller ingen samvær, ivaretar barnets rettigheter på en slik måte at staten oppfyller sin plikt etter konvensjonene. Hverken EMK art. 8 eller EMDs generelle uttalelser angir nærmere i detalj hvilke prosessuelle krav som stilles for å ivareta det overordnede hensyn og prinsippet om barnets beste. Fastleggelsen av de nærmere rettighetene vil derfor se hen til de noe mer detaljerte reglene som følger av barnekonvensjonen.

Barnets beste som «primary consideration» etter BK art. 3, er som nevnt, også en prosedyrebestemmelse hvor det er innfortolket prosessuelle garantier.¹²² For å ivareta de prosessuelle garantiene, må barnet få delta og bli hørt slik at barnets beste lar seg identifisere.¹²³ Følgelig er oppfyllelsen av art. 12 et obligatorisk trinn for å ivareta barnets beste.¹²⁴ Barnets rett til å bli hørt i alle saker som angår det, er også nedfelt i BK art. 9 nr. 1 og GrL § 104 første ledd. I barneloven er retten hjemlet i § 31. Første ledd inneholder en skjønsmessig formulering som gjelder mellom foreldre og barnet.¹²⁵ Bestemmelsen i andre ledd retter seg også mot foreldrene, men primært mot offentlig myndigheter.¹²⁶ Prinsippet om barnets beste forutsetter dermed at barnet blir hørt i prosessen frem mot inngåelsen av samværsavtalen.

¹²² General comment No. 14 (2013), avsnitt 6 bokstav c, Rt. 2015 s. 93 A, avsnitt (65).

¹²³ General comment No. 14 (2013), avsnitt 89.

¹²⁴ General comment No. 12 (2009), avsnitt 70.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), s. 81.

¹²⁶ Bendiksen og Haugli 2015, s. 82.

Foreldrene skal gjennom en lovpålagt meklingsordning forsøke å komme fram til en samværsavtale, jf. bl. § 52. Det er dette meklingsystemet som dermed danner arenaen for ivaretagelse av barnets prosessuelle rettigheter. Følgelig avgrenses typetilfellet til meklingsystemet. Avgrensningen til meklingsystemet begrunnes i at dette er den eneste formen for statlig kontroll med foreldrenes diskusjoner etter samlivsbrudd som er obligatorisk, jf. bl. § 51 første ledd. Etter bestemmelsen er foreldrene pålagt obligatorisk mekling i saker om samvær til felles barn under 16 år.¹²⁷

Formålet med meklingen er å få «foreldra til å kome fram til ei skriftleg avtale ... om samvær», jf. bl. § 52. I medhold av meklingsforskriften § 1 andre ledd skal mekleren hjelpe foreldrene å komme frem til en samværsavtale. Gjennom mekling skal foreldrene gjøres oppmerksom på barnets rett til samvær etter bl. § 42, og at samværsavtalen først og fremst skal rette seg etter hva som er det beste for deres barn, jf. bl. § 48.¹²⁸

Blir foreldrene enig om en samværsavtale, har derimot ikke mekleren myndighet til å godkjenne eller sensurere avtalen. Årsaken til dette er hensynet til meklerens objektive posisjon. Hvis meklerens oppgave var å godkjenne eget arbeid, kunne det så tvil om meklerens nøytralitet.¹²⁹ Mekleren er heller ikke ansvarlig for samværsavtalens konkrete innhold.¹³⁰ Foreldrene er heller ikke pålagt å bringe barnet med til mekling. Derfor er foreldrenes mening om hva barnets beste er, det primære grunnlaget for en eventuell samværsavtale hos mekleren. Foreldrene har imidlertid en sterk involvering selv i saken, slik at det kan være vanskelig for dem å skille mellom egne meninger og barnets mening.¹³¹ Dermed er det sjanse for at barnets interesser ikke formidles på en nøytral og objektiv måte.

I oppfølgingen av merknadene fra FNs barnekomité i 2010 er det uttalt at skal arbeides videre «med å sikre at barnets syn kommer fram under meklingen ved familievernkontorene og eksterne meklere».¹³² Bestemmelsen i BK art. 12 nr. 2 gir barnet rett til å bli hørt «in any judicial and administrative proceedings». I general comment No. 12 fastslår barnekomiteen at

¹²⁷ Det kan gjøres visse unntak i møteplikten i medhold av Forskrift 18. desember 2006 nr. 1478 om mekling etter ekteskapsloven og barneloven (meklingsforskriften) § 7.

¹²⁸ Meklingsforskriften § 2.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), s. 70.

¹³⁰ Rundskriv Q-2008-2, § 1.

¹³¹ Sandberg 2016, «Barns rett til å bli hørt», s. 111.

¹³² Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, Oppfølging av avsluttende merknader fra FNs barnekomité av januar 2010, juni 2011, s. 13 (hentet fra https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/BLD/Rapport_Barnekomiteens_merknader.pdf) (sist besøkt 13.12 2017)

alternativ konfliktløsning, som mekling, omfattes av «proceedings», jf. avsnitt 32. Mekling i forbindelse med samlivsbrudd er særlig nevnt.¹³³ Ettersom art. 12 direkte forplikter alle myndigheter, organisasjoner og enkeltpersoner har staten et særlig ansvar for at barnet høres og at dets syn kommer frem i meklingen.¹³⁴ Mekleren har et «særskilt ansvar» for å påse at barn som har fylt 12 år høres, jf. bl § 31.¹³⁵ Kravene som følger av BK art. 12 er dermed, som utgangspunkt, egnet til å ivareta barnets rett til å bli hørt i forbindelse med meklingen.

Det er foreldrene selv som skal utforme samværsavtalen, slik at mekleren har ingen plikt til selv å høre barnet etter bl. § 31 andre ledd. Det kan ikke oppstilles generelle retningslinjer for hvordan barnet skal høres, og må avgjøres i samarbeid mellom mekler og foreldre.¹³⁶ Følgelig åpnes det for at mekleren kan konversere med barnet. Manglende lovregulering av dette, medfører likevel at foreldre, som innehaber av foreldreansvaret, må samtykke for at mekler hører barnet, jf. bl. § 30.

Selv om foreldrene har gjennomgått den obligatoriske meklingen, kan samværsforelderens avtale seg bort fra samvær, jf. foreldrenes avtalefrihet i bl. § 43. Det er imidlertid ikke det materielle resultatet som er avgjørende for om barnets prosessuelle rett er ivaretatt. Dette synes å underbygges av barnekomiteens general comment No. 12, avsnitt 52, hvor det presiseres at ved samlivsbrudd skal barnet tas med på mekling. Men hva det konkrete resultatet skal være, uttaler ikke barnekomiteens seg om.

Spørsmålet blir dermed om konvensjonsbestemmelsene gir ytterligere bidrag til hvordan barnets rett til å bli hørt skal ivaretas i prosessen, utover å informere foreldrene om deres plikt til å høre barnet etter bl. § 31, jf. meklingsforskriften § 2.

Det følger av BK art. 12 nr. 2 at høring av barnet skal skje «in a manner consistent with the procedural rules of national law». Bestemmelsen legger ingen klare føringer på gjennomføringsmåten. Gjennomføringsmåten må derfor være opp til konvensjonsstaten selv å avgjøre. Statens adgang til å fastlegge egne saksbehandlingsregler, samsvarer med den skjønnsmargin statene vanligvis innrømmes. Hverken barneloven eller annen lovgivning gir klare regler for hvordan høring av barn skal gjennomføres. Det følger imidlertid av BK art. 12 nr. 1 at barnet skal ha rett til å uttrykke sin mening «freely». Ordlyden «freely» tilsier at

¹³³ General comment No. 12 (2009), avsnitt 52.

¹³⁴ Lucy Smith, «FNs konvensjon om barnets rettigheter», s. 20.

¹³⁵ NOU 1998: 17, s. 45.

¹³⁶ NOU 1998: 17, s. 45

barnet må høres uten press og selv avgjøre om det vil benytte seg av uttaleretten.¹³⁷ Barnet må heller ikke manipuleres eller utsettes for utilbørlig påvirkning eller press.¹³⁸

Tolkningen av BK art. 12, med utgangspunkt i ordlyden «freely», tyder på at staten ikke tilstrekkelig sikrer barnets prosessuelle garantier når samværsavtalen. Årsaken er at barnets uttalerett i meklingsprosessen avhenger av foreldrenes samtykke.

Primæransvaret for barnets rettigheter ligger, som tidligere nevnt, hos foreldrene, jf. prinsippet om personlig autonomi. Foreldrenes primæransvar kommer til uttrykk i blant annet BK art. 5 og art. 18, samt bl. § 30. Hensynet til, og respekten for, foreldrenes autonomi tilsier dermed at staten ikke skal pålegges strengere regler for å sikre barnets rett enn de som allerede foreligger.

Statens ansvar vil ved sikring av positive forpliktelser i stor grad sammenfalle med rekkevidden av ansvaret for sikring av forpliktelsene. Art. 12 nr. 1 presiserer at staten «shall secure» barnets rett til å bli hørt. Dette er et juridisk uttrykk av spesiell styrke, som ikke etterlater staten noe rom for skjønn.¹³⁹ Dermed er staten strengt forpliktet til å treffe tilstrekkelige tiltak for å gjennomføre barnets rett til å bli hørt.¹⁴⁰ Uttrykket «to be heard» impliserer at noen har ansvar for å sørge for at retten ivaretas.¹⁴¹ Staten, som pliktsubjekt, har følgelig ansvaret for å sikre barnets rett til å bli hørt i meklingsprosessen i lovgivningen. Den strenge plikten som følger av ordlyden tilsier at det ikke er tilstrekkelig med de betingede rettighetsbestemmelsene som foreligger i bl. § 31 og meklingsforskriften § 2.

4.3.4 Oppsummering og konklusjon

Resultatet av vurderingen om barnets prosessuelle rettigheter, herunder retten til å bli hørt, fremstår ikke som åpenbar. Ordlyden i BK art. 12 er imidlertid utformet slik at den fremstår som absolutt. Både når det gjelder barnets rett til å uttrykke seg, og retten til å bli hørt, tilsier ordlyden «shall» at statens plikt ikke kan stoppe ved en rett som i stor grad er betinget av foreldrenes velvilje, jf. BK art. 12 nr. 1 og nr. 2 henholdsvis. Barnekomiteen har uttrykt at høring av barn er en metode for å kartlegge barnets beste, slik at art. 3 kan ikke bli korrekt

¹³⁷ General comment No. 12 (2009), avsnitt 22.

¹³⁸ General comment No. 12 (2009), avsnitt 22.

¹³⁹ General comment No. 12 (2009), avsnitt 19.

¹⁴⁰ General comment No. 12 (2009), avsnitt 19.

¹⁴¹ Sandberg 2016, «Barns rett til å bli hørt», s. 93.

oppfylt dersom barnets rett til å bli hørt ikke er respektert.¹⁴² Delkonklusjonen blir dermed at staten burde gjøre mer for å oppfylle sin plikt etter BK art. 12 ved mekling frem mot samværsavtalen. Betydningen av denne delkonklusjonen medfører derimot, ikke nødvendigvis, at barnets prosessuelle rettigheter etter EMK art. 8 er krenket.

Utgangspunktet for statens innsatsforpliktelse etter Ónodi-saken var, som nevnt, at statens forpliktelse må ses i sammenheng med den ene av foreldrenes ønske om å iverksette tiltak for å gjenoppta samværet. Her er også forskjellen på statens plikt etter BK art. 12 og EMK art. 8 relevant. Ordlyden «shall secure» i BK art. 12 har sterkere implikasjoner enn statens plikt til å «facilitate» reetablering av samværet. Ett ytterligere relevant poeng i så måte er at BK i større grad regulerer barnets rettigheter, mens EMK art. 8 skal se hen til alle partenes interesser i en forholdsmessighetsvurdering, jf. punkt 4.2.1.

I en slik sammenheng vil meklingssystemet gi foreldrene klar oppfordring til å inkludere barnet på en slik måte at dets interesser fremmes i tilstrekkelig grad. Enkelte svakheter i detaljene rundt hvordan barnet høres, kan ikke i seg selv være tilstrekkelig til at prinsippet om foreldrenes autonomi, og deres rett til privatliv tilsidesettes som konvensjonsstridige.

Konklusjonen blir dermed at staten i tilstrekkelig grad ivaretar sine konvensjonsforpliktelser, også ved samværsavtaler som etterlater barnet med lite, eller ingen, samvær med den ene forelderen.

4.4 Bostedsforelderen hindrer samværet

4.4.1 Innledende bemerkninger

Hindring av samvær, samværs sabotasje, oppstår «når den ene part i strid med en avtale eller rettslig avgjørelse nekter den andre å ha samvær».¹⁴³ Det er følgelig tale om manglende etterlevelse av samværsavtale eller rettsavgjørelser som fastsetter samvær. Typetilfellet dette kapitlet tar sikte på tilfeller hvor bostedsforelderen holder barnet unna rettmessig samvær med samværsforelderen.

¹⁴² General comment No. 12 (2009), avsnitt 74.

¹⁴³ Trude Haugli, «Foreldreansvaret ved sabotasje av samværsretten», *Lov og Rett 1999 s. 299-312* (Haugli 1999), s. 302.

Tall fra Domstolsadministrasjonen viser at samværssabotasje er et reelt problem. Tallene på innkomne saker om tvangsfullbyrdelse av samvær var 124 i 2013, 147 i 2012, 128 i 2011 og 99 i 2010.¹⁴⁴ Tallene gjelder også saker som er hevet eller der hvor tvangsbortsettelse ikke er fastsatt på grunn av umulighet.¹⁴⁵ Det fremgår likevel at samvær ikke blir gjennomført slik det er fastsatt, slik at tvangsfullbyrdelse blir nødvendig for å få gjennomført samvær mellom barnet og den samværsberettigede. Det kan imidlertid antas at mørketall finnes, ettersom trolig ikke alle samværsforeldre som utsettes for samværssabotasje har inngått avtale med tvangskraft eller velger å få tvangsgjennomført samværet.

4.4.2 Internasjonale forpliktelser

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens horisontale virkning medfører at manglende samarbeid mellom barnets foreldre, ikke er en situasjon som fritar staten fra dens positive forpliktelser under art. 8, jf. punkt 4.2.1. Tvert imot har EMD fremholdt at i tilfeller med konflikt mellom foreldrene, har staten en plikt til å forsøke å forsone foreldrenes uenighet slik at barnets beste blir ivaretatt.¹⁴⁶ Statens plikt er imidlertid ikke absolutt. EMD anerkjenner også forhold som gjør at kontakten ikke kan gjenopptas umiddelbart.¹⁴⁷ Slike forhold kan være at barnet og forelderen er fremmed for hverandre eller at barnet og forelderen har vært fra hverandre i så lang tid at samværet må gradvis opptrappes.¹⁴⁸

I punkt 4.3.2 ble det presentert flere vurderingskriterier etter Ónodi-saken, herunder statens innsatsforpliktelse i form av fasiliteringstiltak, aktiv foreldredeltakelse som et viktig hensyn, hensynet til barnets beste og tidsaspektet. Vurderingskriteriene fra Ónodi-saken er gjennomgående både i andre saker om samværssabotasje, og om familieliv for øvrig.¹⁴⁹

Et annet eksempel fra EMD som illustrerer statens ansvar for tiltak er dommen *Fușcă v. Romania*.¹⁵⁰ Her bodde barnet hos moren sin, og klager hadde samværsrett etter dom. Moren forsøkte stadig å hindre barnet fra å treffe klager, og lyktes med dette. Klageren kontaktet

¹⁴⁴ Prop. 161 L (2015-2016), s. 76.

¹⁴⁵ Prop. 161 L (2015-2016), s. 76.

¹⁴⁶ *Z. v. Poland*, 34694/06, 20.04.2010, avsnitt (75), *Malec v. Poland*, 28623/12, 28.06.2016, avsnitt (72).

¹⁴⁷ *G.B. v. Lithuania*, 36137/13, 19.01.2016, avsnitt (93).

¹⁴⁸ *Nuutinen v. Finland*, 32842/96, 27.06.2000, avsnitt (128), *Kosmopoulou v. Greece*, 60457/00, 05.02.2004, avsnitt (45).

¹⁴⁹ Se blant annet *Iganccolo-Zenide v. Romania*, 31679/96, 25.01.2000, *Nuutinen v. Finland*, 32842/96, 27.06.2000, *Sylvestre v. Austria*, 36812/97, 24.04.2003, *Moog v. Germany*, 23280/08, 2334/10, 06.10.2016, *Kacper Nowakowski v. Poland*, 3240/13, 10.01.2017.

¹⁵⁰ *Fușcă v. Romania*, 34630/07, 13.07.2010 (Fușcă-saken).

etter hvert det nasjonale organet for hjelp til gjennomføring, en såkalt «bailiff».¹⁵¹ Barnet viste imidlertid også tydelig motvilje til samvær med klager. Moren ble ilagt to bøter, av ikke en betydelig sum, for samværshindring. EMD mente at bøtenes sum ikke var urimelig lav, tatt i betraktning morens inntekt og hennes forsørgelsesansvar for barnet. Romanske myndigheter stilte flere tiltak til rådighet for klager for å få i gang samvær. Klager valgte å ikke benytte seg av dem. Tvert i mot ga han opp støtten som «the bailiff» kunne tilby, uten å forsøke øvrige mulige tiltak.

EMD mente at slik faktum lå an i denne saken, ville ordinær tvangsgjennomføring forverre situasjonen. En mykere og mer forsiktig tilnærming til barnet ville være mer hensiktsmessig for å få gjennomført samvær. Hvilken tilnærming som var mest hensiktsmessig, hadde nasjonale myndigheter bedre forutsetninger for å vurdere. Myndighetene hadde bedre grunnlag til å vurdere hva som var barnets beste, og hvilke tiltak som måtte iverksettes deretter. Domstolen kom følgelig til at statens positive forpliktelser etter art. 8 ikke var krenket, til tross manglende samvær. EMD la vekt på at sakskomplekset var vanskelig og komplisert. Det ville derfor kreve «long term efforts» for å reetablere kontakten. En slik innstas ville også innebære engasjement og ytelse fra klager.

Dommen illustrer at innsatsforpliktelsen staten er pålagt, også omfavner den som mener rettigheten er krenket. Følgelig synes EMD å innfortolke en innsatsforpliktelse i art. 8 for både stat og borger. Dersom klageren selv ikke har gjort «sin del» for at samværet skal gjennomføres, kan ikke staten klandres for krenkelse av art. 8.

I punkt 4.3.2 ble Ónodi-saken, som også omhandlet samværssabotasje, nevnt. En nasjonal domstol hadde fastsatt samværsordning mellom klager og datter. Moren hindret samvær ved å flytte med datteren til en annen by, samt å manipulere henne slik at hun ikke ville ha kontakt med klager. Klager leverte inn seksti begjæringer for å få tvangsgjennomført samværet. På grunn av vedvarende manglende overholdelse av en rettskraft avgjørelse, påløp det moren en rekke administrative bøter. De finansielle sanksjonene var imidlertid utilstrekkelige for å bedre situasjonen. Heller ikke barneverntiltak og politietterforskning mot moren ga endringer i farens samvær med datteren.

¹⁵¹ En "bailiff" har til oppgave å håndheve avsatte dommer. I norsk kontekst virker det som at rollen tilsvarende namsmannens rolle. For nærmere utgreining se https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/profiles/CourtSystemRomania_en.pdf (sist besøkt 13.12.2017).

EMD la stor vekt på at faren var svært opptatt av å få kontakt med datteren. Klagers manglende interesse til å løse enkelte konflikter under et besøk, samt manglende oppfølging av flere avtaler, mente EMD ikke endret myndighetens plikt til å håndheve de positive forpliktelser under art. 8, jf. avsnitt (37). På grunn av morens manglende samarbeid og barnets negative holdning til faren, var ikke myndighetene i stand til å gjennomtvinge samværsordningen fullt ut. Likevel foretok ikke myndighetene noen vesentlige anstrengelser for å gradvis gjenopprette kontakten mellom klager og barnet. Tvert imot begrenset tingretten klagers samværsrett, basert på at tidligere samværsordninger praktisk sett ikke lot seg gjennomføre og i så måte tilsidesatte den tidligere samværsavtalen, jf. avsnitt (39).

Myndighetene hadde unektelig vært aktiv i prosessen, men ikke i tilstrekkelig grad. Dermed ble Ungarn dømt for brudd på art. 8. Når ilagte sanksjoner ikke virket, mente EMD at staten burde stått på enda mer, og utforsket alle tilgjengelige virkemidler, for å sikre barnets samværsrett med begge foreldrene. Dette fremkommer i avsnitt (41), som uttrykker at:

«Looking at the facts of the case, the Court believes that it would have been worthwhile to explore all available avenues to facilitate the maintenance of those ties, whether with the involvement of social services or otherwise.»

Sitatet illustrerer at statene skal utforske alle tilgjengelige muligheter («explore all available avenues») for å sikre kontakten mellom samværsforelderen og barnet. Uttalelsen om at staten skal utforske alle muligheter må imidlertid ses i lys av de tidligere siterte uttalelsene om at statens forpliktelse ikke er «one of results but of means», jf. kap. 4.3.

Statens positive forpliktelser innebærer et krav om at nasjonal lovgivning inneholder passende og tilstrekkelig rettsmidler, herunder effektive sanksjoner som sikrer konvensjonsrettighetene oppstilt i art. 8.¹⁵² Spørsmålet videre blir dermed om barnelovens ordning ved samværs sabotasje inneholder tilstrekkelige virkemidler for å gjenoppta kontakt mellom barnet og samværsforelderen, sett i lys av den overnevnte praksis fra EMD. Det er følgelig en vurdering av om staten har lagt til rette for å forsøke alle mulige løsninger i situasjoner hvor samværet hindres grunnet bostedsforelderens opptreden. For å undersøke statens ansvar vil de relevante tiltak gjennomgås.

¹⁵² Kjølbro 2017, s. 848.

4.4.3 Tvangsfullbyrdelse

Hovedregelen om tvangsfullbyrdelse av samvær fremgår av bl. § § 65 andre ledd. Etter første punktum kan «avgjerd om samværsrett ... tvangsfullførast ved tvangsbót» etter tvangsfullbyrdelsesloven kap. 13.¹⁵³ Ordlyden «avgjerd om samværsrett» taler for at både dom rettsforlik og avtale med tvangskraft kan tvangsfullbyrdes, jf. fjerde punktum, jf. tvangsl. § 4-1.¹⁵⁴ I en privat samværsavtale må begge foreldrene be fylkesmannen treffe vedtak om at avtalen gis tvangskraft, jf. bl. § 55, før avtalen kan tvangsfullbyrdes. For at fylkesmannen kan fatte vedtak, må to vilkår være oppfylt. For det første må avtalen rette seg etter det som er best for barnet, jf. § 55 første ledd andre punktum. For det andre må foreldrene legge frem gyldig meklingsattest, jf. andre ledd.

Et grunnvilkår for tvangsfullbyrdelse er at forelderen som har barnet hos seg, i ord eller handling, har misligholdt plikten til lojalt å medvirke til gjennomføring av samværsretten selv om gjennomføring ellers er mulig.¹⁵⁵ Følgelig kan bostedsforelderens illojale opptreden medføre tvangsfullbyrdelse av samværsavtalen. Tvangsbót eneste fullbyrdelsesmåte, jf. bl. § 65 andre ledd første punktum. Det er imidlertid ikke mulig å ilegge bostedsforelderen tvangsbót for eventuelle fremtidige brudd på samværsretten. Høyesterett har uttalt at tvangsmulkt ikke «kan brukes for å motvirke et fremtidig tenkt mislighold hvor noe mislighold ennå ikke har manifestert seg».¹⁵⁶ Følgelig må samværs sabotasjen ha inntruffet før samværsforelderen kan begjære tvangsfullbyrdelse.

Det følger av bl. § 65 andre ledd andre ledd at tvangsbót ikke kan fastsettes dersom oppfyllelsen av samværsretten er umulig, herunder om det er risiko for at barnet blir utsatt for vold eller annen behandling som utsetter den fysiske eller psykiske helsen for fare.¹⁵⁷ Vilkåret om umulighet vurderes ikke ytterligere fordi det forutsettes i dette typetilfellet at begge foreldrene er tilstrekkelige omsorgspersoner.

En begjæring om tvangsfullbyrding av samvær skal settes frem for tingretten. Tingretten kan fastsette tvangsbót som en stående bót som skal gjelde for en viss tid hver gang samværsretten ikke respekteres, jf. § 65 andre ledd tredje punktum. Ved stående tvangsbót for et bestemt

¹⁵³ Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven eller tvangsl.).

¹⁵⁴ Backer 2008, s. 599.

¹⁵⁵ Rt. 1984 s. 403 U (s. 404).

¹⁵⁶ Rt. 1984 s. 403 U (s. 404).

¹⁵⁷ Prop. 85 L (2012-2013) Endringer i barnelova (barneperspektiv i foreldretvister), s. 68.

tidsrom, gjelder ikke begrensningen til inndriving i åtte uker om gangen etter tvangsl. § 13-8 tredje ledd tredje punktum.¹⁵⁸ Tvangsbot har til formål å avhjelpe samværssabotasje. Hensynet bak ordningen er å fremtvinge oppfyllelse av samværsretten der hvor den ene forelderen hindrer dette. Boten må følgelig settes så høyt at den blir et effektivt pressmiddel, og slik tjene sin hensikt om at samværet mellom barnet og samværsforelderen gjenopptas.¹⁵⁹ Settes tvangsboten for lavt, foreligger det muligheter for at bostedsforelderen beholder barnet hos seg og heller betaler boten. Tvangsboten må imidlertid ikke fastsettes for høyt ettersom bostedsforelderen skal kunne forsørge både seg selv og barnet. Dersom samværet ikke respekteres etter tvangsbot, kan den samværsberettigede forelderen gå til sak for å få prøvd hvem som skal ha foreldreansvaret og hvor barnet skal bo, jf. bl. § 43. Dette behandles nærmere i punkt 4.4.4.

Rettsforlik, kan i likhet med avtaler med tvangskraft, tvangsfullbyrdes. Forliket skal inneholde en oppfylingsfrist, jf. tvl. § 11-11 tredje ledd. Når oppfyllesesfristen er oversittet, kan rettsforliket tvangsfullbyrdes, jf. tvangsl. § 4-16. Oppfylingsfristen reguleres i tvisteloven § 19-7, hvor det fremgår at retten skal sette frist for oppfyllelse av forpliktelsen. Regelen gjelder også for fullbyrdelsesdommer og tilsvarende kjennelser og beslutninger.¹⁶⁰ Dermed kan den forelderen som opplever at avgjørelsen ikke overholdes, tvangsfullbyrde denne når vilkåret om oversittelse er oppfylt.

Dersom omfattende sanksjoner i form av tvangsbøter ikke bedrer situasjonen og sabotasjen vedvarer, oppstilte EMD i Ónodi-saken et krav om at staten burde «explore all available avenues», jf. avsnitt (41). EMD uttrykte ganske klart at staten ikke kan nøye seg med å ha et tvangsbotsystem dersom samværet ikke gjenopptas. Det kreves ytterligere tiltak i form av bedre egnet juridisk arsenal for gjennomføring av samværet. Dette standpunktet gir sterke føringer til staten om at det må finnes andre rettslige tilgjengelige sanksjonsmidler. Spørsmålet blir dermed om det er tilstrekkelig at staten kun har et juridisk arsenal som ilegger bostedsforelderen tvangsbøter ved samværssabotasje.

I *Mitrova and Savik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, som omhandlet gjentatt samværssabotasje, ga EMD uttrykk for at nasjonale myndigheter burde iverksette

¹⁵⁸ Backer 2008, s. 602.

¹⁵⁹ Backer 2008, s. 609.

¹⁶⁰ NOU 2001: 32 B Rett på sak, Lov om tvisteløsning (tvisteloven), s. 892.

tilstrekkelige sanksjoner der bostedsforelderens utviser manglende vilje til samarbeid.¹⁶¹ Tilstrekkelige sanksjoner kunne også omfatte tvangsmessige tiltak selv dette ikke er ønskelig på et slikt sensitivt område, jf. avsnitt (77). Begrunnelsen var at samværssabotasje er en ulovlig handling som bryter barnets samværsrett, og derfor må den forelderens som utfører slik handling ilegges konsekvenser. På spørsmålet om sanksjoneringstiltak delte imidlertid EMD seg, ved at to dommere tok ut dissens. Disse dommerne mente at bøter burde forsøkes som alternativt sanksjonsmiddel. Dommens rettskildemessige verdi vil være sveket som følge av dissensen. I tillegg vil tvangsmessige tiltak være i motstrid med uttalelsen i Ónodi-saken om at tvang ikke skal brukes, jf. avsnitt (32). Det vil også være et betydelig inngrep i statens skjønnsmargin, og heller ikke i tråd med mildeste inngreps prinsipp. Dommens foreslåtte løsning om tvangsmessige tiltak må derfor leses med en viss skepsis, og gis begrenset vekt.

Ved endringslov om likestilt foreldreskap utformes ny § 65 hvor det presiseres innledningsvis i andre ledd andre punktum at «avtale med tvangskraft om samværsrett kan berre tvangsfullførast ved tvangsbot».¹⁶² Rettstilstanden endres ikke, men klargjør eksplisitt at samværsavtale med tvangskraft kun straffes med tvangsbot. Presiseringen skal bidra til at foreldrene får økt forståelse for hvordan de skal gå frem for å sikre samværsavtalen gjennomføring.¹⁶³

Gjennom endringsloven blir det ikke åpnet for noen ytterligere tvangsmidler for gjennomføring av samværsavtaler. I punkt 4.4.2 ble det vist at EMD legger til grunn at borgerne har en innsatsplikt i saker hvor samværet saboteres. Hovedforskjellene på Fușcă-saken og Ónodi-saken var at klagerne hadde forskjellig intensitet av egen involvering. En slik tilnærming gjelder også etter tvangsfullbyrdelsesloven og barneloven. Etter disse lovene må forelderens selv begjære tvangsgjennomføring. Det må presumeres at samværsforelderens innsatsforpliktelse ikke er tilstrekkelig dersom samværsforelderens etter hvert forholder seg passiv til samværssabotasjonen. Etter dette må innsatsen til samværsforelderens anses tilstrekkelig, så lenge vedkommende setter press på offentlig myndighet. Statens myndigheter plikter i disse tilfellene å forsøke alle nødvendige og mulige tiltak for å «rebuild the family».¹⁶⁴ Det anses imidlertid tilstrekkelig at prosessen og virkemidlene som anvendes

¹⁶¹ *Mitrova and Savik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, 42534/09, 11.02.2016 (Mitrova/Savik-saken)

¹⁶² Prop. 161 L (2015-2016), s. 94.

¹⁶³ Prop. 161 L (2015-2016), s. 72.

¹⁶⁴ Ónodi-saken, avsnitt (31).

legger godt til rette for å gjenoppta samværet, ettersom «the State's obligation is not one as results, but one as to means».¹⁶⁵ Barnelovens sanksjonsmiddel som tvangsbot, virker følgelig å ivareta samværsforelderens muligheter til å gjenoppta samværet, forutsatt at dennes innsats er tilstrekkelig. En slik forutsetning synes imidlertid å være i tråd med EMDs praksis, jf. Fușcă-saken. Dette taler for at barnelovens system er i tråd med statens ansvar etter konvensjonsforpliktelsene.

Etter Ónodi-saken synes statens ansvar å være utvidet i saker hvor bostedsforeldereren hindrer samvær, og hvor samværsforeldereren har vist tilstrekkelige innsats for å få gjennomført samværet. Spørsmålet i lys av dette blir om barneloven åpner for flere tiltak ved samværs sabotasje enn bare tvangsbot.

4.4.4 Ny prøving av saken

I tillegg til muligheten for tvangsbot, åpner barneloven for at samværsforeldereren kan reise ny sak dersom tvangsfullbyrdelse ikke endrer situasjonen slik at samværs sabotasjen vedvarer. Det må imidlertid understrekes at ny dom ikke er et sanksjonsmiddel slik som tvangsbot. Årsaken til søksmålet, har i utgangspunkt ikke betydning for resultatet, og det er heller ikke staten som anlegger sak mot samværs sabotøren. Derfor defineres ikke adgangen til ny prøving av saken som et sanksjonsmiddel, men heller som en ny mulighet for samværsforeldereren å få gjennomført samvær med barnet sitt.

Den samværsberettigede kan kreve saken prøvd på nytt dersom samværet hindres av bostedsforeldereren, jf. bl. § 43 femte ledd. Dersom saken behandles på nytt, er det spørsmål om foreldreansvar eller barnets bosted som samværsforeldereren kan gå til sak om, jf. bestemmelsen in fine. Forutsetningen i det følgende er at samværsforeldereren oppfyller sin innsatsforpliktelse, og spørsmålet blir dermed om de tilgjengelige virkemidlene er adekvate. Samværs sabotasjen skal tillegges betydelig vekt med mindre den har gode grunner for seg.¹⁶⁶ Høyesterett har uttalt at samværshindring «vil kunne lede til at omsorgen blir overført til den andre av foreldrene».¹⁶⁷ Allerede i dom inntatt i Rt. 1982 s. 116, som omhandlet foreldreansvar, konstaterte Høyesterett at best samlet foreldrekontakt er et viktig moment i vurderingen av hvem av foreldrene barnet skal bo hos, jf. (s. 119). Dette innebærer at barnet bor fast hos den av foreldrene som trolig legger mest mulig til rette for samvær med den andre

¹⁶⁵ *Stasik v. Poland*, 21823/12, 06.10.2015, avsnitt (82).

¹⁶⁶ Backer 2008, s. 406.

¹⁶⁷ Rt. 1997 s. 797 B (s. 802).

forelderen. Det vurderes følgelig hvem av foreldrene som best ivaretar hensynet til samvær med den forelderen som ikke har den daglige omsorgen.

Når retten tar stilling til spørsmål om foreldreansvar, bosted og samvær er det likevel prinsippet om barnets beste som skal være styrende, jf. BK art. 3 nr. 1, Grl. § 104 første ledd og bl. § 48. Dette innebærer at barnet må høres og at meningen, i utgangspunktet, tillegges vekt, jf. drøftelsene i punkt 4.3.3.

I Ónodi-saken ble imidlertid datterens manglende ønske om kontakt med klager, ikke vektlagt. Det synes som at EMD oppfattet datterens holdning som å være et resultat av morens sabotasje og manipulering. Dette innebærer at dersom den ene forelderen har påvirket barnet i negativ retning ovenfor den andre forelderen, kan barnets synspunkt fravikes.

Denne tilnærmingen ble anvendt i Rt. 2005 s. 682 A. Spørsmålet i saken var hvem av foreldrene som skulle ha den daglige omsorgen og samværsrett for en ti år gammel jente. Jenta hadde bodd hos moren i ca. 6 år, og ønsket fortsatt å bo hos mor. Høyesterett tilkjente far den daglige omsorgen. Hva gjaldt jentas mening, erkjente Høyesterett at hennes mening hadde betydning ettersom hun var ti år på domstidspunktet. Likevel fravek Høyesterett jentas ønske med begrunnelsen om at far og datter ikke hadde fått et naturlig forhold til hverandre på flere år og at jenta var påvirket av morens oppførsel og tilnærming til saken. Høyesterett foretok følgelig en grundig vurdering av årsaken til jentas motvilje, og konsekvensene av alternative løsninger. Dommen illustrerer at barnets syn kan tones ned dersom retten mener at barnets beste bedre ivaretas ved en annen løsning. Dette kan ha sammenheng med at barnet selv ikke skal treffe og stå til ansvar for valg av bosted.¹⁶⁸

Det avgjørende momentet i Rt. 2005 s. 682 A, var hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt. Høyesteretts begrunnelse for å tilkjenne far den daglige omsorgen var at jenta ville oppnå best mulig samlet foreldrekontakt dersom hun bodde hos far. Moren ble imidlertid tilkjent samvær med jenta. Saken illustrerer derfor at hensynet til best mulig foreldrekontakt med begge foreldrene er et tungtveiende moment og kan følgelig bli avgjørende i foreldretvist. Dette er en tilnærming også EMD har anvendt i sin praksis ved hindring og problemer ved samvær, eksempelvis i den nevnte Mitrova/Savik-saken.

¹⁶⁸ Bendiksen og Haugli 2015, s. 129.

I denne saken sonet barnets mor straffedom grunnet samværssabotasje. Under soningen bodde barnet hos faren sin. Da moren var ferdig å sone straffen, begjærte faren endring av spørsmålet om bosted. Makedonsk høyesterett kom til at datteren skulle flytte fast bosted fra moren til faren. EMDs flertall fremhevet at begrunnelsen til makedonsk høyesterett var tilfredsstillende ved at barnets beste, i form at størst mulig samlet foreldrekontakt, hadde vært avgjørende, jf. dommen avsnitt (99).

De overnevnte dommene viser at hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt kan ha avgjørende betydning i saker om samværssabotasje. Å flytte barnet til den forelderen som ivaretar foreldrekontakten best mulig, og i så måte ivaretar barnets samvær med den andre forelderen, kan være en løsning som sikrer samværsretten bedre.

Hensynet til best mulig foreldrekontakt vil imidlertid ikke alltid tillegges avgjørende vekt. Slik var det i dom inntatt i Rt. 2010 s. 216 A hvor barnet hadde bodd hos mor hele livet og fortsatt ønsket å bo der. Høyesterett mente at hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt, isolert sett, tilsa at barnet skulle flytte til far fordi moren hadde avvist ethvert forsøk på å reetablere kontakt mellom barnet og faren. Dette hensynet ble imidlertid ikke avgjørende grunnet barnets tilknytning til skole, nærmiljø og boplass. Hensynet til barnet og den belastning en flytting ville medføre, synes følgelig å være avgjørende for resultatet i dommen. Dommen illustrerer at momentet om best mulig samlet foreldrekontakt må fravikes dersom ny ordning ikke er i samsvar med barnets beste. Derfor er ikke flytting av barnet en direkte konsekvens ved samværssabotasje. Gjennomgangen over viser at norske domstoler i stor grad vektlegger de samme hensynene som EMD, og norske domstolers vurderinger i samværssaker synes dermed å være i tråd med konvensjonsforpliktelsene.

Teoretisk sett kan samværsforelderen som krever ny sak tilkjennes redusering i den etablerte samværsordningen. Redusering av samvær var en av situasjonene i Ónodi-saken. Tingretten reduserte klagers omfang av samvær med begrunnelse at tidligere samvær ikke hadde latt seg gjennomføre. EMD rettet kritikk til denne avgjørelsen, og mente at ved å begrense samværsretten med grunnlag i morens sabotasje, ble morens obstruerende atferd akseptert («condoning»)¹⁶⁹ Med dette legger EMD sterke føringer for hvilket resultat nasjonale domstoler bør komme til i lignende saker. Imidlertid må det alltid foretas en individuell og

¹⁶⁹ Ónodi-saken, avsnitt (39).

konkret vurdering i det aktuelle forholdet. Det vil si at domstolen må vurdere de grunner bostedsforelderen måtte ha for å ha motsatt seg samvær.

En sikker rettssetning i situasjoner hvor samværsforelderen anlegger ny prøving av saken, er at det ikke skal lønne seg for den ene forelderen å hindre samvær på grunn av et ønske om å ende opp med samvær helt alene. Dommen fra 2010 og EMDs praksis, viser likevel at det må foretas en konkret vurdering om hva som vil være det beste for det individuelle barnet. Norske domstoler synes her å være i tråd med konvensjonspraksis. Domstolsbehandlingen ved ny prøving av saken, er dermed tilstrekkelig som virkemiddel.

4.4.5 Plikt til å forebygge hindring av samvær

Samværssabotasje er en krenkelse av barnets og den samværsberettigedes rett til samvær, jf. bl § 42 første ledd og § 43 første ledd. På denne bakgrunn, kan det spørres om hvorvidt staten plikter å forbygge samværssabotasje foruten tiltak som tvangsbot og ny prøving av saken.

Det finnes lite rettspraksis fra EMD som omhandler forebyggingsplikt mot krenkelse av konvensjonsrettigheter etter art. 8. Et illustrerende tilfelle er imidlertid saken, *Osman v. the United Kingdom*.¹⁷⁰ Her var spørsmålet om staten hadde plikt til å forebygge krenkelse av «everyone's right to life» etter art. 2. Saken handlet om en lærer som utviklet en spesiell hengivenhet ovenfor en av skolens elever. Skolens ledelse kontaktet politiet og rapporterte om lærerens oppførsel. Skolen og politiet holdt løpende kontakt. Saken endte med at læreren skjøt og såret eleven, samt drepte faren hans. Domstolens vurdering var hvilket tidspunkt offentlige myndigheter pliktet å gripe inn. Kriteriet som ble oppstilt var «the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers», jf. avsnitt (116). Resultatet ble at staten hadde overholdt sine plikter etter art. 2. EMD vurderte likevel om staten hadde krenket art. 8. Resultatet ble det samme, idet EMD, i avsnitt (128), uttalte at:

«that conclusion [ikke krenkelse av art. 2] equally supports a finding that there has been no breach of any positive obligation implied by Article 8 of the Convention to safeguard the second applicant's physical integrity.»

¹⁷⁰ *Osman v. the United Kingdom*, 23452/94, 28.10.1998.

Etter denne formuleringen kan det åpnes for at art. 8 oppstiller en plikt til å forebygge krenkelser, og at plikten vi ligne eller tilsvare vurderingen etter art. 2.¹⁷¹ Omfanget av en forebyggingsplikt må imidlertid anses relativt uklar. Vernet av den fysiske integritet antas å være strengere enn vernet av samværsretten. Dersom det innfortolkes en plikt til staten om å forebygge krenkelse av samvær, trekker man statens rettslige forpliktelser svært langt. I tillegg vil en slik plikt antas å reelt sett medføre en instruksjon til staten om hvilke lover og regler staten nærmere skal vedta for å ivareta konvensjonsforpliktelsene. Dette bør i alle tilfeller regnes å være utenfor formålet til EMD. Hva gjelder barnekonvensjonens innhold av en slik forpliktelse, har ikke dette vært behandlet av barnekomiteen. Følgelig vil neppe en slik forpliktelse kunne antas å følge av konvensjonene.

4.4.6 Oppsummering og konklusjon

Drøftelsene over viser at dersom samværsforelderer opplever samværs sabotasje, oppstiller nasjonal rett flere virkemidler for å tvangsgjennomføre samværet. Etter EMDs praksis kreves det at statene har et juridisk arsenal for å avhjelpe samværs sabotasje. De tiltak barneloven legger opp til, forutsetter at samværsforelderer opptrer aktivt for å imøtegå samværs sabotasjen. For det tilfellet at samværsforelderer gjør sitt for å tvangsfullbyrde samværsavtalen, samt anlegger nytt søksmål hvor det i den nye prøvingen legges vekt på best mulig foreldrekontakt, jf. EMD- og Høyesteretts praksis, synes det at barnelovens regler er i samsvar med internasjonale rettighetskonvensjoner.

Derfor må det legges til grunn at norsk rett er i tråd med EMK, men at offentlig myndighet må være svært nøye i denne type prosesser slik at domstolsapparatet er tilstrekkelig tilgjengelig, og at domstolen legger vekt på samværs sabotasjen.

4.5 Samværsforelderer møter ikke til samværet

4.5.1 Innledende bemerkninger

Det tredje typetilfellet omhandler tilfeller hvor samværsforelderer uteblir fra samværet med barnet. Motsetningsvis til typetilfelle én, er forutsetningen her at samværsavtalen, privat eller fastsatt ved dom, inneholder samvær som er til barnets beste både i tid og omfang. Forutsetningen er følgelig at det er avtalt samvær, men samværsforelderer unnlater å møte.

¹⁷¹ Keir Starmer, *European Human Rights Law – the Human Rights Act 1998 and the European Convention on Human Rights*, London 1999, s. 406.

Haugli har tatt til ordet å definere denne type samværsunnlatelse som en form for samværs sabotasje.¹⁷²

Flere mødre opplever at samværsforelderens ikke møter til avtalt samvær.¹⁷³ Uteblivelse fra samvær kan være en skuffelse for både bostedsforelderens og barnet. Eksempelvis kan det tenkes at bostedsforelderens hadde sett frem til avlastning og egentid, mens barnet hadde gledet seg til å være sammen med den andre forelderens.

Utgangspunktet her er dermed at samværsforelderens manglende overholdelse av fastsatt samvær, medfører at barnets rett til samvær brytes. Problemstillingen som aktualiseres i dette typetilfellet er hvordan staten ivaretar barnets samværsrett når samværsforelderens ikke møter. Vurderingen følger i stor grad de samme rettslige utgangspunktene som de to foregående typetilfellene. Spørsmålet er også her om staten har gjort tilgjengelig tilstrekkelige juridiske virkemidler for å få gjennomført samværet.

4.5.2 Varslingsplikt

Dersom samværet ikke kan finne sted som fastsatt, eller når tiden for samvær må avtales nærmere, skal den andre forelderens få melding om dette i «rimeleg tid føreåt», jf. bl. § 43 fjerde ledd. Hva som ligger i «rimeleg tid føreåt», presiserer ikke bestemmelsen nærmere. En naturlig forståelse av ordlyden taler for meldingen må fremkomme innen forstandig tid før samværet skal finne sted. Hvor lang tid som anses «rimeleg», må avhenge av samværets lengde. Avlysning av avtalt feriesamvær, taler for at beskjed bør fremkomme i god tid. Motsetningsvis må ettermiddagssamvær kunne endres med kortere varsel.

Høyesterett har i dom inntatt i Rt. 2004 s. 47 A, uttalt seg om varslingsplikten i henhold til feriesamvær og helgesamvær. Saken omhandlet samvær med to tvillingsønner, hvor den ene sønnen hadde et alvorlig handikap. For at samvær med mor skulle finne sted, måtte barna reise 700 km enten med fly eller spesialtilpasset bil. Dersom feriesamvær ikke kunne gjennomføres slik avtalen fastsetter, uttrykte Høyesterett at «mulige endringer [i samværsordningen meldes] i meget god tid», jf. avsnitt (30). Hva gjaldt helgesamvær, var det tilstrekkelig at den samværsberettigede forelderens «varsle om dette i god tid», jf. avsnitt (30). Dermed vil varslingsplikten tidsmoment bero på hvilken type samvær det er tale om, reisevei for barnet, barnets interesser og øvrige forhold av praktisk betydning. Det kan imidlertid

¹⁷² Haugli 1999, s. 302.

¹⁷³ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009), s. 59.

legges til grunn at jo senere meldingen kommer, desto sterkere bør begrunnelsen for uteblivelse av samvær være.¹⁷⁴ Følgelig bør samværsforelderens gi beskjed så snart hindringen er definitiv.¹⁷⁵ Varslingsplikten vil bidra til forventningsavklaring for barnet, og på denne måten fremme hensynet til barnets beste. Varslingsplikten gir følgelig et bidrag til at norsk rett innehar et tilstrekkelig juridisk arsenal, men det er ikke nok i seg selv.

4.5.3 Kan samværsforelderens tvinges å møte til samvær?

Det neste spørsmålet blir om en samværsforelder som unnlater å møte til samvær, med eller uten varsel, kan tvinges til å møte. Altså om samvær kan tvangsgjennomføres når den samværsberettigede ikke oppfyller barnets samværsrett.

Barneloven inneholder ingen lovregulering av samværsuteblivelse. Følgelig finnes det ingen direkte sanksjonsmuligheter ovenfor samværsforelderens som unnlater å stille opp til samvær. Samværsforelderens som uteblir risikerer imidlertid å måtte betale mer i bidrag, fordi det påløper økte bidragskostnader til den som utøver lite samvær.¹⁷⁶ Etter en analogibetraktning fra tvangsbot for samværs sabotasje, som ikke var tilstrekkelig virkemiddel, kan heller ikke denne formen for «bot» være tilstrekkelig.

Det har vært drøftet flere ganger om barneloven skal innføre samværsplikt. Hensynet til barnets beste har vært utslagsgivende med hovedbegrunnelsen at tvunget samvær ikke nødvendigvis er til barnets beste.¹⁷⁷ Barnet kan ta skade av å ha samvær med en forelder som ikke ønsker å se barnet sitt.¹⁷⁸ Motsetningsvis pålegges bostedsforelderens samværsplikt med barnet, ettersom samværsforelderens uteblivelse fører til at bostedsforelderens må ta hånd om barnet selv.¹⁷⁹ Uteblivelse fra samvær er imidlertid ikke et så stort problem at samværsplikt bør innføres.¹⁸⁰

¹⁷⁴ Backer 2008, s. 405.

¹⁷⁵ Backer 2008, s. 405.

¹⁷⁶ Forskrift 15.01.2003 nr. 123 om fastsettning og endring av fostringstilskot § 9.

¹⁷⁷ Ot.prp. nr.104 (2008-2009), s. 59.

¹⁷⁸ Ot.prp. nr.104 (2008-2009), s. 59.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr.104 (2008-2009), s. 59.

¹⁸⁰ Ot.prp. nr.104 (2008-2009), s. 59.

Departementet erkjenner at bostedsforelderen og samværsforelderen stiller ulikt i denne formen for samværs sabotasje.¹⁸¹ Bostedsforelderen som hindrer samvær, ilegges bot mens samværsforelderen som også hindrer samvær, ved å utebli, ilegges ikke samme type sanksjon.

4.5.4 Barnets adgang til å håndheve samværsretten

Når samværsforelderen bryter barnets rett til samvær, kan ikke barnet selv gå til sak for å få samværet fastsatt ved dom. Barnet har ikke prosessuell handleevne etter tvisteloven § 2-2. Det ligger altså til bostedsforelderen å anlegge søksmål på barnets vegne, jf. tvisteloven § 2-4, jf. § 1-3. Dette kan by på vanskeligheter ettersom bostedsforelderen må anlegge sak mot samværsforelderen. Årsaken kan antas å være at bostedsforelderen får mer samvær selv med barnet enn hva avtalen i utgangspunktet innebærer, slik at det er lite trolig at denne vil pådra seg risikoen med en rettsprosess. Følgelig legger rettssystemet i liten grad til rette for at saker der samværsforelderen ikke møter tas til domstolene.

Før EMD kan behandle en klage, må alle nasjonale rettsmidler være uttømt, jf. EK art. 35 nr. 1. Veien frem til EMD behandling er følgelig lang, og tilnærmet umulig for barnet å være pådriver for. Det er følgelig vanskelig for barnet å anlegge sak mot staten for brudd på den horisontale virkning av EMK art. 8.

FNs generalforsamling vedtok i 2011 den tredje tilleggsprotokollen til barnekonvensjonen om individklageordning.¹⁸² Etter tilleggsprotokollen art. 5 kan barn fremsette klage om brudd på barnekonvensjonen. Barnet må likevel ha uttømt nasjonale rettsmidler for å få saken sin prøvd av barnekomiteen, jf. protollen art. 7. Norge har ikke tiltrådt protokollen, men selv om Norge hadde tiltrådt denne ville det også her være vanskelig for barnet å reise sak på egen hånd. Etter rettspraksis er det ikke adgang for barnet å få fastsettelsesdom for brudd på barnekonvensjonen, jf. Rt. 2012 s. 2039 P avsnitt (101). Dette står i motsetning til EMK, som barnet kan få fastsettelsesdom for ved brudd på konvensjonens forpliktelser. Dermed vanskeliggjøres barnets adgang til å få konstatert brudd på BK art. 9 nr. 3 i saker for samværsforelderen bryter barnets samværsrett.

¹⁸¹ Ot.prp. nr.104 (2008-2009), s. 59.

¹⁸² Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, vedtatt 19.12.2011, trådt i kraft 14.04.2014.

Drøftelsen viser manglende håndhevelse av konvensjonene, når barnet får rettigheter krenket av foreldrene. Derfor kan det konkluderes med at det er vanskelig for barnet å prøve sine menneskerettslige krav, før de selv innehar prosessuell handleevne.

4.5.5 Oppsummering og konklusjon

Dette typetilfellet presenterer en svært vanskelig situasjon både for staten, bostedsforelderen og barnet. Når samværsforelderen uteblir fra samværet, bryter vedkommende barnets rett til samvær etter bl. § 42, BK art. 9 nr. 3 og EMK art. 8 nr. 1. Krenkelse av rettigheter i mellomprivate forhold, fritar imidlertid ikke staten fra de rettslige forpliktelsene oppstilt i rettighetskonvensjonene. Likevel må nasjonale domstoler her, innrømme de øvrige statsmakter en større skjønnsmargin enn ved tradisjonell samværs sabotasje, da dette typetilfellet berører både juridiske, politiske og praktisk vanskeligere spørsmål enn de to foregående tilfellene. Som fremholdt i Ónodi-saken er aktiv foreldredeltakelse et viktig moment i vurderingen for om staten har overholdt sine forpliktelser, jf. avsnitt (33). Aktiv foreldredeltakelse er naturligvis fraværende i tilfeller hvor samværsforelderen uteblir fra samvær. Derfor synes det urimelig å vedkjenne staten brudd på EMK art. 8.

5 Avsluttende vurderinger av gjeldende regler

Avhandlingens tittel stiller spørsmålet om hvor langt statens ansvar seg strekker i sikringen av barnets og foreldrenes rett til samvær i tilfeller hvor de ikke bor sammen. Analysen av de tre typetilfellene har vurdert grensene for statens ansvar i barnekonvensjonen, den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Grunnloven og barneloven. Vurderingen av ansvaret har særlig undersøkt statens ansvar for å unngå krenkelse av samværsretten i mellomprivate forhold.

På bakgrunn av analysene kan noen generelle observasjoner trekkes frem. For det første viser typetilfellene at samværsretten har rettskildetilfang med sterkt internasjonalt preg. Det er imidlertid utfordrende å fastslå hvilke tiltak og hvor stor grad av aktivitet EMK pålegger staten hva gjelder opprettholdelse av samvær mellom barnet og samværsforelderens. Dette har sammenheng med at samværsaker ofte er komplekse. Kombinasjoner av faktorer som grad av foreldreaktivitet, barnets beste, skjønnsmargin og prosessen i nasjonale avgjørelsesorganer, spiller en rolle for resultatet EMD kommer frem til. For det andre viser særlig typetilfelle én og typetilfelle tre, at de rettslige spørsmålene som oppstår ved foreldrenes avtalefrihet, berører adgangen til inngrep i den personlige autonomi.

Avhandlingen har påvist at krenkelse av samværsretten i mellomprivate forhold, aktiverer statsansvar. Selv om konvensjonstekstene ikke eksplisitt fremholder statsansvar, er dette vist gjennom statens handlingsplikt i form av positive forpliktelser etter konvensjonene. Akkurat hvor langt statens ansvar rekker, lar seg ikke presisere nøyaktig. I kapittel 4 ble det drøftet hvordan staten sikrer samværsretten ved tre typetilfeller. Spørsmålet her er om staten burde gjort mer for å oppfylle de rettslige forpliktelsene.

Fellesnevneren for alle tre typetilfellene er foreldrenes avtalefrihet, som gir dem mulighet til å inngå privat samværsavtale. Vurderingstemaet blir følgelig om lovgiver burde fastsette regler som gir staten innsyn i og kontrollfunksjon av private samværsavtaler. Årsaken til denne vurderingsavgrensningen er at samværsavtaler fastsatt ved dom, presumeres å være i samsvar med barnets beste.

Et pålegg til foreldrene om å sende inn en privat samværsavtale til myndighetene innen en viss tidsperiode, kan være et inngrep i individets «right to respect for his private and family life», jf. EMK art. 8. Også Grl. § 102 vil aktiveres ved et slikt pålegg. Offentlig myndighets innblanding i foreldrenes avtale, griper inn i den personlige autonomien foreldrene er tillagt

ved avtalefriheten etter bl. § 43. Bl. § 55 pålegger imidlertid foreldrene å møte til obligatorisk mekling på gitte vilkår. Dette innebærer at staten pålegger foreldrene en møteplikt til mekling hvor deres livssituasjon diskuteres for å komme frem til en best mulig samværsavtale. Presumsjonsprinsippet tilsier at meklingsordningen mellom foreldrene samsvarer med konvensjonsrettighetene.¹⁸³ Dermed har staten allerede grepet inn i foreldrenes privatliv. Pålegg om å sende inn privat samværsavtale for å sikre barnets samværsrett, vil trolig ikke stride med konvensjonsrettighetene.¹⁸⁴ Hensynet til barnets beste og sikring av umyndiges rettigheter er faktorer som rettferdiggjør en slik løsning. Det er derfor vanskelig å se at staten ikke skal føre kontroll med barnets rett til samvær.

Dersom foreldrene pålegges å sende inn samværsavtalen, oppstår spørsmålet om hvordan myndighetene kan sikre at barnets beste ligger til grunn for avtalen. For det første må det foreligge klare retningslinjer for avtalens innhold, herunder omfang, sted, barnets interesser, foreldrenes livssituasjon. For det andre bør foreldrene begrunne samværets omfang. Staten bør på denne bakgrunn forsøke et system med kontroll av alle samværsavtaler.

All den tid konvensjonsbrudd av samværsrett i mellomprivate forhold finner sted, er det også et spørsmål hvordan staten kan sikre at det unngås. Offentlig myndighet ikke kan være til stede hver gang et samvær skal gjennomføres, og dette er heller ikke ønskelig ut fra privatlivets fred, beskyttet i EMK art. 8 og GrL. § 102. Hensynet til barnet og foreldrenes mulighet til å utvikle en mest mulig naturlig relasjon, tilsier også at samværet bør utføres privat. Dette tilsier at selv om det ble etablert tydelige retningslinjer og en kontroll, så trengs et oppfølgings- eller sanksjonssystem.

Gjennom lovgivning har staten adgang til å pålegge sanksjoner, som skal innvirke på borgernes atferd. Eksempelvis tvangsbøte ved samværs sabotasje. Tvangsbøtens tilsiktede virkning er hovedsakelig å få bostedsforelderen til å respektere og etterfølge samværsavtalen. Tallene fra Domstolsadministrasjonen, presentert i punkt 4.4.1, viser imidlertid at frykten for bøter ikke overvinnes samværs sabotasje. Det må følgelig vurderes om staten burde vedta øvrige sanksjonsmidler.

¹⁸³ Se kap. 4.3.3.

¹⁸⁴ Mitrova/Savik-saken

Strandbakken-utvalget vurderte om tvangshenting av barn skulle være et tvangsmiddel ved samværssabotasje.¹⁸⁵ Utvalgets flertall mente at fysisk avhenting av barnet burde være tilgjengelig som tvangsmiddel, der alle andre forsøk på samvær har vært prøvd. I St.meld.nr. 8 (2008-2009) *Om menn, mannsroller og likestilling* (s. 90) ble hensynene mot tvangshenting tillagt avgjørende vekt, heriblant hensynet til barnet og de psykiske belastningene fysisk avhenting kunne forårsake. Forslaget fikk følgelig ikke gjennomslag, og ble heller ikke fulgt opp i Ot.prp. nr. 104 (2008-2009).

Det har også vært vurdert om straffeloven skulle inneholde bestemmelser om straff ved samværssabotasje.¹⁸⁶ Her var også hensynet til barnet, samt hensynet til forutberegnelighet, viktige momenter slik at straffeansvaret ble utvidet ikke i saker om samværssabotasje.¹⁸⁷ EMD har imidlertid godkjent straff som sanksjonsmiddel ved samværssabotasje, enda dette rammet barnet ved at barnet måtte flytte til den andre forelderen.¹⁸⁸ En godkjenning av et slikt sanksjonsmiddel av EMD, kan tale for at dette bør revurderes i Norge.

EMDs praksis viser at staten kan ilegge borgerne strengere sanksjonsmidler uten å bryte konvensjonsrettighetene. Dermed kan det hevdes at bot, som eneste sanksjonsmiddel, medfører at staten er sårbare for å pådra brudd på EMK art. 8 på bakgrunn at staten ikke gjør nok ved krenkelser i mellomprivate forhold.¹⁸⁹ Lovgivningen bør derfor inneholde regler som i større grad gir hjemler til å tvangsgjennomføre samværsretten. Den preventive virkning tvangshenting av barnet kan medføre, at samværssabotøren endrer atferd i frykt for at myndighetene henter barnet, virker å være realistisk.¹⁹⁰ En lovhjemmel for tvangshenting, må imidlertid ha en høy terskel for anvendelse. Trolig vil en høy terskel medføre nøye avveininger, hvor et fremtredende hensyn må være barnets beste, før sanksjonsmidlet benyttes. Myndighetene bør være varsom med bruk av makt for gjennomføring av samvær, fordi det kan skade barnet.¹⁹¹ Den store utfordringen er derfor spenningen mellom barnets beste og straffen til den som saboterer samværet. Etter presumsjonen om at det er bra for barnet å ha samvær med begge foreldrene, vil det ikke være barnets beste å hindre barnet

¹⁸⁵ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus – en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær, (NOU 2008: 9 Med barnet i fokus), s. 87.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning) (Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)).

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009), s. 142.

¹⁸⁸ Se eksempelvis Mitrova/Savik-saken.

¹⁸⁹ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus, vedlegg 2, s. 125.

¹⁹⁰ NOU 2008: 9 Med barnet i fokus, s. 87.

¹⁹¹ *Glaser v. the United Kingdom*, 32346/96, 19.09.2000, avsnitt (70).

samvær med samværsforelder. Utvidet lovgivning på dette feltet kan antas å oppnå en preventiv effekt, slik at samværs sabotøren i større grad anstrenger seg for å samarbeide. Gjennom kommunikasjon av lovstoff, vil lover i større grad virke etter sin hensikt. Det er et klart samband mellom kommunikasjon av lovstoff og tilsiktet virkning av lovgivningen.¹⁹² En strengere sanksjonering i tilfeller hvor tvangsbot ikke avhjelper samværs sabotasje, kan medføre større etterlevelse og respekt for fastsatte samværsavtaler.

I endringslov om likestilt foreldreskap inntas en ny § 65 a som gir domstolene adgang til å oppnevne sakkyndig, godkjent mekler eller annen ansatt i familieverntjenesten for å mekle eller ha samtaler med foreldrene, i saker om samværs sabotasje og tvangsfullbyrdelse. Formålet er å hjelpe foreldrene til å komme fram til frivillige løsninger, framfor bruk av sanksjonsmidler.¹⁹³ Etter mitt syn bør barneloven likevel inneholde et tilfredsstillende fullbyrdelsessystem slik at de materielle rettigheter om samvær ikke blir et «slag i luften».

Snus forslaget om tvangshenting av barn, til tvangshenting av samværsforelder som uteblir fra samvær, oppstår spørsmålet om den preventive effekten medfører at samværsavtalen respekteres. Den tilsiktede virkning ved tvangshenting av samværsforelder er at frykten og ubehaget for at myndighetene kan utføre fysisk avhenting, medfører at samværsforelder møter opp til samvær på eget initiativ. Det vil imidlertid antakeligvis stride med rettsfølelsen hos folk flest dersom myndighetene kunne gripe inn i samværsforelderens sfære og privatliv på en slik måte. For alle tilfeller måtte et slikt inngrep vært legitimert etter EMK art. 8 nr. 2. En forelder som ikke ønsker å se barnet sitt, vil heller neppe kunne tilføre barnet en god og stimulerende opplevelse.

Dersom det ikke innføres strengere kontroll- og sanksjonssystem for foreldrenes ønsker, kan en løsning være å bedre legge opp til at barnets egne, reelle ønsker kommer frem.

Etter drøftelsen i punkt 4.3.3 virker det å være en forutsetning for sikring av barnets uttalerett etter BK art. 12, at meklingsordningen endres. En måte å endre ordningen på, er å pålegge foreldrene å medbringe barnet til meklingen, slik at mekleren kan høre barnet direkte dersom barnet selv gir uttrykk om å delta i prosessen og bli hørt.

¹⁹² Thomas Mathiesen, *Retten i samfunnet – En innføring i retts sosiologi*, Oslo 2011

¹⁹³ Prop. 161 L (2015-2016), s. 83.

Manglende gjennomføring av samvær, rammer hovedsakelig barnet. Det viser at de mekanismene som skal løse manglende samvær i liten grad er tilstrekkelig for å ivareta barnets samværsrett. Likevel må det poengteres at særlig ved typetilfelle to, samværs sabotasje, rammes også den samværsforelder som ønsker å tilbringe tid med barnet. Derfor er det ikke bare barnets samværsrett som krenkes ved manglende mekanismer, men også samværsforelderens samværsrett. Bostedsforelderens sabotasje handlinger ligger i varierende grad utenfor statens kontroll. Strengere sanksjonsmidler kan bidra til å redusere motarbeidelse i samværssaker. For det tredje typetilfellet er det vanskelig å trekke konsekvenser av statens ansvar. Det vil, som nevnt, presumptivt heller ikke være barnets beste at samvær gjennomføres i slike tilfeller. Her kunne kanskje en ny obligatorisk runde hos meklerin være et mulig første steg mot løsning. Den avsluttende betraktning må på denne bakgrunn bli, at lovgiver bør komme på banen, og i hvert fall gi forvaltningen virkemidlene til å i enda større grad ivareta barnets og foreldrenes rett til samvær.

6 Kildeliste

Lover og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongerike Norges Grunnlov

Lov 8. april 1981 om barn og foreldre

Lov 8. juli 1988 nr. 72 om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser m v og om tilbakelevering av barn

Lov 26. juni 1991 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse

Lov 17.juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester

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

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

Lov 15. mai nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her

Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål

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

Forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fostringstilskot

Forskrift 18. desember 2006 nr. 1478 om mekling etter ekteskapsloven og barneloven

Konvensjoner

Universal Declaration of Human Rights, 10. desember 1948

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950

International Covenant on Civil and Political rights, 16. desember 1966

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16. desember 1966

Vienna Convention on the law of treaties, 23. mai 1969

United Nations Convention on the Rights of the Child, 20. november 1989

Forarbeider og andre publikasjoner fra det offentlige

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

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

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

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

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

Dok. nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Prop.85 L (2012-2013) Endringer i barnelova (barnesperspektivet i foreldretvister)

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

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

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

NOU 2001: 32 B Rett på sak, Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2006: 10 Fornærmede i straffeprosessen – nytt perspektiv og nye rettigheter

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

St.meld.nr. 8 (2008-2009) *Om menn, mansroller og likestilling*

Rundskriv Q-2008-2

Andre internasjonale og utenlandske kilder

General comment No. 5 (2003), General measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child, (UN doc. CRC/GC/2005/6)

Committee on the Rights of the Children, General comment No. 12 (2009) The right of the child to be heard, (UN doc. CRC/C/GC/12)

General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), (UN doc. CRC/C/CG/14)

Committee on the Rights of the Child, Rules of procedure, 15. mars 2015 (CRC/C/4/Rev. 4)

Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, vedtatt 19.12.2011, trådt i kraft 14.04.2014

Rettspraksis

Norges Høyesterett

HR-2016-2554 P

HR-2016-304 S

Rt. 1982 s. 116

Rt. 1984 s. 403 U

Rt. 1995 s. 946 A

Rt. 1997 s. 322 U

Rt. 1997 s. 797 B

Rt. 2004 s. 47 A

Rt. 2005 s. 682 A

Rt. 2005 s. 833 A

Rt. 2010 s. 216 A

Rt. 2011 s. 1572 A

Rt. 2012 s. 1832 A

Rt. 2012 s. 2039 P

Rt. 2013 s. 588 A

Rt. 2015 s. 93 A

Rt. 2015 s. 155 A

Rt. 2015 s. 1388 P

Underrettspraksis

LB-2016-66001

LH-2011-180752-2

LE-2007-72830

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Berrehab v. the Netherlands, 10730/84, 21.06.1988

Botta v. Italy, 21439/93, 24.02.1998

Boughanemi v. France, 22070/93, 24.04.1996
Dickson v. the United Kingdom, 44362/04, 04.12.2007
Elsholz v. Germany, 25735/94, 13.07.2000
Eriksson v. Sweden, 11373/85, 22.06.1989
Evans v. the United Kingdom, 6339/05, 10.04.2007
Fuşcă v. Romania, 34630/07, 13.07.2010
G.B. v. Lithuania, 36137/13, 19.01.2016
G.S v. Georgia, 2361/13, 21.07.2015
Glaser v. the United Kingdom, 32346/96, 19.09.2000
Handyside v. the United Kingdom, 5493/72, 01.12.1976
Iganccolo-Zenide v. Romania, 31679/96, 25.01.2000
Jeunesse v. the Netherlands, 12738/10, 03.10.2014
Johansen v. Norway, 17383/90, 07.08.1996
K. and T. v. Finland, 25702/94, 12.07.2001
Kacper Nowakowski v. Poland, 32407/13, 10.01.2017
Keegan v. Ireland, 16969/90, 26.05.1994
Knecht v. Romania, 10048/10, 02.10.2012
Kosmopoulou v. Greece, 60457/00, 05.02.2004
L. v. the Netherlands, 45582/99, 01.06.2004
M. and M. v. Croatia, 10161/13, 03.09.2015
Malec v. Poland, 28623/12, 28.06.2016
Margaretha and Roger Andersson v. Sweden, 12963/87, 25.02.1992
Mitrova and Savik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, 42534/09, 11.02.2016
Monory v. Romania and Hungary, 71099/01, 05.04.2005
Moog v. Germany, 23280/08, 2334/10, 06.10.2016
Neulinger and Shuruk v. Switzerland, 41615/07, 06.07.2010
Nuutinen v. Finland, 32842/96, 27.06.2000
Ónodi v. Hungary, 38647/09, 30.05.2017
Osman v. the United Kingdom, 23452/94, 28.10.1998
P., C. and v. the United Kingdom, 56547/00, 16.07.2002
Plaza v. Poland, 18830/07, 25.01.2011
Pretty v. the United Kingdom, 2346/02, 29.04.2002
Scozzari and Giunta v. Italy, 39221/98, 41963/98, 13.07.2000
Silver and others v. the United Kingdom, 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75;

7113/75; 7136/75, 25.03.1983
Sommerfeld v. Germany, 31871/96, 08.07.2003
Stasik v. Poland, 21823/12, 06.10.2015
Strand Lobben and Others v. Norway, 3728313/, 30.11.2017
Sylvester v. Austria, 36812/97, 24.04.2003
Vojnity v. Hungary, 29617/07, 12.02.2013
Von Hannover v. Germany (No. 2), 40660/08, 60641/08, 07.02.2012
Wdowiak v. Poland, 28768/12, 07.02.2017
X and Others v. Austria, 19010/07, 19.02.2013
X v. Latvia, 27853/09, 26.11.2013
Z. v. Poland, 34694/06, 20.04.2010

Litteratur

Backer, Inge Lorange, *Barneloven – Kommentarutgave*, 2. utgave (Oslo 2008)
Bendiksen, Lena R. L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (Oslo 2015)
Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, 6. opplag (Bergen 2008)
Bårdsen, Arnfinn, «Norges Høyesterett og ‘barnets beste’ som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm» i *Rettsavklaring og rettsutvikling – festskrift til Tore Schei*, Gunnar Bergby, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy, Torill M. Øye (red.) (Oslo 2016) s.243-268
Choudhry, Shazia og Jonathan Herring, *European Human Rights and Family Law*, Oxford 2010
Detrick, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention of the Rights of the Child* (Haag 1999)
Doek, Jaap E., ”Article 8: The Right to Preservation of Identity, and Article 9: The Right Not to Be Separated from His og Her Parents”, in: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde (Eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martiuns Nijhoff Publishers (Leiden 2006)
Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, 3. opplag (Oslo 2007)
Eldjarn, Erik, *Materiell prosessledning* (Tromsø 2015)

- Graver, Hans Petter, ”I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 02-03/ 2006 s. 189-221
- Haugli, Trude, *Foreldreansvaret ved sabotasje av samværsretten*, Lov og Rett 1999 s. 299-312
- Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kristen Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 3. utgave (Oslo 2016)
- Jacobs, Francis G., Robin C.A. White & Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 6. utgave ved Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, and Clare Ovey (Oxford 2014)
- Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 4. utgave (København 2017)
- Kvalø, Kirsten Kolstad og Julia Köler-Olsen, *Barnerett i et nøtteskall* (Oslo 2016)
- Mathiesen, Thomas, *Retten i samfunnet – En innføring i retts sosiologi* (Oslo 2011)
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, 3. opplag (Bergen 2012)
- Nørregaard, Marianne, *Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private* (København 2004)
- Sandberg, Kirsten, «Pleunumsdommen fra desember 2015 – en barnerettslig kommentar», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 02/2016, s. 101-105
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Nasjonal skjønnsmargin etter EMK», *Lov og Rett 04/2011*, s. 189-190
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven», *Lov og Rett 04/2015* s. 195-196
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder?*, Foredrag på Nordisk høyesterettsseminar i Oslo 14.-15. mars 2016, tilgjengelig under fanen «Artikler og foredrag» på Norges Høyesteretts hjemmeside, <http://www.domstol.no/hoyesterett>
- Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrepet i Den Europeiske menneskerettskonvensjon*, (Tromsø 2010)
- Starmer, Keir, *European Human Rights Law – the Human Rights Act 1998 and the European Convention on Human Rights* (London 1999)

van Djik, Pieter m.fl. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave (Oxford 2006)

Andre kilder

<http://www.ssb.no/forskning/demografi-og-levelkaar/fruktbarhet-og-familiedemografi/mor-og-far-velger-a-bo-naer-hverandre-etter-brudd> (sist besøkt 13.12.17)

<http://www.ssb.no/a/barnogunge/2017/bef/> (sist besøkt 13.12.17)

<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/apa.14004/full> (sist besøkt 13.12.17)

https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/profiles/CourtSystemRomania_en.pdf (sist besøkt 13.12.17)

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/BLD/Rapport_Barnekomiteens_merknader.pdf (sist besøkt 13.12.17)