

## Rt-1988-708 (211-88)

---

INSTANS: Høyesteretts kjæremålsutvalg  
DATO: 1988-06-22  
DOKNR/PUBLISERT: **Rt-1988-708** (211-88)  
STIKKORD: Familierett. Tvangsfullbyrdelse.  
SAMMENDRAG: Gjennomføring av en samværsordning kan anses umulig og derfor ikke tvangsfullbyrdes. **Tvangsmulkt etter barneloven av 8. april 1981 nr. 7, § 48, jfr. tvangsfullbyrdelsesloven § 236, skal likevel ilegges dersom de forhold det gjelder, skyldes at den som har omsorgen for barnet ikke lojalt har medvirket til gjennomføring av samværet. Det kreves aktiv medvirkning fra den som har omsorgen.**  
SAKSGANG: L.nr 274 K/1988, jnr 157/1988  
**Henvisninger:** lov-1915-08-13-7-§236 (TvfbI § 236), lov-1981-04-08-7-§48 (Barnelov § 48).  
PARTER: A (advokat Lars Holo) mot B (advokat Arne R Stray).  
FORFATTER: Holmøy, Philipson og Schei.

**Henvisninger i teksten:** lov-1915-08-13-6-§172 (Tvml § 172), lov-1915-08-13-6-§179 (Tvml § 179), lov-1915-08-13-6-§180 (Tvml § 180), lov-1915-08-13-6-§404 (Tvml § 404), lov-1915-08-13-7-§53 (TvfbI § 53), lov-1981-04-08-7-§30 (Barnelov § 30), lov-1981-04-08-7-§44 (Barnelov § 44), lov-1981-04-08-7 (Barnelov)

---

### Skriv merknad Avgjørelser

I sak for Kristiansand byrett om farens adgang til samvær med datteren C, født \*.\* 1978, som moren har foreldreansvaret for, inngikk B (som da het BB) og A 2. oktober 1985 slikt rettsforlik:

"A har vanlig samværsrett som angitt i barneloven av 8. april 1981 nr. 7 § 44, fjerde ledd, med følgende presisering:

Samværet omfatter en ettermiddag hver uke, annenhver helg fra fredag ettermiddag til søndag kveld, annenhver jul og påske og 2 uker i sommerferien.

Julesamværet gjelder fra julaftens formiddag til 2. juledag om kvelden. Påskesamværet omfatter tiden fra lørdag før palmesøndag til mandag 2. påskedag.

Jule- og påskesamværet praktiseres slik at A skal ha samvær julen 1985, påsken 1986, julen 1987 o.s.v.

Sommerferiesamværet skal finne sted i As sommerferie. Dersom dette samværet for noen del blir liggende utenfor den vanlige fellesferie, skal B ha beskjed om det innen 15. mai vedkommende år."

I oktober 1985 begjærte A overfor Kristiansand namsrett at B skulle tilpliktes å betale løpende tvangsbot for hver dag samværsretten ikke ble gjennomført. Namsretten besluttet i januar 1986 å overføre tvisten til behandling i søksmåls former. Etter at det var holdt hovedforhandling i saken 4. og 5. februar 1987 avsa namsretten 12. februar 1987 dom med slik slutning:

- " 1. B frifinnes for kravet om tvangsmulkt.
2. Innen 2 uker betaler A kr. 17.000,- i sakskostnader til B."

A anket namsrettens dom til Agder lagmannsrett. Etter at ankeforberedelsen hadde pågått en tid, tok lagmannsretten opp spørsmålet om det

Side 709

var adgang for namsretten til å overføre tvisten til behandling i søksmåls former. Lagmannsretten viste til at vilkåret for dette er at begjæringen om fullbyrdelse er tatt til følge, jf tvangfullbyrdelsesloven § 53 første ledd. Etter at partene hadde uttalt seg om dette spørsmålet, avsa lagmannsretten 20. november 1987 kjennelse om at saken avvises som ankesak, men fremmes som kjæremålssak.

Etter at de oppnevnte sakkyndige hadde avgitt uttalelse og partene hadde avgitt prosesskriv, avsa Agder lagmannsrett 28. mars 1988 kjennelse med slik slutning:

- " 1. Namsrettens dom stadfestes.
2. Saksomkostninger for lagmannsretten tilkjennes ikke."

I lagmannsrettens kjennelse sies det blant annet:

"Den kjærende part har prinsipielt krevet tvangfullbyrdelse av samværsretten etter rettsforliket, subsidiært krevet tvangfullbyrdelse av en mer begrenset samværsrett etter en tilvenningsperiode og opptrappingsplan. Kjæremålsmotparten har hevdet at det slik situasjonen er, fremdeles er umulig å gjennomføre noen samværsrett overhodet, og at vilkåret for tvangfullbyrdelse derfor ikke foreligger.

Lagmannsretten bemerker at det vil være rettslig adgang til å bestemme tvangsmulkt for en mer begrenset samværsrett enn den tvangsgrunnlaget fastsetter, med andre ord en mer begrenset samværsrett enn den som er bestemt i rettsforliket, jfr. Rt-1982-1719. Lagmannsretten legger imidlertid til grunn at slik situasjonen fremdeles er, vil det ikke være mulig å gjennomføre noen samværsordning, selv ikke etter et mer begrenset omfang enn hva som er bestemt i rettsforliket.

På bakgrunn av de sakkyndiges vurderinger må det kunne fastslås at kjæremålsmotparten må bære en stor del av skylden for at situasjonen fremdeles synes fastlåst. Det kan ikke være tvilsomt at hun rent faktisk har motarbeidet samværsordningen og bevisst eller ubevisst har påvirket Cs holdninger til sin far i negativ retning. Kjæremålsmotparten må således være å bebreide at C fremdeles har sterke motforestillinger mot å treffe den kjærende part. Lagmannsretten er imidlertid enig med namsretten i at dette ikke kan tillegges avgjørende betydning. Det avgjørende må være at samværsvegringen sitter fast i barnet, og at barnet reagerer med angst når det er tale om samvær med faren. At denne angst er reell finner lagmannsretten for øvrig godtgjort ved at C, ved den episode da hun tilfeldig møtte sin far, rømte unna uten å ville snakke med ham, og at hun senere reagerte med angst og skjelving da hun av sosialkurator Lønn ble konfrontert med episoden.

Overfor den sakkyndige Borgen har C vært entydig avvisende til å besøke faren, og har gitt uttrykk for at dette er noe hun bestemt ikke vil. Den sakkyndige har gitt uttrykk for at situasjonen nå synes å være mer fastlåst enn den var da saken sto for namsretten.

Lagmannsretten finner ikke å kunne se bort fra de to sakkyndiges sammenfallende konklusjoner, at det ikke er mulig å gjennomføre samvær mellom C og den kjærende part. Lagmannsretten må legge til grunn at situasjonen fremdeles er slik at den kjærende parts samvær med C bare kan gjennomføres ved en overlevering av datteren som forutsetter bruk av fysisk eller betydelig psykisk tvang. Den fare som foreligger for at dette vil kunne skade C psykisk bør hun ikke utsettes for.

Lagmannsretten er derfor kommet til at det, slik situasjonen foreligger i dag,

Side 710

er sannsynliggjort at det vil være umulig å gjennomføre en samværsordning, jfr. barneloven § 48, jfr. tvangsfullbyrdelsesloven § 236, tredje ledd.

Kjæremålet blir etter dette å forkaste.

Kjæremålet har ikke ført frem og saksomkostningsspørsmålet avgjøres i medhold av tvistemålsloven § 180, første ledd. Lagmannsretten har funnet det godtgjort at årsaken til Cs samværsvegring for en stor del må kunne bebreides kjæremålsmotpartens manglende medvirkning og negative påvirkning av barnet. Kjæremålsmotparten kan derfor bebreides at det er kommet til sak. Lagmannsretten finner etter dette at det foreligger slike særlige omstendigheter at den kjærende part bør fritas for å erstatte kjæremålsmotpartens saksomkostninger."

Saksforholdet for øvrig går frem av namsrettens og lagmannsrettens kjennelser.

A har i rett tid påkjært lagmannsrettens kjennelse til Høyesteretts kjæremålsutvalg. Han gjør gjeldende at det foreligger feil i saksbehandlingen og lovtolkningen, jf tvistemålsloven § 404 nr 2 og 3.

Gjennom rettspraksis er det slått fast at den som har foreldreansvaret har plikt til å medvirke lojalt for å få samværsretten gjennomført. Den kjærende part gjør gjeldende at lagmannsretten har lagt til grunn en feil tolking av tvangsfullbyrdelsesloven § 236 med hensyn til umulighetskriteriet. Om det er eller synes å være umulig å få den som har foreldreansvaret motivert til å endre sin holdning til samværet mellom datteren og faren, for derigjennom å få henne til å bidra aktivt og lojalt til samvær, kan ikke denne "umulighet" danne grunnlag for å avslå begjæringen om tvangsbot. Umulighetskriteriet i lovbestemmelsen kan bare knytte seg til forhold ved selve barnet og barnets forhold til samværsretten. Når samværsretten er avhengig av en holdningsendring og aktiv medvirkning fra moren, vil det aktuelle spørsmålet være om samvær fortsatt vil være umulig selv etter en slik endring fra morens side. Dette spørsmålet har lagmannsretten ikke drøftet særskilt. Den bare fastslår at den er enig med namsretten i at det ikke kan tillegges avgjørende betydning at moren er årsaken til samværsvegringen. De sakkyndiges erklæringer gir tilstrekkelig grunnlag for å foreta en slik nærmere vurdering.

Lagmannsrettens bevisvurdering går ut på at datteren har en fast, avvisende holdning til samvær med faren. Når lagmannsretten samtidig fastslår at dette i det vesentlige skyldes moren, må det etter den kjærende parts mening kreves at retten særskilt drøfter om vegringen fortsatt vil være til stede etter en holdningsendring slik moren har plikt til å gjøre, jf blant annet barneloven § 30. Dersom barnet etter en slik holdningsendring fra morens side selv endrer sin holdning til samvær med faren, må det være på det rene at det ikke foreligger umulighet. Dette skulle lagmannsretten ha vurdert og tatt selvstendig stilling til. Likeledes er det feil lovtolking av umulighetskriteriet når det således foreligger en situasjonsbestemt, relativ umulighet som moren selv har nøkkelen til å endre.

Lagmannsretten har ved avgjørelsen av saksomkostningsspørsmålet lagt til grunn at motparten kan bebreides at det er kommet til sak. Dette skulle etter den kjærende parts mening tilsi at namsrettens saksomkostningsavgjørelse også ble endret. Videre er omkostningene til de sakkyndige for namsretten ikke tatt med i namsrettens domsslutning. Den kjærende part har forskuttert omkostningene, og satte frem begjæring overfor namsretten om å få disse omkostningene dekket av

motparten. Namsretten tok ikke stilling til dette, og lagmannsretten har heller ikke vurdert spørsmålet. Dette må etter den kjærende parts mening være en feil.

A har lagt ned slik påstand:

- " 1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
2. A tilkjennes sakens omkostninger."

B gjør i tilsvar og motkjæremål blant annet gjeldende at det ikke foreligger feil i saksbehandlingen eller lovtolkningen hva realiteten angår. Lagmannsretten er kommet til at samværsretten ikke kan gjennomføres uten fysisk tvang og uten skade for barnet, og at det således foreligger umulighet. Kjæremålsmotparten gjør for øvrig gjeldende at hun er sterkt

Side 711

uenig med lagmannsretten i at hun kan bebreides for at datteren ikke vil ha samvær med sin far, og hun begrunner dette nærmere.

Motkjæremålet gjelder saksomkostningsavgjørelsen. Namsretten fant at resultatet i saken ikke bød på tvil og tilkjente moren saksomkostninger. Lagmannsretten har heller ikke vært i tvil om resultatet, og har begrunnet det på samme måte som namsretten. Det må da være feil når lagmannsretten ikke har tilkjent moren saksomkostninger under henvisning til tvistemålsloven § 180 første ledd. Det foreligger ingen særlige omstendigheter i relasjon til den lovanvendelse som både namsretten og lagmannsretten har lagt til grunn, nemlig at det foreligger umulighet i relasjon til datteren. Denne umulighet viste seg å foreligge umiddelbart etter at rettsforliket var inngått og har foreligget hele tiden under sakens gang. Saksomkostningsspørsmålet burde derfor avgjøres etter den vanlige regelen i tvistemålsloven § 172 første ledd også for lagmannsretten.

B har lagt ned slik påstand:

" Kjæremålet. Lagmannsrettens kjennelse stadfestes.

Motkjæremål. Kjæremålsmotparten tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten. Herunder utgifter til sakkyndige.

I begge tilfeller. Kjæremålsmotparten tilkjennes saksomkostninger for høyesterett."

I tilsvar til motkjæremålet gjør A gjeldende at det må være åpenbart at kjæremålsmotparten ikke kan tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten. Saksomkostningsavgjørelsen bør være lik for namsretten og lagmannsretten, og gå ut på at omkostningene deles.

A gjør gjeldende at det vesentlige av Bs anførsler gjelder bevisbedømmelsen, som kjæremålsutvalget ikke kan prøve. Han imøtegår B på en del punkter.

I motkjæremålet har han lagt ned slik påstand:

- " 1. Lagmannsrettens omkostningsavgjørelse stadfestes for såvidt gjelder saksomkostningene ved lagmannsrettens behandling.
2. Den kjærende part tilkjennes saksomkostninger i anledning motkjæremålet."

Høyesteretts kjæremålsutvalg skal bemerke:

Kjæremålet må anses som et kjæremål over lagmannsrettens avgjørelse i en kjæremålssak. Utvalgets kompetanse er da begrenset etter reglene i tvistemålsloven § 404.

Lagmannsrettens begrunnelse for ikke å pålegge tvangsmulkt er "at det, slik situasjonen foreligger i dag, er sannsynliggjort at det vil være umulig å gjennomføre en samværsordning, jf barneloven § 48, jf tvangsfyllbyrdelsesloven § 236, tredje ledd". Denne vurdering synes også å gjelde en mer begrenset samværsordning enn den som er fastsatt ved rettsforliket. At det ikke vil være mulig å gjennomføre samværsretten, er videre begrunnet med at farens samvær med datteren bare vil kunne gjennomføres ved en overlevering som forutsetter bruk av fysisk eller psykisk tvang, og at hun ikke bør utsettes for den fare som foreligger for at dette kan skade henne psykisk.

Det er ikke tvilsomt at gjennomføring av en samværsordning kan anses umulig og derfor ikke kan tvangsfyllbyrdes på grunn av forhold som lagmannsretten her har funnet sannsynliggjort. Tvangsmulkt etter barneloven § 48 skal likevel ilegges dersom de forhold det gjelder, skyldes at den som har omsorgen for barnet, ikke lojalt har medvirket til gjennomføring av samværet. Det kreves en aktiv medvirkning fra den som har omsorgen; det er ikke tilstrekkelig at vedkommende ikke motsetter seg samvær.

Om årsaken til datterens holdning til samvær i dette tilfelle, uttaler lagmannsretten:

"På bakgrunn av de sakkyndiges vurderinger må det kunne fastslås at kjæremålsmotparten må bære en stor del av skylden for at situasjonen fremdeles synes fastlåst. Det kan ikke være tvilsomt at hun rent faktisk har motarbeidet samværsordningen og bevisst eller ubevisst har påvirket Cs holdninger til sin far i negativ retning. Kjæremålsmotparten må således være å bebreide at C fremdeles har sterke motforestillinger mot å treffe den kjærende part."

I tilknytning til denne bevisvurdering uttaler lagmannsretten:

"Lagmannsretten er imidlertid enig med namsretten i at dette ikke kan tillegges avgjørende betydning. Det avgjørende må være at samværsvegringen

Side 712

sitter fast i barnet, og at barnet reagerer med angst når det er tale om samvær med faren."

Utvalget finner at lagmannsretten her har bygget på en uriktig tolking av barneloven § 48, jf tvangsfyllbyrdelsesloven § 236 tredje ledd. Etter lagmannsrettens bevisvurdering, som utvalget ikke kan prøve, har moren i dette tilfelle ikke ytet en slik aktiv og lojal medvirkning for gjennomføring av samværsretten som må kreves for at tvangsmulkt ikke kan ilegges.

Lagmannsrettens kjennelse må etter dette oppheves og saken hjemvises til lagmannsretten til ny behandling.

Kjæremålet har ført frem hva realiteten angår, og kjæremålsmotparten må derfor betale saksomkostninger for Høyesteretts kjæremålsutvalg etter hovedregelen i tvistemålsloven § 180 annet ledd jf § 172 første ledd. Saksomkostninger tilkjennes med 1.500 kroner. Spørsmålet om saksomkostninger for namsretten og lagmannsretten bør utsettes til lagmannsrettens videre behandling av saken, jf tvistemålsloven § 179 første ledd tredje punktum. Lagmannsretten bør da også ta standpunkt til dekning av utgifter til de sakkyndige.

Kjennelsen er enstemmig.