Aalborg Universitet

Domstolsprøvelse og rimelig sagsbehandlingstid i forældreansvarssager

Fonseca, Maria Ullits Pallesen

DOI (link to publication from Publisher):
10.5278/vbn.phd.socsci.00081

Publication date:
2017

Document Version
Også kaldet Forlagets PDF

Link to publication from Aalborg University

Citation for published version (APA):
Fonseca, M. U. P. (2017). *Domstolsprøvelse og rimelig sagsbehandlingstid i forældreansvarssager*. Aalborg Universitetsforlag. https://doi.org/10.5278/vbn.phd.socsci.00081

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal -

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us at vbn@aub.aau.dk providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from vbn.aau.dk on: July 04, 2025

DOMSTOLSPRØVELSE OG RIMELIG SAGSBEHANDLINGSTID I FORÆLDREANSVARSSAGER

AF
MARIA ULLITS PALLESEN FONSECA

PH.D. AFHANDLING 2017

AALBORG UNIVERSITET

Domstolsprøvelse og rimelig sagsbehandlingstid i forældreansvarssager

Ph.d.-afhandling
af Maria Ullits Pallesen Fonseca

Ph.d. indleveret: 2017

Ph.d. vejleder: Professor Marianne Holdgaard
Aalborg Universitet

Ph.d. bedømmelsesudvalg: Lektor Thomas Neumann
Aalborg Universitet

Professor Anna Singer
Uppsala Universitet

Seniorforsker Eva Ersbøll
Institut for Menneskerettigheder

Ph.d. serie: Det Samfundsvidenskabelige Fakultet, Aalborg Universitet

ISSN (online): 2246-1256
ISBN (online): 978-87-7210-366-2

Udgivet af:
Aalborg Universitetsforlag
Langagervej 2
9220 Aalborg Ø
Tlf. 9940 7140
aauf@forlag.aau.dk
forlag.aau.dk

© Copyrigh Maria Ullits Pallesen Fonseca

Trykt i Danmark af Rosendahls, 2017

KAPITEL 1 **1**

Introduktion **1**

1. Den faktuelle virkelighed i tal 1
2. Barnets bedste og hurtig sagsbehandling 2
3. De processuelle rammer 3
4. Menneskerettens betydning 6
5. Emneafgrænsning 7
6. Formål 11
7. Problemformulering 13
8. Plan for fremstillingen 14

KAPITEL 2 **16**

Afhandlingens metode og retskilder **16**

1. Metode – og lidt refleksioner over »gældende ret« 16
2. Særlige overvejelser om afhandlingens retskilder 18
3. Rimelig sagsbehandlingstid 19
   3.1. Lovgivning og bekendtgørelser 19
   3.2. Konventionspraksis og retspraksis 21
   3.3. Lovens formål og hensigt 22
   3.4. Lovforarbejder 24
      3.4.1. Særligt om lovforarbejder og betænkning til Inkorporeringsloven 24
   3.5. Vejledninger 25
   3.6. Administrativ praksis og case 26
   3.7. Ombudsmands praksis 27
   3.8. Tal og statistik materiale 29
   3.9. Sammenfatning 29
4. Domstolsprøvelse 30
   4.1. Lovgivning 30
   4.2. Retspraksis 31
   4.3. Konventionspraksis og barnets bedste 32

KAPITEL 3 **32**

Retskildemæssige problematikker ved anvendelsen af EMRK **32**

1. Grundlag – inkorporeringsloven 32
2. Udgangspunkt – »formodningsprincippet« 35
   2.1. Ex officio anvendelse af EMRK 37
3. Undtagelser til formodningsprincippet 39
4. Afkræftelse af formodning i forældreansvarssager? 44
5. Anvendelse af konventionspraksis 45
   5.1. Sager mod Danmark 45

5.2. Sager mod andre stater end Danmark 47
5.2.1. Særligt om præjudikatværdi 51
5.3. Klar konventionspraksis 53
5.4. Uklar konventionspraksis 54
5.4.1 Klarhedskrav? 58
6. Konflikt mellem EMRK og øvrig dansk ret 59
6.1. Konflikt mellem EMRK og øvrig dansk almindelig lovgivning 60
6.1.1. EMRK-forrang med modifikationer 60
6.1.2. Hvornår er der en konflikt? 62
6.1.3. Løsning af konflikt 62
6.2. Konflikt mellem EMRK og lovgivningen for forældreansvarssager? 65
6.3. Konflikt mellem EMRK og Grundloven 67
6.3.1. Ubetinget Grundlovs-forrang 67
6.3.2. Konflikt mellem EMRK og Grundloven? 68
6.3.3. Kriterier for inddragelse af EMRK 71
6.3.4. Centrale hensyn ved inddragelsen af EMRK 72
6.3.4.1. Grundlovens § 63 – formål og klarhed 72
6.3.4.2. EMRK artikel 6 – formål og klarhed 73
6.3.4.3. Samfundsmæssige konsekvenser 73
6.3.4.4. Hensynsafvejning 74
7. Sammenfatning 75

KAPITEL 4 **77**

Anvendelsesområdet for **77**

EMRK artikel 6 og 8 i forældre-ansvarssager **77**
1. EMRK ARTIKEL 6, stk. 1 77
1.1. Begrebet »domstol« 80
1.2. Krav om en »uafhængig og upartisk domstol oprettet ved lov« 81
1.3. Domstolsbegrebet og administrative myndigheder 83
1.4. Bestemmelsens vigtigste fortolkningsprincipper 85
1.5. Forholdet til EMRK artikel 13 88
2. EMRK ARTIKEL 8 89
3. Afgrænsning mellem EMRK artikel 6 og artikel 8 93

KAPITEL 5 **96**

Kompetencefordeling mellem Statsforvaltningen og domstole i forældreansvarssager **96**
1. Indledning 96
2. Før 2007 97
2.1. Familieretskommissionen 97
2.2. Ægteskabsudvalget af 1957 98

2.3. Ægteskabsudvalget af 1969 101
2.4. Justitsministeriets arbejdsgruppe om forældremyndighed og samværsret 104
2.5. Ny lov om forældremyndighed og samvær 106
2.6. Reform af den civile retspleje 107
3. 2007-2012 108
3.1. Strukturreformen på det familieretlige område 108
3.1. Forældreansvarsloven 110
4. Efter 2012 111
4.1. Evaluering af forældreansvarsloven 111
4.2. Ændring af forældreansvarsloven 114

KAPITEL 6 116

Målestok for 116

»rimelig« sagsbehandlingstid 116
1. Generelt om sagsbehandlingsfrister i dansk ret 116
1.1. Lovbestemte frister for forældreansvarssager 117
1.2. Administrative fastsatte frister forældreansvarssager 117
1.3. Myndighedernes og domstolenes egne sagsbehandlingsfrister 118
1.3.1. Typer af sagsbehandlingsfrister 119
2. Folketingets Ombudsmand 120
2.1. Bedømmelsesgrundlag 121
2.1.1. »Gældende ret« 121
2.1.2. God forvaltningsskik 122
2.1.2.1. Sagsbehandlingstider og rimelighedsvurdering 124
2.1.2.2. Ombudsmandens egen drift undersøgelse af familieretlige sager 128
2.1.2.3. Parametre for rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden 129
3. Menneskeretsdomstolen 134
3.1. Sagens begyndelse 135
3.2. Sagens afslutning 136
3.3. Rimelighedsvurdering 137
3.3.1 Sagens karakter 138
3.3.2. Sagens kompleksitet 140
3.3.3. Parternes adfærd 143
3.3.4. Myndighedernes adfærd 146
3.3.4.1. Problematikker fra dansk ret 146
3.3.4.2. Nationale tidsfrister 147
3.3.4.3. Sagkyndige personers deltagelse i sagen 148
3.3.4.4. Døde perioder 148
3.3.4.5. Afventning af udfaldet på en anden sag 149
3.3.4.6. Hjemvisning til fornyet behandling i en lavere instans 150
3.3.4.7 Vurdering af de enkelte stadier i sagen 150

3.3.5. Helhedsbedømmelse 151
4. Sammenfatning 153

KAPITEL 7 156

»Rimelige« sagsbehandlingstider i Statsforvaltningen og Ankestyrelsen 156
1. Den processuelle ramme 156
1.1. Den praktiske sagsoplysning 156
1.2. Forskellige og sideløbende sagsprocesser 158
1.3. Lovgivers intention om effektivitet i sagsbehandlingen 159
2. Tal og statistik 160
2.1. Statsforvaltningen 161
2.1.1 Maksimale sagsbehandlingstider 161
2.1.2 . Gennemsnitlige liggetider 161
2.1.3. Gennemsnitlige sagsbehandlingstider for samværssager 162
2.1.4. Gennemsnitlige sagsbehandlingstider for midlertidig kontaktbevarende samvær 163
2.1.5.Gennemsnitlige sagsbehandlingstider for forældremyndigheds- og bopælssager 164
2.1.6. Gennemsnitlige sagsbehandlingstider for registrering af forældremyndighed 165
2.1.7. Børnesagkyndig rådgivning 165
2.1.8. Ventetid til indledende møde 165
2.2. Ankestyrelsen 166
2.2.1. Makismal sagsbehandlingstid 166
2.2.2 Gennemsnitlige liggetider 167
2.2.3. Gennemsnitlige sagsbehandlingstider 167
2.3. Sammenfatning 167
3. Case 168
4. Sagsprocessen i samværssager 176
4.1. Sagens begyndelse i Statsforvaltningen 176
4.1.1. Vejledningsmøde 178
4.1.1.1 Indkaldelse, visitation og ventetid til vejledningsmøde 178
4.1.1.2 Særlige komplicerede sager 180
4.1.1.3. Mødepligt 182
4.2. Sagens behandling efter et vejledningsmøde 183
4.2.1. Oplysning af sagen, partshøring og børnesamtaler 185
4.2.2. Midlertidige afgørelser 186
4.2.2.1. Ankestyrelsens hjemmel til at træffe midlertidige afgørelser 189
4.3. Udsættelse af afgørelsen 190
4.3.1. Orientering hvis sagen trækker ud 190
4.3.2. Børnesagkyndig rådgivning 190
4.3.3 Anmodning om aktindsigt i egen sag 191
4.4. Sagens afslutning 192
4.5. Genoptagelse 193

4.6. Klage til Ankestyrelsen 195
5. Sagsprocessen i forældremyndigheds- og bopælssager 199
5.1. Oversendelse af sagen til retten 201
5.1.1. Klage over midlertidig afgørelse bortfalder 204
6. Processuelle spørgsmål og overvejelser 205
7. Sammenfatning 207

KAPITEL 8 210

»Rimelige« sagsbehandlingstider ved domstolene 210
1. Lovgivers intentioner om effektivitet ved domstolene 210
2. Tal og statistik 213
2.1. Sagsbehandlingstider i byretterne 213
2.1.1. Sagsbehandlingstid for forældreansvarssager 213
2.1.1.1. 2010-2016 215
2.1.2. Sagsbehandlingstid for almindelige civile sager 216
2.2. Berammelsestider i byretterne 217
2.3. Sagsbehandlingstid for forældreansvarssager – landsretterne 218
2.4. Sagsbehandlingstid for almindelige civile sager - landsretterne 219
2.5. Sagsbehandlingstider i Højesteret 220
2.6. Sagsbehandlingstider i Procesbevillingsnævnet 220
3. Samværssager 221
3.1. Den processuelle ramme for domstolsprøvelsen iht. Grundlovens § 63 221
3.1.1. Forhandlingsmaksimen 222
3.2. Domstolsprocessen 223
3.2.1. Beregning af sagsbehandlingstiden iht. EMRK artikel 6 223
3.2.2. Rettens forberedelse i 1. instans 224
3.2.3. Udsættelse af sagens afgørelse 226
3.2.4. Efter hovedforhandlingen 227
3.2.5. Anke til landsretten og tilladelse til domstolsprøvelse i Højesteret 227
3.3. Oversigt over sagsbehandlingstider 228
4. Forældremyndigheds og bopælsager 230
4.1. Den processuelle ramme for domstolsprøvelse efter retsplejelovens kapitel 42 231
4.2. Domstolsprocessen 231
4.2.1. Beregning af sagsbehandlingstiden 231
4.2.2. Rettens forberedelse i 1. instans 233
4.2.3. Skriftlig sagsbehandling 234
4.2.4. Midlertidige afgørelser 234
4.2.5. Udsættelse af sagens afgørelse 235
4.2.6. Anke til landsretten og tilladelse til domstolsprøvelse i Højesteret 236
5. Opsamling på casen 236
6. Fogedretssager om samvær, forældremyndighed og bopæl 237

6.1. Beregning af sagsbehandlingstid 237
6.2. Om fogedsagen 238
7. Sammenfatning 239

KAPITEL 9 242

Domstolsprøvelse af samværssager 242
1. Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. 242
1.1. Betydningen af sondringen mellem skøn og retsanvendelse for domstolsprøvelsen 243
2. Skønsudøvelsen og de retlige rammer herfor i samværssager 245
3. Domstolenes bedømmelsesgrundlag i samværssager 249
4. Retspraksis 249
4.1. Prøvelsen af forskellige former for retsanvendelse 250
4.1.1. Fortolknings- og hjemmelsspørgsmål 250
4.1.1.2. Sagsbehandlingsregler 251
4.1.1.3. Fundamentale forvaltningsretlige principper 252
4.2. Prøvelsen af skønsmæssige beslutninger 254
4.2.1. Valg og inddragelse af kriterier 254
4.2.1.1. Inddragelse af EMRK som beskyttelseskriterium 260
4.2.2. De faktiske omstændigheder 261
4.2.3. Prøvelsen af elastiske og vage lovbestemmelser 265
4.2.4. Åbenbar urimelig 266
4.3. Forskellige faktorer af betydning for prøvelsesintensiteten 267
4.3.1. Betydningen af parternes tilrettelæggelse af sagen 267
4.3.2. Samværsafgørelsens karakter 268
4.4. Hvilken afgørelse træffer retten? 269
5. Sammenfatning 271

KAPITEL 10 273

Menneskeretlige krav til omfanget af 273

domstolsprøvelsen 273
1. Indledning 273
2. Omfanget af retten til domstolsprøvelse 274
2.1. Menneskeretsdomstolens og Kommissionens tidlige konventionspraksis 274
2.2. Menneskeretsdomstolens nyere konventionspraksis 283
2.1.1. Menneskeretsdomstolens testelementer 293
2.1.1.1. Den nationale domstols beføjelser 294
2.1.1.2. Sagstypen i relation til den påklagede afgørelse 294
2.1.1.3. Omstændighederne hvorunder afgørelsen er blevet truffet 298
2.1.1.4. Tvistens genstand som den fremstår for den nationale domstol 301
2.3. Sammenfatning 304

2.4. Konventionspraksis om familieretlige sager 307
2.4.1. Samvær 307
2.4.2. Undersøgelse om tvangsfjernelse 320
2.4.3. Forældremyndighed 322
2.4.4. Adoption 323
2.4.5. Plejefamilie 324
2.4.6. Sammenfatning 327
2.5. Diskussion om fortolkningen af konventionspraksis 328
2.5.1. Doktrinen om »fuld jurisdiktion« 328
2.5.2. Rækkevidden af W. v. Storbritannien 334
2.5.3. Rækkevidden af Bryan v. Storbritannien 342
2.6. Konklusion – EMRK artikel 6 må læses på to måder 345

KAPITEL 11 347

Domstolsprøvelse af samværssager og de menneskeretlige krav: sammenholdelse 347
1. Er der diskrepans? 347
1.1. Denne ene fortolkning af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis 347
1.1.1. Konventionspraksis om samværssager 348
1.1.2. Konventionspraksis om forældremyndighedssager 350
1.2. Den anden fortolkning af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis 352
1.3. Om efterprøvelse af proportionalitetsprincippet 354
1.4. Om tvistens genstand som den påberåbes for danske domstole 354
2. Kan og bør formodningsprincippet af anvendes af danske domstole? 354

KAPITEL 12 357

Opsamlingskapitel 357

1. KONKLUSION 357
1.1. Domstolsprøvelse 357
1.2. Rimelige sagsbehandlingstider 359
1.3. Afsluttende bemærkninger 362

RESUMÉ 363

ABSTRACT 366

LITTERATURLISTE 369

BILAGSOVERSIGT 392

Kapitel 1

Introduktion

Emnet for denne afhandling er domstolsprøvelse og sagsbehandlingstider i sager om forældremyndighed, bopæl og samvær, idet dette antages at være særlig problematisk retligt set i Danmark. Dette skyldes mange forskelligartede forhold.

I dette indledende kapitel gives introduceres problematikkerne, og der redegøres for afhandlingens formål og relevans. I den forbindelse fastlægges afhandlingens problemformulering, og der foretages en emneafgrænsning.

1. Den faktuelle virkelighed i tal

Problemstillingens omfang tager afsæt i det faktum, at skilsmissetallene i Danmark er faktuelt høje i forhold til mange andre lande. I 2015 blev 16.547 par skilt.[1] En lang række samlevende par med børn flytter tilsvarende fra hinanden. Mange børn har derfor to forældre, som hverken danner par eller bor sammen. I forbindelse med samlivsbruddet skal det afgøres, hvor barnet skal have sin primære bopæl. Der skal laves en aftale eller træffes en afgørelse om samvær, og det skal besluttes, om der skal ske en ændring af, hvem der er indehaver af forældremyndigheden. Forældrene kan i sagens natur blive uenige herom både ved bruddet og på et senere tidspunkt.

Et stort antal af forældremyndigheds-, bopæls- og samværssager, også kaldet *forældreansvarssager*, bliver afgjort i retssystemet. I 2016 blev der i Statsforvaltningen afgjort 19.024 sager om samvær, der blev registreret 13.591 sager om forældremyndighed samt behandlet 12.205 sager om forældremyndighed og bopæl.[2]

Ankestyrelsen afgjorde i 2016 i alt 80 sager om forældremyndighed og bopæl samt 1005 sager om samvær.[3]

Byretterne afsagde i 1. halvår af 2016 dom i 920 forældreansvarssager.[4] Landsretterne har ikke det særskilte tal for forældreansvarssager, idet sagerne statistisk grupperes med andre familieretlige sager. Men der blev i h1. halvår af 2016 afslut-

[1] Kilde: Danmarks statistik. Tallet vedrører skilsmisse og opløste partnerskaber. (Fremsøgt 16.8.2016). Tallene for 2016 er ikke opgjort.

[2] *Tal fra Statsforvaltningen*. Se bilag.

[3] *Tal fra Ankestyrelsen*, Familieret 2016:4, Nøgletal.

[4] Domstolenes *Statistik for civile sager – 1. halvår 2016. Afgørelsestyper inden for sagskategorien forældreansvarssager og ægteskabssager*. Tallene fra 2. halvår 2016 er ikke offentliggjort.

tet 140 ankesager om ægteskab mv. i Vestre Landsret, og 203 ankesager i Østre Landsret.[5]

2. Barnets bedste og hurtig sagsbehandling

Sagsbehandlingen af alle disse forældreansvarssager skal ske med barnets tarv for øje ved at sikre barnets ret til et familieliv med begge forældre. I juridisk terminologi anvendes *»barnets bedste«* som et altafgørende begreb. En international anderkendelse heraf har afsæt i Børnekonventionen, som også er relevant retskilde i dansk ret. Barnets bedste er et bagvedliggende hensyn og har karakter af at være det vigtigste *materielle* hensyn for behovet for hurtige afgørelser i familieretten, hvor børn er involveret.

En meget vigtig faktor, der kan have betydning for barnets bedste, er nemlig den *tid* sagens behandling tager hos de involverede myndigheder. En for lang sagsbehandlingstid kan være konfliktoptrappende, det kan være belastende for både barn og forældre, og der skal måske betales for advokatbistand og børnepsykolog i perioden.

Tidsfaktorens betydning skal dog navnlig ses i forhold til, at en afgørelse vil have udgangspunkt i, at barnets bedste oftest vil være at fastholde *status quo*. Hvis fx faren tilbageholder barnet hos sig eller flytter langt væk fra moren, vil denne adfærd kunne skabe behov for en hurtig afklaring, idet morens samvær og kontakt med barnet hindres. Hvis der ikke kan træffes en hurtig afgørelse og heller ikke ske en gennemtvingelse af samværet med barnet, kan det medvirke til, at relationen til barnet ødelægges for den ene forælder. Længden af sagsbehandlingstiden kan dermed blive afgørende for sagens udfald, hvis der træffes en afgørelse, der fastholder status quo for at tage hensyn til kontinuiteten for barnet. Tidsforløbet kan dermed blive en forudsætning for den materielle rigtige afgørelse.

Omvendt kan en for kort sagsbehandlingstid også have betydning for den materielle rigtige afgørelse. Hvis sagsbehandlingen sker for hurtigt, kan der være risiko for, at sagen ikke oplyses på tilstrækkelig vis, og at der ikke er tilstrækkelig tid til at få advokathjælp.

Overordnet set er det således med andre ord vigtigt, at der derfor tages hensyn til, at tidsforløbet i denne type af sager ofte har stor betydning for afgørelsens materielle rigtighed og dermed barnets bedste – herunder også risiko for barnets psykiske velbefindende – og barnets relation til en eller begge forældre. Det forhold, at sagen trækker unødig lang ud, vil også kunne påvirke forældrenes liv på negativ vis og dermed også kunne udfordre deres forældreevne.

[5] Domstolenes statistik for *Sagsudviklingen ved landsretterne, Civile sager 2010-1. halvår 2016*. Tallene fra 2. halvår 2016 er ikke offentliggjort.

3. De processuelle rammer

De retlige rammer for sagsprocessen har i sagens natur betydning i relation til behovet for en hurtig sagsbehandling. På det familieretlige område med forældreansvarssager har reglerne været ændret flere gange de seneste år.

Selve *sagsprocesse*n i sager om forældremyndighed, bopæl og samvær starter i dag i *Statsforvaltningen*, jf. forældreansvarslovens § 31, stk. 1. Sagerne kan som hovedregel indbringes for danske domstole, herunder kan der ske eksekvering af afgørelserne i fogedretten, men selve *domstolsprøvelsen* i de enkelte sagstyper har dog ikke samme karakter.

Domstolenes kompetence til at træffe afgørelse træder i kraft, hvis der er uenighed mellem forældrene. Dette gælder dog alene for forældremyndigheds- og bopælssager, hvor der i forældreansvarsloven er hjemlet en direkte adgang til domstolsprøvelse. Samværssager kan derimod ikke indbringes direkte for domstolene, jf. forældreansvarslovens § 39, stk. 2 og § 40, stk. 1, modsætningsvis, men kan påklages til *Ankestyrelsen*. Domstolenes kompetence i samværssager er derfor begrænset til en domstolsprøvelse efter Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. om domstolskontrol af forvaltningens afgørelser. Samværssager har med andre ord ikke den samme sagsproces som forældremyndigheds- og bopælssager.

Der er alene indbragt 10 samværssager for domstolene i medfør af Grundlovens § 63.[6] Første gang var angiveligt i 1996, mens kun fire af sagerne er afgjort efter den i 2007 vedtagne forældreansvarslov.[7]

Det betyder, at et meget stort antal af danske samværssager i realiteten ikke bliver afgjort af en *domstol*. Det betyder samtidig, at forældre i samværssager ikke kan få fri proces eller få beskikket en advokat ved sagsbehandlingen ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen[8], og der er ikke samme mulighed for at føre bevis, herunder heller ikke afhøring af parterne og vidneførelse under strafansvar. På trods heraf kan Statsforvaltningens og Ankestyrelsens afgørelser om samvær gennemtvinges gennem fogedretten. Der er dermed overordnet set ikke i samværssager de samme retsgarantier som i forældremyndigheds- og bopælssager.[9]

Kompetencefordelingen mellem Statsforvaltningen og domstolene i forældreansvarssager har imidlertid *i årenes løb* været ændret flere gange. I skrivende stund er

[6] Det har kun været muligt at finde følgende sager: TFA1997.181Ø, TFA2000.194/3Ø/3Ø, TFA2000.252V, U2004.2764H, U2006.1623Ø, U2007.673Ø, TFA2015.45Ø, TFA2015.465V, utrykt dom afsagt 4.9.2015 af byretten i Aarhus med sag nr. BS 10-2290/2014, og utrykt dom afsagt den 22. september 2016 af Retten i Aarhus med sagsnr. BS 7-255/2016. De utrykte afgørelser er indhentet ved aktindsigt hos Ankestyrelsen. Det kan dog ikke udelukkes, at der er flere utrykte afgørelser herom.

[7] Lov nr. 499 af 6.6.2007, Forældreansvarsloven, der trådte i kraft den. 1.10.2007.

[8] Modsat som i forældremyndigheds- og bopælssager, jf. retsplejelovens § 449.

[9] Jf. også Pia Deleuran (red.), *Familiesager om forældremyndighed, bopæl og samvær – samt eksekvering af disse – i det administrative og retlige system*, i Forældreansvarsloven – hvad blev der af barnets tarv, Temahæfte 3, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2011, side 11 f.

der endnu en gang lagt op til en ændring af den nuværende kompetencefordeling. De politiske partier i Folketinget forhandler om et nyt system for skilsmissefamilier. I regeringens udspil »Ét system for skilsmissefamilier« er der tilkendegivet et ønske om at samle alle de familieretlige sager i ét system med en enkel og ny klagestruktur, således at familierne ikke skal være i kontakt med flere myndigheder omkring de samme problemstillinger.[10]

Hensynet til, at sagerne skulle behandles det samme sted, blev tilsvarende fremhævet, da strukturreformen *i 2007* blev udmøntet på det familieretlige område. Der blev da lavet én fælles indgang i Statsforvaltningen for opløsning af ægteskaber og afklaring af uenighed om forældremyndighed med øget fokus på forligsbestræbelser.[11] Det blev i den forbindelse også indført, at samværssager i visse tilfælde kunne indbringes for domstolene sammen med forældremyndighedssagen, hvilket ikke havde været muligt før 2007. Dette skete bl.a. med henvisning til at forkorte sagsbehandlingstiden og undgå dobbeltbehandling af sagerne.[12] Der blev endvidere i lovbemærkninger fremhævet retssikkerheds- og menneskerettighedssynspunkter, idet lovgiver fandt, at det var vigtigt, at forældrene i disse sager var sikret adgang til en domstolsprøvelse med de retsgarantier, der følger med.[13] Samme hensyn fremhævedes i lovbemærkningerne, da den nye forældreansvarslov i 2007 trådte i kraft.[14] Men samværssager, der *ikke* også blev ført i forbindelse med en forældremyndigheds eller bopælssag, kunne uanset fortsat ikke efterprøves ved domstolene.

Hensynet til sagsbehandlingstiden blev også fremhævet i lovbemærkningerne *i 2012*, hvor forældreansvarsloven igen blev ændret. Problemer med, at endelige afgørelser om samværssager trak ud, medvirkede til, at kompetencefordelingen mellem domstolene og Statsforvaltningen igen blev lavet om, således at Statsforvaltningen fik enekompetencen til at træffe afgørelse i sager om samvær. Dette er retstilstanden, som den er i dag.

Det blev i lovbemærkningerne til 2012-lovændringen anført, at formålet var at sikre, at sagerne ikke trak i unødigt i langdrag på grund af det forumskifte, der skete mellem Statsforvaltningen og domstolene. Den delte kompetence i samværssager havde medført, at det ikke var helt muligt bl.a. at indfri forventningerne om kortere sagsbehandlingstid. Der var ofte behov for, at samværssagen startede på ny pga., at forholdene var ændret umiddelbart efter rettens dom. Dette kunne medvirke til, at

[10] Regeringens udspil om *Ét system for skilsmissefamilier*, september 2016. Se også Kommissorium for arbejdsgruppen vedrørende en ny enstrenget struktur på det familieretlige område, 3.10.2016. Arbejdet forventes afsluttes foråret 2017.

[11] Jf. lov nr. 525 af 24.6.2005, *Ændring af lov om forældremyndighed og samvær, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love. (Udmøntning af kommunalreformen på det familieretlige område)*. Se afsnit 1 i de almindelige bemærkninger.

[12] Afsnit 3.6 i de almindelige bemærkninger til lov nr. 525 af 24.6.2005.

[13] Afsnit 3.1.3 i de almindelige bemærkninger til lov nr. 525 af 24.6.2005.

[14] Jf. afsnit 2.1.2.2 i bemærkningerne til lov nr. 499. af 6. juni 2007.

sagen trak ud, idet det var nødvendigt at genoptage sagen. Samværssagen skulle derfor igen behandles i Statsforvaltningen.[15] De menneskeretlige hensyn nævnes imidlertid ikke i lovbemærkningerne til denne seneste ændring af kompetencefordelingen i 2012.[16]

Sagsbehandlingstiden for forældreansvarssagerne har dog alligevel efterfølgende været kritiseret. Det skyldes navnlig, at sagsbehandlingstiden ældreansvarssagerne ikke blot i Statsforvaltningen, men også i Ankestyrelsen har været genstand for en offentlig kritik og bevågenhed – ikke mindst i pressen.[17]

Med afsæt i bl.a. denne kritik blev forældreansvarsloven i efteråret 2015 igen blevet ændret for at imødegå den kritik, der har været omkring samarbejdschikane i forbindelse med afgørelser om samvær i Statsforvaltningen.[18] Formålet hermed har været at sikre forældrenes loyale medvirken og imødegå de problemer, der opstår, når sagens proces og afklaring forhales. Et af hovedproblemerne var altså igen sagsbehandlingstiden, men her var fokus på de situationer, hvor én af forældrene er hovedårsagen til, at en konkret sag trækkes ud med stor risiko for, at afgørelsen ikke kan afsluttes til barnets bedste. Den lovgivningsmæssige løsning blev bl.a. at indføre en obligatorisk mødepligt for parterne i Statsforvaltningen.[19]

[15] Afsnit 3.3.1.2 i de almindelige bemærkninger til lov nr. 600 af 18.6.2012.

[16] Afsnit 6 i de almindelige bemærkninger og lovbemærkninger til nr. 15 og 16 (§ 38) i lov nr. 600 af 18.6.2012.

[17] Se Statsrevisorerne 2013-14, *Beretning om sagsbehandlingstider ved omstruktureringen af statsforvaltningerne*, nr. 19/2013 af 25.6.2014. Fra dagspressen se fx *»Ventetider i skilsmissesager strider mod international lovgivning«*, torsdag d. 31.1.2013, fra http://www.b.dk/nationalt/ventetider-i-skilsmissesager-strider-mod-international-lovgivning (set 12.8.2016), Mette Katrine Larsen, Radio24svv, *»Langsom sagsbehandling koster hvert år mere end 500 børn retten til at se deres forældre«*, tirsdag d. 13.5.2014, fra http://www.b.dk/nationalt/langsom-sagsbehandling-koster-hvert-aar-mere-end-500-boern-retten-til-at-se-deres (set 12.8.2016) og Kirsten Nilsson, *»Statsforvaltningens ansatte klager over tidspres«*, fra http://politiken.dk/indland/ECE2572393/statsforvaltningens-ansatte-klager-over-tidspres/ (set d. 12.8.2016). Se også svar fra tidligere direktør Jens Møller, Folketingets Ombudsmand, (http://www.barnetstarv.nu/ombudsmanden_svar_jan_2010.pdf) til advokat Pia Deleuran m.fl. i forbindelse med en opfordring til ombudsmanden, på vegne af Barnetstarv.nu, om en egen drift undersøgelse af Statsforvaltningens og Familiestyrelsens (nu Ankestyrelsen) sagsbehandling af forældremyndigheds- og samværssager. Ombudsmanden valgte ikke at foretage en undersøgelse, idet der ikke var tale om, at myndighederne var i retsvildfarelse omkring regelgrundlaget, herunder om forvaltningsloven og god forvaltningsskik, men bemærkede bl.a., at en årsag til lange sagsbehandlingstider kan være en følge af den rationaliseringsbølge, som advokaten selv havde nævnt i sin henvendelse.

[18] Jf. lov nr. 103 af 19.3.2015, *Ændring af forældreansvarsloven og retsplejeloven (Imødegåelse af samarbejdschikane m.v.)* Lovændringen er en udmøntning af en politisk aftale indgået den 3.9.2014 mellem regeringen, Venstre, Dansk Folkeparti, Socialistisk Folkeparti, Enhedslisten, Liberal Alliance og Det Konservative Folkeparti.

[19] De almindelige bemærkninger til lov nr. 103 af 19.3.2015, afsnit 1.

Ændringerne af *forældreansvarsloven de seneste 10 år*, har således som et gennemgående tema haft til formål at sikre en hurtigere sagsbehandling. Retten til domstolsprøvelse har dog kun været nævnt i lovbemærkningerne til den familieretlige strukturreform fra 2007, og ved indførelsen af den nye forældreansvarslov i 2007.

4. Menneskerettens betydning

I denne afhandling er der således fokus på sagsbehandlingstider og retten til domstolsprøvelse i danske forældremyndigheds-, bopæls- og samværssager, hvilket i sagens natur, også indeholder et *europæisk menneskeretligt perspektiv*.

Set ud fra et menneskeretligt – og dermed også et dansk – perspektiv er sagsbehandlingstider og domstolsprøvelse to meget vigtige problematikker, idet der er tale om nogle *grundlæggende rettigheder*, som danner fundamentet for et effektivt og retfærdigt retssystem i et demokrati.

På grund af disse sagers karakter kræves et *velfungerende retssystem* – for navnlig at bevare et godt forhold mellem barn og forælder – af hensyn til parterne, herunder især af hensynet til barnets bedste. Sagsbehandlingstider og domstolsprøvelse er vigtige, grundlæggende retsgarantier i forhold til at sikre barnets bedste.

Det er vist i udgangspunktet en generel antagelse i den juridiske litteratur, at Danmark i forhold til retten til en domstolsprøvelse holder sig på god afstand fra at krænke Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter EMRK).[20] Denne antagelse skal formentlig ses i relation til, at EMRK blev inkorporeret i dansk ret i 1992 med en overordnet forudsætning om, at dansk ret formodes at være i overensstemmelse med EMRK og den dertilhørende konventionspraksis.[21]

Udgangspunktet for retsanvendelsen af EMRK, herunder Statsforvaltningens, Ankestyrelsens og domstolenes retsanvendelse, har sit afsæt i *»formodningsprincippet«*.[22] Herved forstås, at disse myndigheder kan arbejde ud fra den formodning,

[20] Niels Fenger, Forvaltning & fællesskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1. udg., 2004, side 813, Erik Werlauff, *Europæiske Menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., Gjellerup, 2010, side 179, René Dejbjerg Pedersen, *Det forvaltningsretlige skøn*, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 262 f. og Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Publishers, 2009, side 374. Se også Socialministerens svar på spørgsmål nr. S 1206 stillet af Ejvind Vesselbo (V), d. 1.4.2014, sagsnummer 2014 – 2696, vedrørende om ændringerne af forældreansvarsloven i 2012 bryder med gældende menneskerettighedskonventioner.

[21] Ved lov nr. 285 af 29.4.1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (Inkorporeringsloven).

[22] Som det nævnes af Marianne Holdgaard, *Modafhøring af vidner*, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, side 41 og 56, med en henvisning til Søren Stenderup Jensen, *The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1992, side 14 og 19-23. Se også Jens Vedsted-Hansen, *Inkorporering af menneskerettighedskonventioner – realitet og symbol*, i Gorm Toftegaard Hansen m.fl., Festskrift til Carl Aage Nørgaard, 1. udg., Jurist- og

at lovgiver løbende ændrer retsreglerne, og at de retsanvendende myndigheder følgelig kan gå ud fra, at retsreglerne er i overensstemmelse med menneskerettighederne, som de løbende fortolkes af Menneskeretsdomstolen. Princippet, som er behandlet nærmeret i kapitel 3, er fremhævet som gældende dansk ret både i lovbemærkningerne og i betænkningen til Inkorporeringsloven.[23]

Ganske få jurister har imidlertid gjort *opmærksom på problematikken*, om hvorvidt domstolsprøvelsen af samværs- og forældremyndighedssager i Danmark opfylder de menneskeretlige krav.[24] Grænsen mellem den retsanvendelse, der kan prøves af domstolene, og det skøn, der kan lægges (uprøvet) til grund i henhold til Grundlovens § 63, har været og er stadig genstand for diskussion og kritik i den retsvidenskabelige debat.[25] Problematikken om omfanget og intensiteten af domstolsprøvelsen af skønsprøvelsen er essentiel i relation til samværssager, både set fra et nationalt og menneskeretligt perspektiv. Spørgsmålet er til dels, hvor intensiv domstolsprøvelsen af samværssager *er* i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt., og til dels hvor intensiv en domstolsprøvelse af samværssager *kræves* der at være efter Menneskeretsdomstolens konventionspraksis.

5. Emneafgrænsning

I afhandlingen vil *retten til en domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i forældremyndigheds-, bopæl- og samværssager i Danmark so*m sagt blive analyseret og vurderet.

For at kunne lave denne analyse tages der i afhandlingen afsæt i sagsbehandlingen i disse forældreansvarssager, som således har været igennem en del ændringer i bestræbelserne på at sikre effektivitet, retssikkerhed og retfærdighed i sagsbehand-

---

Økonomforbundets Forlag , 2004, side 382. Se også Jens Vedsted- Hansen og Ida Elisabeth Koch i Menneskerettigheder og Magtfordeling, om *Internationale Menneskerettigheder som konfliktkilde i national ret*, Magtudregningen, Aarhus Universitetsforlag, 2004, side 23-24. Forfatterne analyser EMRK-lovens forudsætninger, herunder problematikkerne ved denne formodning om dansk rets overensstemmelse med EMRK, dog uden at gøre brug af begrebet »formodningsprincip«.

[23] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992 afsnit 4.3.1. og bet. nr. 1220/1991, side 149-150, 154 og 196.

[24] Jf. Maria Fonseca og Marianne Holdgaard, *EMRK artikel 6 og dansk familieret*, i Thomas Gammeltoft-Hansen. Protecting the Rights of Others, Festskrift til Jens Vedsted Hansen, side 237-238, Peer Lorenzen i, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer* (Bind 1), 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2011, side 500, samt Marianne Holdgaard, *Right to access to one's child or the child's right not to see one of its parents*, Paper til 12th World Conference of the International Society of Familiy Law, 2005, side 666.

[25] Se bl.a. den nye litteratur på området: Nick Storm Stausholm, *Skøn under regel*, Karnov Group, 1. udg., 2015, René Dejbjerg Pedersen, *Det forvaltningsretlige skøn*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1. udg., 2006, Trine Schultz, *Retsanvendelse og skøn*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1. udg., 2004, og René Dejbjerg Pedersen og Rasmus Skovsgaard Haugaard, *Domstolsprøvelse – afskæring og begrænsning*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1. udg., 2001.

lingen. Alene sager om uenighed om selve spørgsmålet om placeringen af forældremyndigheden, bopælen og/eller omfanget af samværet, der er en følge af en samlivsophævelse eller en skilsmisse, behandles.

Forældreansvarsloven er således det overordnede afsæt for afhandlingens analyse, dvs. afhandlingen har en familieretlig vinkel. Lovens *hovedprincipper*, som de retsanvendende myndigheder vedvarende skal holde sig for øje under sagsbehandlingen, er, at barnet har ret til begge forældre, og at alle afgørelser skal træffes ud fra barnets bedste, jf. forældreansvarslovens § 4. Tilsvarende hensyn findes i *Den europæiske Menneskerettighedskonvention* (herefter EMRK) samt tillige i andre menneskeretlige konventioner.

For fuldstændigt at kunne afdække og analysere retten til en domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i forældremyndigheds-, bopæl- og samværssager i Danmark, må andre retskilder inddrages. Dette gælder for det første Grundloven. *Grundloven* indgår også i analysen, idet samværsafgørelser truffet af Statsforvaltningen alene kan indbringes for domstolene i medfør af Grundlovens § 63. Enkelte aspekter af statsforfatningsret indgår derfor som en naturlig del i analysen.

Som en processuel ramme for forældreansvarssagernes sagsbehandling behandles, foruden de processuelle regler i forældreansvarsloven, også forvaltningsloven og retsplejeloven.

Forvaltningsloven fastlægger krav om, at visse retsgarantier overholdes ved sagsbehandlingen af forældreansvarssager, ligesom kravet om god forvaltningsskik i visse tilfælde skal iagttages i det omfang, retsreglerne ikke længere dækker. Dette gælder fx sagsbehandlingstider, og Folketingets Ombudsmand har udviklet visse parametre kriterier for en vurdering af, om en sagsbehandlingstid har været rimelig. Derfor indgår en analyse af disse parametre i afhandlingen.

Retsplejeloven indeholder generelle regler, der skal sikre effektivitet, retssikkerhed og retfærdighed i domstolsbehandlingen. Loven har derudover et særskilt kapitel 42 om sagsbehandlingen af forældremyndigheds- og bopælssager ved domstolene. Endvidere gælder retsplejelovens almindelige bestemmelser for rettergangsmåden i samværssager, der bliver indbragt for domstolene i medfør af Grundlovens § 63.[26]

Den internationale beskyttelse af menneskeretten er forankret i forskellige internationale konventioner. I Danmark har menneskeretten i kraft af den internationale udvikling fået en øget betydning, som i det store hele skyldes EMRK og den tilhørende konventionspraksis.[27] Det gælder især efter, konventionen i 1992 blev inkorporeret i dansk ret og blev en retskilde på lige fod med øvrig dansk lovgivning. EMRK er den eneste menneskeretlige konvention, som Danmark retligt er bundet af, og hvortil der også er knyttet et retligt kontrolorgan, hvis afgørelser er retlige

[26] Se fx også Sten Bønsing, *Almindelig Forvaltningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 3. udg., 2013, side 405 ff.

[27] Jens Elo Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder*, 2. udg., Karnov Group, 2016, side 28.

bindende. [28] Denne konventionspraksis er i en dynamisk udvikling, hvorfor gældende ret fortløbende må vurderes.

EMRK *artikel 6, stk. 1 om retten til en retfærdig rettergang* og *artikel 8 om retten til respekt for familieliv og privatliv mv.* er de vigtigste bestemmelser i relation til denne afhandling.

Både EMRK artikel 6 og 8 kræver, at bestemte retsgarantier, herunder en *rimelig sagsbehandlingstid*, opfyldes ved sagsbehandlingen af en forældreansvarssag. EMRK artikel 6 kræver endvidere, at der *adgang til en domstolsprøvelse*, som opfylder visse fastlagte krav i bestemmelsens ordlyd og i konventionspraksis. Derfor må disse hensyn og retsgarantier også indgå i analysen af afhandlingens hovedproblemstillinger. EMRK artikel 13 om adgangen til effektive retsmidler behandles i den forbindelse som udgangspunkt ikke, men nævnes hvor den kan have relevans for afhandlingens emne.

Hos Menneskeretsdomstolen er der udviklet en ganske omfattende konventionspraksis om rimelig sagsbehandlingstid i EMRK artikel 6, stk. 1. Det samme ses at være tilfældet med EMRK artikel 8 i familieretlige sager. EMRK artikel 6 er den mest påberåbte bestemmelse hos Menneskeretsdomstolen netop på grund af klager om for lange sagsbehandlingstider. Det samme gælder hos danske domstole. EMRK Artikel 6 påberåbes navnlig i forbindelse med spørgsmålet om krænkelse af rimelig frist kravet, og EMRK artikel 8 påberåbes i forskellige typer af familieretlige sager – mens de øvrige menneskeretskonventioner ikke påberåbes i samme udstrækning. *En afklaring af retstilstanden* inden for denne afhandlings emne bør derfor ske også ved en anvendelse af EMRK artikel 6, stk. 1 og artikel 8, stk. 1.

I afhandlingen inddrages FN's Børnekonvention og den dertilhørende FN-konvention »the Exercise of Children's Rights«, konventionen om udøvelse af barns rettigheder derfor alene i et begrænset omfang.[29] Konventionernes bestemmelser er fokuseret mod børns behov og er langt mere detaljerede end EMRK. Fokus i afhandlingen er som nævnt ikke på børns menneskerettigheder generelt, men på de rettigheder, der gælder i relation til domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i sager, hvor forældre som parter fører en sag omfattet af forældreansvarsloven. Derudover findes der ikke på nuværende tidspunkt en nævneværdig

[28] I 2015 ratificerede Danmark den valgfrie protokol om FN's komité om rettigheder for personer med handicap. Ratifikationen har gjort det muligt for enkeltpersoner og grupper af personer at klage til FN's komité, hvis det finder, at Danmark har krænket deres rettigheder i henhold til FN's handicapkonvention. Se bekendtgørelse nr. 8 af 21.8.2015 om *valgfri protokol af 13. december 2006 til konventionen af 13. december 2006 om rettigheder for personer med handicap*

[29] FN's Børnekonvention af 20.11.1989. Ratificeret af Danmark den 31.5.1991. Se Bekendtgørelse nr. 6 af FN-konvention af 20. november 1989 om Barnets Rettigheder, 16.1.1992. FN's konvention om »the Exercise of Children's Rights«, nr. 160, er vedtaget af FN den 25.1.1996 med ikrafttrædelse 1.7.2000, men er ikke ratificeret af Danmark.

praksis fra FN's Børnekomité. Komitéen har alene siden 14. april 2014 gennem individuelle klagesager haft adgang til at præcisere indholdet og omfanget af medlemsstaternes forpligtelser og de deraf følgende rettigheder for borgerne.[30]

FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder (VM) artikel 10 og 11, FN's konvention om civile og politiske rettigheder (CPR) artikel 14 samt EU's Charter om grundlæggende rettigheder (EUC) artikel 47, der i det væsentligste svarer til EMRK artikel 6, inddrages ikke i afhandlingen.

Dette skyldes, at VM ikke indeholder en beskyttelse mod langvarige retssager, og anvendelsesområdet for en retfærdig rettergang inden en rimelig frist i CPR artikel 14 omhandler kun straffesager.

Anvendelsesområdet for en rettergang inden for en rimelig frist i EUC artikel 47 er bredere end i EMRK artikel 6, stk. 1. Anvendelsesområdet i EUC er ikke indsnævret til »borgerlige rettigheder og forpligtelser« eller en strafferetlig »anklage«, men omfatter »enhver« rettighed, jf. bestemmelsens ordlyd. EUC finder dog kun anvendelse på medlemsstarter, når de gennemfører EU-retlige retsakter, jf. charters artikel 51(1).[31] I denne afhandling behandles imidlertid ikke lovgivning, hvor der er sket en implementering af EU-retlig retsakt.

Det er således *processuelle regler*, som danner den overordnede ramme for denne afhandling, idet afhandlingens emne vedrører domstolsprøvelse og sagsbehandlingstider. I afhandlingen *anvendes* processuelle regler, som gælder i forbindelse med sagsbehandlingen ved domstolene, Statsforvaltningen og Ankestyrelsen.

De materielle regler inden for forældreansvarslovens område behandles derfor som udgangspunkt ikke, men de vil dog blive omtalt i det omfang, de har betydning for fremstillingens emne.

Opdelingen mellem processuelle regler og materielle regler har været diskuteret i teorien. Reglerne, hvad enten de er formuleret som materielle eller som processuelle bestemmelser, har det samme formål, nemlig retshåndhævelse. De procesretlige reglernes formål er derudover at sikre gennemførelsen af den materielle ret.[32] Sagsbehandlingsregler, det vil sige de processuelle regler, skal og bør hjælpe og føre til materielle rigtige afgørelser. En materiel ret uden nogen mulighed for håndhævelse vil pr. definition ikke være en reel retsgaranti.[33] Tilsvarende vil mindre hensigts-

[30] Betænkning nr. 1546, *Inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet*, København, 2014, side 213 f. Ved folketingsbeslutning, nr. B 78, af 7.5.2015, ratificerede Danmark FN's Børnekonventions valgfrie protokol af 19.12.2011. Det betyder, at danske børn har mulighed for at klage direkte til børnekomitéen over eventuelle krænkelser af Børnekonventionen. Se Marianne Nørregaard, *Børnevenlig retspleje – Børns menneskerettigheder i retsplejeloven*, Karnov Group, 1. udg., 2016, der har fokus på processen ved politiet og domstolene og disses anvendelse af menneskerettighederne, herunder børnekonventionen, i sager der involverer børn.

[31] Jonas Christoffersen, EU's Charter om Grudlæggende rettigheder, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2014, side 456 ff.

[32] Jf. Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 7. udg., Karnov Group, 2013, side 24.

[33] Jf. Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2013, side 22.

mæssige processuelle nationale regler fx kunne medføre en langsom sagsbehandling, der vil kunne medføre en et tab af en materiel ret som fx retten til samvær med sit barn. Det er således klart, at processuelle regler præges af de materielle regler. Derfor skal og kan grænsen herimellem næppe trækkes skarp op.[34] Det samme ses at gælde i Menneskeretsdomstolens konventionspraksis, hvor grænsen mellem de materielle og processuelle rettigheder i nogle tilfælde udviskes, hvilket således bl.a. ses ved, at der indfortolket processuelle rettigheder i EMRK i 8, der ellers betegnes som en materiel bestemmelse.[35]

Dette kan konkret illustreres ved, at materielle regler, fx barnets bedste har ikke et direkte hovedfokus i afhandlingen, men nogle steder behandles det materielle. Fx kan man sige, at en analyse af retspraksis efter Grundlovens § 63 vedrører en vurdering af den indholdsmæssige del af domstolsprøvelse – prøves skønnet? – mens retsplejelovens regler danner den processuelle ramme for domstolsprøvelsen efter § 63, bl.a. hvilke beviser kan der føres, hvem skal oplyse sagen mv.

6. Formål

Det er afhandlingens *overordnede formål* at afdække den gældende retstilstand for retten til en domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i danske forældreansvarssager, herunder i videst mulige omfang at vurdere, hvorvidt EMRK art. 6 og 8 reelt overholdes også i konkrete sager.

Domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider hænger uløseligt sammen, når de ses i et menneskeretligt perspektiv. EMRK artikel 6, stk. 1 fastslår nemlig retten til en domstolsprøvelse indenfor en rimelig frist i sager, som vedrører partens borgerlige rettigheder. At få sin sag afgjort – indenfor en rimelig frist – forudsætter derfor, at der foreligger en domstolsprøvelse i den konkrete sag.

Vurderingen af retten til en at få sin sag afgjort inden for en rimelig frist kan imidlertid også vurderes af andre danske retslige regulering, herunder god forvaltningsskik.

Analysen sker med *afsæt* i den retstilstand, der blev indført ved ændringen af forældreansvarsloven i 2012, hvor Statsforvaltningen – igen – fik enekompetence til at træffe afgørelser i samværssager, mens domstolene har enekompetence til at træffe afgørelser i sager om forældremyndighed og bopæl.

Retten til en domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i forældreansvarssager kan dog foranledige andre – også menneskeretlige – problematikker som fx adgang til advokatbistand og vidneførelse samt de udøvende myndigheders begrundelsespligt, når afgørelser træffes. Det falder imidlertid uden for denne afhandlings begrænsede rammer at behandle disse problematikker dybdegående, men de vil i et vist omfang blive inddraget, hvor det har relevans. Fokus er alene på en ana-

[34] Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2013, side 24-25.

[35] Se også Marianne Nørgaard, 2016, side 24 f.

lyse af selve omfanget af domstolsprøvelsen af forældreansvarssager og en analyse af kravet om rimelige sagsbehandlingstider og udmøntningen heraf i praksis.

Sagernes antal og karakter samt den *retlige kompleksitet*, der viser sig ved summen af retskilder, der gælder for sagsbehandlingen af forældreansvarssagerne, gør det særdeles relevant at afdække omfanget af retten til en domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider. Dette inkluder således en analyse af hvilke menneskeretlige krav, der stilles til disse to retsgarantier i forældreansvarssager, som Menneskeretsdomstolen fortolker dem i konventionspraksis, herunder i den forbindelse hvorvidt Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstolene kan arbejde ud fra en formodning om, at dansk ret inden for dette retsområde er i overensstemmelse med EMRK.

Formodningsprincippet fra lovbemærkningerne og betænkningen til Inkorporeringsloven indgår dermed også i afhandlingens analyse. Afhandlingens emne foranlediger derudover en inddragelse af, foruden dette internationale perspektiv, flere nationale retsområder. I afhandlingen inddrages naturligt også både familieret, procesret, forvaltningsret og statsforfatningsret, hvor det har relevans.

Heraf følger derfor også, at det er afhandlingens formål at kunne udlede nogle *generelle menneskeretlige standarder*, der skal sammenholdes med og relateres til den øvrige danske lovgivning i forældreansvarssager inden for disse nationale retsområder. De menneskeretlige standarder udledt af Menneskeretsdomstolens praksis skal bruges til at påvise eventuelle uoverensstemmelser mellem EMRK og den øvrige danske lovgivning i forældreansvarssager.

Set ud fra et retsvidenskabeligt perspektiv har EMRK ikke tiltrukket sig samme grad af opmærksomhed inden for visse andre retsområder i dansk ret, som fx i strafferetten. I den juridiske litteratur ses det, at forældreansvarssager kun har været genstand for en sparsom behandling i en EMRK-kontekst.[36]

Lovgiver har endvidere ved tidligere nationale lovreformer i familieretten kun i et begrænset omfang været opmærksom på det menneskeretlige aspekt i forbindelse med forældreansvarsagers behandling, og ved de to seneste ændringer af forældre-

[36] Marianne Holdgaard, *Problemer med menneskerettigheder i familieretten – er forestillingsevne virkelig vigtigere end viden*, i Niels Fenger m.fl., Festskrift til Erik Werlauff, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2012, side 227 og 249-250, og samme forfatter om Right to access to one's child or the child's right not to see one of its parents, Paper til 12th World Conference of the International Society of Familiy Law, 2005, side 666 samt Maria Fonseca og Marianne Holdgaard, *EMRK artikel 6 og dansk familieret*, i Thomas Gammeltoft-Hansen m.fl., Protecting the Rights of Others, Festskrift til Jens Vedsted Hansen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1. udg., 2013, side 231 ff. Se i øvrigt Svend Danielsen, *Børneret- og Menneskeret*, i Politik og Jura, Festskrift til Ole Espersen ved Henning Koch (red.) Forlaget Thomson 2004, side 346.

[36] Sag af 20.12.2001.

ansvarsloven ses menneskeretlige synspunkter ikke at være inddraget som et hensyn.[37]

I relation til retspraksis foreligger der endvidere ingen trykte afgørelser fra danske domstole eller fra Menneskeretsdomstolen, vedrørende (menneskeretlige) problematikker med domstolsprøvelse og sagsbehandlingstider i danske forældremyndigheds-, bopæls- eller samværssager.[38]

På baggrund af ovenstående er det derfor afhandlingens sigte at få skabt *klarhed* over borgerens retsstilling vedrørende domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i forældreansvarssager. I det omfang, der kan påvises uoverensstemmelser mellem EMRK og den øvrige danske lovgivning, samt påvises forskelle mellem lovgivers intentioner på retsområdet, og som lovgivningen udmøntes i praksis, er det ønsket, at afhandlingen skal bidrage til en viden herom således, at dette kan implementeres i dansk lovgivning og/eller retspraksis.

7. Problemformulering

Afhandlingens overordnede problemformulering er dermed følgende:

I hvilket omfang er der i dansk ret i forældreansvarssager en formel og en reel ret til en domstolsprøvelse og til en rimelig sagsbehandlingstid i forældreansvarssager?

I afhandlingen vurderes således både den retlige formelle adgang til en domstolsprøvelse og til en rimelig sagsbehandlingstid, men også hvorvidt der i konkrete sager reelt er en ret til domstolsprøvelse og til en rimelig sagsbehandlingstid.

Sondringen mellem formel og reel ret har således betydning i den forstand, at det vurderes hvorvidt den formelle retlige ramme i tilstrækkeligt omfang sikrer, at retten til domstolsprøvelse og rimelig sagsbehandlingstid udmøntes til en reel og effektiv rettighed i praksis.

I forlængelse heraf analyseres endvidere følgende problemstilling:

Kan og bør formodningsprincippet anvendes af Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstole i danske forældreansvarssager?

[37] I forbindelse med Institut for Menneskerettigheders *høringssvar vedrørende forslag til ændring af forældreansvarsloven og retsplejeloven* (Imødegåelse af samarbejdschikane m.v.), skrevet af Helle Schaumann og Maria Fonseca, 27.10.2014, inddrages menneskeretlige hensyn, men ses således ikke videreført i lovbemærkningerne.

[38] Se også bet. nr. 1407/2001, side 81, hvor det er anført, at EMRK sjældent blev påberåbt i det dagældende Civildirektorats forældremyndigheds- og samværssager, og hvor der kun var observeret to sager.

8. Plan for fremstillingen

I kapitel 2 og 3 redegøres for afhandlingens anvendte metode og retskilder. Kapitel 2 indeholder en overordnet redegørelse heraf, mens kapitel 3 nærmere redegør for og analyserer EMRKs retskildemæssige værdi i Danmark, herunder navnlig inkorporeringslovens forudsætninger og anvendelse i praksis.

I kapitel 4 redegøres for EMRK artikel 6 og 8's anvendelsesområde i forældreansvarssager for at lægge bestemmelsernes anvendelsesområde fast i forhold til analysen af afhandlingens problemstillinger om domstolsprøvelse og rimelig sagsbehandlingstid.

I kapitel 5 behandles den historiske udvikling for kompetencefordelingen mellem Statsforvaltningen og domstolene i forældreansvarssager. Redegørelsen for den historiske udvikling skal bidrag til forståelsen af de bagvedliggende intentioner for ændring af kompetencefordelingen af forældreansvarslovens i 2012.

Kapitel 6 udgør, sammen med kapitel 7 og 8, afhandlingens kerne for problemstillingen om rimelig sagsbehandlingstid. I kapitel 6 foretages en analyse af Ombudsmandens praksis og Menneskeretsdomstolens praksis. Genstanden for analysen er de parametre som Ombudsmanden og Menneskeretsdomstolen inddrager i vurderingen af, om en sagsbehandlingstid har været rimelig, henholdsvis ikke rimelig.

I kapitel 7 og 8 anvendes Ombudsmandens og Menneskeretsdomstolens parametre for sagsbehandlingstidens rimelighed at vurdere og analysere, hvilke sagsskridt i sagsprocessen i hos Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstolene, der kan give anledning til menneskeretlige problematikker. I kapitlerne inddrages også en case, der, er med til at illustrere konkrete problematikker i praksis, navnlig hos Statsforvaltningen

Kapitel 9-11 udgør afhandlingens kerne for problemstillingen om domstolsprøvelse. Kapitel 9 analyserer omfanget af domstolsprøvelsen af samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. med det formål at kunne udlede om kernen af skønnet efterprøves i samværssager.

Kapitel 10 analyserer de menneskeretlige krav til omfanget af domstolsprøvelsen i medfør af EMRK artikel 6. Genstanden for analysen er familieretlige afgørelser og øvrige afgørelser fra konventionspraksis af relevans for at kunne udlede hvilke menneskeretlige standarder, der gælder for domstolsprøvelsen af samværsafgørelser.

I kapitel 11 foretages en sammenholdelse af analysens resultat i kapitel 9 vedrørende domstolsprøvelsen af samværssager med de menneskeretlige krav analyseret i kapitel 10. Omdrejningspunktet i kapitlet er spørgsmålet om, hvorvidt der er en diskrepans mellem EMRK og Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. som den udmøntes i retspraksis ved domstolsprøvelsen af samværssager.

Kapitel 12 er afhandlingens opsamlingskapitel indeholdende en sammenfatning af afhandlingens vigtigste konklusioner, samt afsluttende bemærkninger.

Kapitel 2

Afhandlingens metode og retskilder

I dette kapitel redegøres for den metode og de retskilder, der i afhandlingen er anvendt til brug for analysen af retten til en domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i forældremyndigheds-, bopæl- og samværssager i Danmark.

1. Metode – og lidt refleksioner over »gældende ret«[39]

Det fremgår af kapitel 1, at afhandlingens emne er retten til en domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i forældremyndigheds-, bopæl- og samværssager i Danmark. Til fastlæggelsen heraf anvendes som det klare udgangspunkt i afhandlingen »den *retsdogmatiske teoretiske metode«*[40]

Den retsdogmatiske teoretiske metode retter sig ikke kun mod at udfinde gældende ret ved en beskrivelse, systematisering og analysering heraf, men indeholder også evaluerende og vurderende elementer.[41]

Sten Schaumburg-Müller anfører, at der gjort mange udmærkede forsøg på at definere den teoretiske retsdogmatiske metode.[42] Her nævner han bl.a. Hans Petter Graver, der taler om »en deskriptiv, en analytisk og en normativ behandling«, og Jens Evald, der beskriver den retsdogmatiske metode som også værende teoriudviklende og kritisk. Jens Evald har herom anført, at den kritiske virksomhed er kendetegnet ved »den retsdogmatiske argumentations rigtighed set i forhold til det retlige kildemateriale, og den kritiske virksomhed ligger derfor inden for rammen for retsdogmatisk virksomhed[..]«.[43]

Sten Schaumburg-Müller har med udgangspunkt i bl.a. disse definitioner sammenfattende beskrevet den teoretiske dogmatiske metode på følgende måde:

»Retsdogmatikken involverer *empiri* i form af registrering, indsamling, beskrivelse og en vis kategorisering af data[…], videregående *databehandling* i form af både analyse og syntese (hvor-

[39] Dette afsnit indeholder elementer hentet med inspiration fra min gode kollega Jesper Lindholms udgivet ph.d.-afhandling: *Danske Asylafgørelser – Baggrund, kontekst og analyse*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1. udg., 2014, side 54 ff.

[40] Sten Schaumburg-Müller, *Fem retsfilosofiske teser*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1. udg., 2009, side 370 ff., der sondrer mellem to former for juridisk metode: »teoretisk retsdogmatisk metode« og »juridisk praktisk metode«.

[41] Om den »traditionel angivne retsdogmatiske metode« se bl.a. Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller, *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*, 1. udg., 2004, side 207 og Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori*, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2014, side 86 og 190.

[42] Sten Schaumburg-Müller, 2009, side 410 f.

[43] Jens Evald i *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære*, 1. udg., 2004, side 232.

med fx forstås fremdragning af et mønster inden for retspraksis) og *vurdering* og selvstændig konstruktion enten som kritik af enkelte domme og afgørelser, som mere generel kritik af håndteringen af retten på et område, som mere retspolitiske forslag mv. eller som mere selvstændigt konstruerede generelle forståelser (teorier).«[44]

Fordi den retsdogmatiske teoretiske metode, som det fremgår, er en flersidet virksomhed indeholdende også vurderende elemeter af gældende ret, anvendes denne metodeform i afhandlingen.

Det er således formålet med nærværende afhandling både at udfinde gældende ret af ved en analyse af retten til en domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i forældremyndigheds-, bopæl- og samværssager i Danmark indeholdende vurderende samt kritiske elementer, hvor der gives anledning hertil.

Idet den retsdogmatiske teoretiske metodes opgave er at afdække gældende ret, kan brugen heraf ikke ske uden nærmere at reflektere over, hvordan gældende ret skal forstås. Begrebet har været genstand for en del debat i den juridiske litteratur.[45]

Gældende ret i denne afhandling skal ses i et nutidigt og fremtidigt perspektiv. Den nutidige gældende ret har en implicit fremtidsorientering, idet den kan danne grundlaget for retspolitiske vurderinger af, om den ret der er, er god eller dårlig.[46]

Hvis der i afhandlingens retsdogmatiske analyse for eksempel konstateres en uoverensstemmelse mellem forældreansvarsagers behandling i dansk ret og EMRK, vil der her være et ønske om, at denne retstilstand ændres. Denne forståelse af gældende ret passer godt til det kritiske element, som indgår i anvendelsen af den retsdogmatiske teoretiske metode. En kritik af den gældende retstilstand kan forhåbentlig bidrage til, at de menneskeretlige krav implementeres i sagsbehandlingen af forældreansvarssager både lovgivningsmæssigt og i praksis. Det vil sige, at der åbnes op for, at der i afhandlingen forslås en ændring af den nugældende retstilstand.

I denne forbindelse er der i afhandlingen i forhold til det vurderende og kritiske element fokus på to situationer: 1) gældende ret er uklar og 2) gældende ret er forkert.[47] Herunder indgår naturligt også en vurdering af, om formodningsprincippet

[44] Sten Schaumburg-Müller, 2009, side 411.

[45] Se fx juridisk litteratur af nyere dato Jens Ravnkilde, *Hvordan finder man i tvivlstilfælde ud af, hvad der er gældende ret?*, i U2014B.45, Sten Schaumburg-Müller, *Fem Retsfilosofiske Teser*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1. udg., 2009, side 406 ff., Peter Blume, Rettens Veje og Vildveje – et bidrag til retsteorien, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udg., 2007, side 319 ff. og Preben Struer Lauridsen, *Om ret og retsvidenskab. Lærebog i almindelig retslære*, Gyldendal, 3. oplag, 1996, side 86 f.

[46] Peter Blume, *Rettens Veje og Vildveje – et bidrag til retsteorien*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1- udg., 2007, side 321.

[47] Sten Schaumburg-Müller, 2009, side 413 f. Peter Blume, 2006, side 64 anfører, at man kan være kritisk, når man påpeger, at domstolene ikke er tilstrækkelige lydhøre over for menneskerettighederne, og at dette er intern kritik, fordi disse rettigheder er en del af retten.

kan og *bør* anvendes af Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstolene i forældreansvarssager.

Situation 1) vedrører to tilfælde i afhandlingen. Det første tilfælde vedrører, det forhold, at Menneskeretsdomstolens konventionspraksis kan give anledning til usikkerhed omkring rækkeviden af afgørelserne, og dermed gør den gældende retstilstand mellem EMRK og øvrig dansk ret uklar. Det andet tilfælde omhandler, at jeg alene har fået adgang til få utrykte administrative afgørelser fra Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, hvilket gør det svært konkret at udfinde gældende ret. Situation 2) vedrører både de tilfælde, hvor der kan påvises en uoverensstemmelse mellem EMRK og øvrig dansk ret, og i relation til sagsbehandlingstider, hvor der kan påvises uoverensstemmelser mellem lovgivningen, og som lovgivningen konkret udmøntes i praksis.

Dette giver anledning til i afhandlingens kapitel 12 at komme med nogle afsluttende bemærkninger, som den retsdogmatiske teoretiske analyse giver anledning til.

Bemærkningerne har navnlig forbindelse til den kritiske virksomhed, som Jens Evald nærmere har beskrevet, jf. oven for i dette afsnit. Der vil være en kritik af den retsdogmatiske argumentations rigtighed set i forhold til det retslige kildemateriale inden for afhandlingens emne. Der vil med andre ord være en kritik af den danske retstilstand navnlig set i forhold til EMRK som retskilde i dansk ret.

2. Særlige overvejelser om afhandlingens retskilder

Den retsdogmatiske teoretiske metode har sit udgangspunkt i retskilderne. Der er en generel enighed om, at retskilderne betegnes som og opdeles traditionelt i: Lovgivning, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur.[48]

Der er ikke nogen decideret rangorden mellem disse retskilder, men det er en generel opfattelse, at lovgivningen har prioritet foran de øvrige retskilder.[49] Der er dog ikke tale om en ufravigelig rangorden mellem lovgivningen på den ene side og de øvrige retskilder på den anden side. Lovens forrang for de øvrige retskilder skal blot forstås således, at der skal være særlige grunde for at støtte resultatet på en anden retskilde.[50]

[48] Se bl.a. Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, *Retskilder & Retsteorier*, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014, side 81 samt Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller, 2004, side 277. Se endvidere en ny retskildedebat, der indledtes med Jens Ravnkilde, *Hvad er en retskilde*, i U2013B.1, og herefter Peter Blume, *Retskildebegrebet*, i U2013B.94, Jens Ravnkilde, *Hvad er en retskilde? (2)*, i U2013B.231, Jacob v. H. Holtermann og Henrik Palmer Olsen, *En definitionssandhed med modikationer – en kommentar til Jens Ravnkildes retskildebegreb*, i U2013B.301 samt Jens Ravnkilde, *Hvad er en retskilde? (3)*, i U2013B.400.

[49] Jf. fx Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller, 2004, side 294 f., Marianne Holdgaard, 1998, side 38 og Carsten Munk-Hansen, 2014, side 243 f.

[50] Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller, 2004, side 295 og Carsten Munk-Hansen, 2014, side 353. Marianne Holdgaard, 1998, side 38 anfører, at en særlig grund kunne forudsætningsvis være overholdelse af internationale menneskerettighedsforpligtelser.

Inden for de enkelte retskilder kan der være en hierarkisk inddeling, hvilket er tilfældet i afhandlingen. Grundloven har forrang for de almindelige love, der har en højere rang end bekendtgørelser etc.[51] EMRK er principielt set en almindelig lov på lige fod med forældreansvarsloven, retsplejeloven og forvaltningsloven, men på grund af EMRKs inkorporering indtager konventionen en særstatus i dansk ret. Dette vil blive særskilt behandlet i kapitel 3 på grund af de særlige retskildemæssige overvejelser, der gør sig gældende.

Afhandlingen har, som beskrevet i kapitel 1, to overordnede problematikker, hvis retlige grundlag bygger på forskellige retskilder. De retskildemæssige aspekter i forhold til kravet om en afgørelse indenfor rimelig frist er derfor behandlet nedenfor i afsnit 3 mens retten til domsstolsprøvelse behandles i afsnit 4.

Èn retskilde gælder dog for begge problemstillinger. Forældreansvarslovens § 4 om barnets bedste skal i denne afhandling ses som den overordnede ramme for retten til domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i forældreansvarssager.

Særlige retskildemæssige overvejelser gør sig imidlertid gældende i forhold til afhandlingens problematikker. Der er tale om en retlig kompleksitet med mange forskellige aspekter – ikke kun på grund af EMRK, men også på grund af andre forhold. Afhandlingens problemstillinger behandles adskilt i de følgende afsnit, idet der er visse retskildemæssige forskelle. Anvendelsen af »barnets bedste« som retskilde og betydningen heraf i afhandlingen behandles derfor under den konkrete problemstilling.

3. Rimelig sagsbehandlingstid

Afhandlingens problemstilling om rimelige sagsbehandlingstider i forældreansvarssager giver nogle retskildemæssige udfordringer. Som det beskrevet oven for i afsnit 1, kan det være svært afdække gældende ret på dette retsområde. En retsdogmatisk analyse af sagsbehandlingstidernes rimelighed i forældreansvarssager med henblik på at udfinde gældende ret i relation til de enkelte retskilder giver derfor anledning til nogle særlige retskildemæssige overvejelser. Nogle retskilder behandles af læsevenlige årsager sammen nedenfor.

3.1. Lovgivning og bekendtgørelser

I dansk ret findes der generelt kun få lovregulerede sagsbehandlingsfrister, og i forældreansvarsloven findes der alene én lovregel herom. Bestemmelsen i forældreansvarslovens § 29 a regulerer den maksimale sagsbehandlingstid på tre uger for sager om kontaktbevarende samvær. Bestemmelsen er dog således alene normerende for Statsforvaltningen, idet enekompetencen til at træffe afgørelser i samværssager, som beskrevet i kapitel 1, således er placeret hos Statsforvaltningen.

[51] Ruth Nielsen og Christina D. Tvarnø, 2014, side 82 og Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller, 2004, side 294.

En vis vejledning for sagsbehandlingstidens længde og dermed rimelighed for visse typer af forældreansvarssager kan dog også findes i bindende administrative forskrifter.[52] Bekendtgørelse om forældremyndighed, bopæl og samvær foreskriver, at midlertidige afgørelser om samvær skal træffes hurtigst muligt, jf. § 9, mens midlertidige afgørelser om forældremyndighed og bopæl skal træffes hurtigst muligt og inden for fire uger.[53]

Det fremgår derudover direkte af EMRK artikel 6's ordlyd, at civile sager skal »afgøres inden for en rimelig frist«, ligesom kravet er indfortolket i EMRK artikel 8 udover bestemmelsens ordlyd.

Retskildemæssigt kan det bemærkes, at bekendtgørelser er underordnet lovgivningen, idet bestemmelserne heri er administrativt fastsat.[54] Denne retskildemæssige forskel ses som udgangspunkt kun at få betydning i forhold til EMRK, idet konventionen som almindelig dansk lovgivning således er overordnet bekendtgørelsen om forældremyndighed, bopæl og samvær. De standarder, der gælder efter Menneskeretsdomstolens konventionspraksis i forhold til kravet om rimelig frist, behøver nødvendigvis ikke at være tilsvarende bekendtgørelsens krav om sagsbehandlingstidens længde. Bekendtgørelsens forskrifter må da i princippet skulle vige for EMRK i henhold det almindelige fortolkningsprincip lex superior.

Dertil skal nævnes, at administrative forskrifter som bekendtgørelser ikke er bindende for domstolene. Bekendtgørelsen om forældremyndighed, bopæl og samvær er alene rettet mod og normerende for Statsforvaltningens afgørelser.

Foruden disse få regulerede frister foreskriver retsplejelovens § 219, stk. 3, at dommeren skal træffe sin afgørelse inden for en bestemt fast frist efter hovedafhandlingens afslutning afhængig af om dommen er afsagt af byretten eller landsretten, og/eller med medvirken af sagkyndige dommere. Bestemmelsen gælder således alene for domstolene, og er alene normende for den tid, der »løber« efter sagen er »afsluttet«.

At der findes disse to lovregulerede sagsbehandlingstider for alle typer af forældreansvarssager kan anføres at hænge sammen med, at det er en sags konkrete omstændigheder, der bliver og bør være udslagsgivende for sagsbehandlingstidens længde. Samme hensyn gør sig gældende i EMRK, der som beskrevet, er en retskilde på lige fod med øvrig dansk lovgivning. Menneskeretsdomstolen opererer heller ikke med en absolut tidsfrist, men har i vurderingen af, om der foreligger en krænkelse, fokus på en helhedsbedømmelse af sagens konkrete omstændigheder. Dette nødvendiggør således en nærmere konkret fortolkning. Menneskeretsdomsto-

[52] Se Peter Blume, *Retssystemet og juridisk metode*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 3. udg., 2016, side 221 ff., der sondrer mellem bindende og ikke-bindende administrative forskrifter.

[53] Bekendtgørelse nr. 146 af 22.2.2016 om *forældremyndighed, barnets bopæl og samvær m.v.*

[54] Se fx Sten Bønsing, Almindelig Forvaltningsret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 3. udg., 2013, side 36.

lens fortolkningsprincipper vil af læsevenlige hensyn blive nærmere behandlet i kapitel 4, hvor EMRK 6 og 8 behandles.[55]

Overordnet set findes der således ikke lovbestemmelser i dansk ret, der foreskriver en *absolut tidsfrist* for nogen af forældreansvarssagers behandling. Der er alene to lovregler som begge regulerer et bestemt sagsskridt i sagsbehandlingen, men ikke sagen i sin helhed. Med andre ord skal gældende ret for rimelige sagsbehandlingstider i forældreansvarssager derfor hovedsageligt findes i andre retskilder.

3.2. Konventionspraksis og retspraksis

Som det tidligere er beskrevet, findes der en omfattende konventionspraksis vedrørende kravet om rimelig frist i EMRK artikel 6 og 8. Denne praksis, hvis retskildemæssige værdi behandles særskilt i kapitel 3, indgår i analysen i afhandlingen med henblik på at udlede hvilke parametre, der har betydning en sagsbehandlingstids rimelighed af danske forældreansvarssager.

Der findes imidlertid ikke konkrete sager fra Menneskeretsdomstolens konventionspraksis vedrørende sagsbehandlingstider i familieretlige sager mod Danmark, dvs. der findes ikke konventionspraksis, hvor Danmark er indklaget stat i forhold til forældreansvarsloven. EMRK artikel 6 eller 8 ses heller ikke påberåbt for danske domstole i denne relation. Der mangler således dansk retspraksis, hvor det konkret er gjort gældende, at sagsbehandlingstiden er for lang i forældreansvarssager. I den forbindelse skal det nævnes, at det i al fald ikke, for danske domstoles vedkommende, fremgår af dommenes referat, hvis et sådant forhold er gjort gældende, herunder navnlig i relation til EMRK.[56]

De få (10) samværssager, der er indbragt for domstolene i medfør af Grundlovens inddrages dog i analysen, selv om sagsbehandlingstidens længde ikke er påberåbt, med henblik på at kunne udledes sagsbehandlingstidernes længde i disse sager. Valget herfor skyldes netop behovet for at kunne anskue problematikken om rimelig frist kravet, idet der ikke foreligger anden retspraksis herom.

I analysen af rimelig frist kravet i konventionspraksis anvendes derfor afgørelser, der vedrører *andre* medlemsstater. Anvendelsen af konventionspraksis fra andre medlemsstater kan skabe usikkerhed omkring fortolkningen, hvilket vil blive nærmeret behandlet i kapitel 3.[57]

[55] Se afsnit kapitel 4, 1.3.

[56] Se i denne forbindelse betænkning nr. 1220 om *Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret*, 1991, side 66. Heri anføres det, at referaterne af domme i Ugeskrift for Retsvæsen ikke nødvendigvis afspejler om EMRK er blevet påberåbt. Om referaterne i Ugeskrift for Retsvæsen i dag er mere fyldestgørende kan ikke vides med sikkerhed. Det kan således ikke udelukkes, at der muligvis er sager, hvor domstolene har taget stilling til, om en sagsbehandlingstid i en forældreansvarssag har været rimelig, og i overensstemmelse med EMRK.

[57] Se nærmere herom i afsnit 5.2.

3.3. Lovens formål og hensigt

Afhandlingens problemstilling om rimelige sagsbehandlingstider har som antydet visse retskildemæssige problematikker, idet det kan være svært at udfinde gældende ret på dette retsområde.

På trods af, at der findes ganske få materielle lovbestemmelser om sagsbehandlingstider inden for afhandlingens emne, kan *hensynet* til en rimelig sagsbehandlingstid findes som en hensigt og et formål i andre lovbestemmelser – som må ses i lyset af EMRK og menneskeretsdomstolens praksis om rimelig frist.

Alle afgørelser efter forældreansvarsloven skal træffes efter, hvad der er bedst for barnet i henhold til lovens § 4. Det kan anføres, at der implicit i lovbestemmelsen også må gælde et krav om, at forældreansvarssager afgøres inden for en rimelig tidsfrist i den konkrete sag henset til også hensyn til barnets bedste.

Dette kan også støttes på, at dette også er direkte forudsat i lovbemærkningerne til forældreansvarsloven – hvis retskildemæssige værdi behandles neden for i afsnit 3.1.4. Dette var tilsvarende formålet fra lovgivers side med vedtagelse af chikanepakken i 2015[58], og også ved den seneste ændring af forældreansvarsloven anføres, at lovens initiativer har fokus på at optimere processen og tilskynde forældrene til at samarbejde til bedste for deres børn.[59] Ved lovændringen af loven i 2012 anførtes der fx endvidere i forhold § 39, der giver Statsforvaltningen hjemmel til at afvise en anmodning om gentoptagelse, følgende:

»barnet bør i videst mulig udstrækning skærmes mod langvarige konflikter, som skyldes ansøgninger, der ikke vil bedre barnets situation. Det er således hensigten at skabe ro om barnet ved at undgå unødvendig procesførelse«[60]

Forældreansvarslovens § 4 er indført for at kunne overholde børnekonventionen. Ved en fortolkning af barnets bedste i Børnekonventions artikel 3, kan kravet om rimelig sagsbehandlingstid forudsætningsvis også udledes. Børnekonventionens artikel 3 nævner ikke direkte »afgørelser«, men »alle foranstaltninger vedrørende børn«. Den danske ordlyd af børnekonventionens artikel 3 er oversat fra den engelske og autentiske tekst, der lyder »In all actions concerning children«, hvilket således inkluderer afgørelser i sagens natur.[61]

Som det fremgår, er ordlyden af forældreansvarslovens § 4 noget mere snæver end den danske og engelske tekst af børnekonventionens artikel 3. Alle foranstaltninger kan anføres at have bredere anvendelsesområde end selve den materielle afgørelse, der skal træffes. Det kunne fx være sagsbehandlingstiden.

[58] Se for eksempel afsnit 3.3.3. til lovforslag 103 af 17.12.2014.

[59] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 103 af 19.3.2015, afsnit 2.

[60] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 499 af 6.6.2007, afsnit 3.1.2.2.

[61] Jonas Christoffersen og Martin Ryding Rosenkilde, kommentar til FN's Børnekonventions artikel 3, Karnov Group Online, anfører, at foranstaltningerne dækker over beslutninger, handlinger, programmer, offentlige ydelser, procedurer mv.

Selve begrebet barnets bedste er derudover et treledet koncept forstået som både en materiel ret, et fortolkningsprincip og et processuelt princip. Dette fremgår af General Comment nr. 14, der er en del af retningslinjernefor fortolkningen og anvendelsen af konventionen, som Børnekomitéen udsteder.[62]

I relation til rimelige sagsbehandlingstider må barnets bedste, udover at være en selvstændig materiel retskilde, derfor kunne anvendes som et fortolkningsprincip og et processuelt princip, der også kan gå forud for forældreansvarslovens bestemmelser, hvilket også fremgår af dansk retspraksis.[63] Et processuelt aspekt af børnekonventionens artikel 3 kan således være et krav om, at sagsbehandlingstiden ikke er for lang.[64]

»European Convention on the Exercise of Children's Rights«, som Danmark dog ikke har ratificeret, kræver endvidere, at de nationale retsanvendende myndigheder har en forpligtelse til at sikre en hurtig sagsbehandling uden unødvendige forsinkelser, jf. konventionens artikel 7.

Overordnet set kan det formuleres således, at det af EMRK fremgår at en afgørelse efter forældreansvarsloven skal træffes indenfor en rimelig frist. Dette er en skønsmæssig konkret vurdering. I vurderingen kan indgå hensynet til barnets bedste.[65] Når en dansk afgørelse skal træffes, må disse retskilder anvendes, men man vil formodentlig også kunne inddrage det hensyn, at det er et af forældreansvarslovens hensyn, at sagsbehandlingen skal foregå hurtigt. Netop for at sikre en materiel rigtig afgørelse, som fx chikanepakken kan ses som et klart udtryk for.

Det vil således som altovervejende hovedregel være barnets bedste, at afgørelsen træffes hurtigere end i andre sager, også selv om det i realiteten alene fremgår fra lovens § 29 a i forhold til sager om kontaktbevarende samvær. Visse andre bestemmelser i forældreansvarsloven kan anføres at være et tilsvarende udtryk for, at effektivitet i sagsbehandlingen kan være barnets bedste. Mødepligten i forældreansvarslovens § 31 a, stk. 2 og endeligheden af midlertidige afgørelser om samvær

[62] 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), afsnit I.A. Der kan sættes spørgsmålstegn ved hvilken værdi disse retningslinjer har. Marianne Nørgaard, 2016, side 47, anfører bl.a. »Hvis den danske regel kan fortolkes således, at den anvendes i overensstemmelse med de generelle kommentarer, må denne fortolkning foretrækkes, medmindre tungtvejende grunde taler i modsat retning«. Se også Hanne Hartoft, *Om børnevenlig retspleje og børns proceshabilitet*, i TFA2016.454, der er anvendelse af Marianne Nørgaards bog om samme emne.

[63] Se TFA2013.750, hvor bopæl for barn født af surrogatmor skulle afgøres efter analogi af forældreansvarslovens § 17 – bopæl tillagt den ikke-biologiske »mor«. Baggrunden for den analoganvendelse af forældreansvarslovens § 17 var barnets bedste i forældreansvarslovens § 4 og i Børnekonventionens artikel 3.

[64] Jf. også Marianne Nørregaard, 2016, side 53.

[65] Se kapitel, afsnit 2 om Menneskeretsdomstolens anvendelse af barnets bedste som fortolkningsprincip.

under en forældremyndigheds- og/eller bopælssag i forældreansvarslovens § 29, stk. 3 skal fx ses i denne sammenhæng.[66]

Med andre ord indeholder forældreansvarsloven visse regler, der har til formål at sikre en rimelig sagsbehandlingstid ved at regulere adfærden hos både parterne og hos Statsforvaltningen.[67]

På samme måde findes der i retsplejeloven regler, der har til formål at sikrer effektivitet i sagsbehandlingen. Retsplejelovens § 152 a, som giver en part hjemmel til at forlange, at der fastsættes tidspunkt for hovedforhandlingen, hvis det er nødvendigt på grund af kravet om rimelig frist i EMRK artikel 6 er et eksempel herpå, ligesom retsplejelovens § 336 a foreskriver, at parterne har en pligt til at fremme sagen med fornøden hurtighed.

At forældreansvarssager bør afgøres inden for en rimelig sagsbehandlingstid er således et hensyn, der er direkte iboende i forældreansvarsloven og retsplejeloven.

Hovedprincippet om barnets bedste i forældreansvarslovens § 4 kan derfor anføres at danne den overordnede ramme og hensyn for, at sagsbehandlingstider i forældreansvarssager skal være rimelige.

3.4. Lovforarbejder

Det er omdiskuteret hvilken betydning forarbejderne skal tillægges, herunder, om disse kan karakteriseres som en selvstændig retskilde.[68] Der er dog generel enighed om, at lovforarbejderne udgør et værdifuldt fortolkningsbidrag.[69]

Lovarbejderne inddrages i et vist omfang i afhandlingen i relation til problemstillingen om rimelige sagsbehandlingstider som et fortolkningsbidrag til forældreansvarslovens sagsbehandlingsregler, dvs. at der anvendes en subjektiv formålsfortolkning.[70]

Lovforarbejderne indeholder fx visse anvisninger til Statsforvaltningen i forhold til håndteringen af forskellige sagsskridt, hvilke ikke direkte kan læses ud af forældreansvarslovens ordlyd. Derudover inddrages lovarbejderne også for at kunne bidrage til en forståelse af selve sagsprocessen hos Statsforvaltningen.

3.4.1. Særligt om lovforarbejder og betænkning til Inkorporeringsloven

[66] De almindelige bemærkninger til lov nr. 103 af 19.3.2015, afsnit 1.

[67] Se Peter Blume, 2016, side 165 f., der sondrer mellem forskellige reguleringsformål.

[68] Se fx Carsten Munk-Hansen, 2014, side 347, der anfører »umiddelbart forekommer det ikke hensigtsmæssigt at fastlægge retskildebegrebet således, at forarbejder udgør en selvstændig retskilde«. Se fx i en anden retning Peter Blume, *Rettens veje og vildveje – et bidrag til retsteorien*, 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2007, side 197. Sidstnævnte forfatter anfører »Det er kun i relation til den specifikke lovfortolkning, at de kan karakteriseres som accessoriske, idet de i øvrigt har deres eget liv som retskilde«.

[69] Se fx Carsten Munk-Hansen, 2014, side 347 og Peter Blume, 2007, side 197.

[70] Se Jens Evald, 2011, side 38, der anfører, at, ved en subjektiv formålsfortolkning fortolkes loven efter sine forarbejder/motiver.

Lovbemærkningerne til Inkorporeringsloven – og betænkningen, hvis forslag er overført i lovforslaget – udgør et værdifuldt fortolkningsbidrag til forståelsen af forudsætningerne for inkorporeringen af konventionen i dansk ret.

Lovbemærkningerne indeholder *anvisninger* for retsanvendelsen af EMRK som retskilde i dansk ret, herunder især om *magtbalancen* mellem domstolene og lovgiver. Anvisningerne gælder hovedsageligt for domstolene og vedrører navnlig de tilfælde, hvor der kan opstå en konflikt mellem EMRK og øvrig dansk ret. Dette gælder for det meste de situationer, hvor EMRKs konventionspraksis i dansk ret (endnu) ikke er implementeret.

I forhold til den retskildemæssige anvendelse af Inkorporeringsloven opstår der konkret det problem, der betegnes som *lovgivning i forarbejderne*.[71] De beskrevne anvisninger kan *ikke* læses af inkorporeringsloven, og har således ikke status som retskilde.[72] Den retskildemæssige værdi af lovforarbejderne til inkorporeringsloven kan derfor diskuteres.[73] Det samme gælder i forhold til, at retspraksis i tiden efter inkorporeringen af EMRK har vist, at anvisningerne ikke følges konsekvent af domstolene. Disse aspekter behandles nærmere kapitel i kapitel 3.

Betænkning om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret[74] og betænkning om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet[75] inddrages også i kapitel 3 i det omfang, de har relevans for de retskildemæssige overvejelser, der i relation til afhandlingens emne.

Forarbejderne til inkorporeringsloven – med den retskildemæssige værdi i mente – anvendes derfor i denne afhandling til brug for en forståelse af forudsætningerne bag loven og til den retskildemæssige anvendelse af EMRK artikel 6 og 8 i danske forældreansvarssager.

3.5. Vejledninger

Social- og Indenrigsministeriets (nu Børne- og Socialministeriet) vejledning og samvær samt vejledning om forældremyndighed og bopæl bruges også i afhandlingen til at redegøre for sagsprocessen i Statsforvaltningen, idet omfang, lovforarbej-

[71] Se herom fx Jens Evald, 2011, side 39 f., Carsten Munk-Hansen, 2014, side 283 og Peter Blume, 2016, side 209.

[72] Der er ikke tradition for i dansk ret at regulere sådanne retskildespørgsmål i lovgivningen, selv om retskildernes indbyrdes forhold, herunder forholdet mellem nationale og internationale retskilder er af betydning for hvordan retssystemet virker, og dermed af betydning for gældende ret. Se herom Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller, 2004, side 332.

[73] Idet disse anvisninger og forudsætninger ikke afspejler ikke i lovens tekst, kan det anføres, at det principielt ikke afskærer domstolene fra en selvstændig fortolkning, jf. også Marianne Holdgaard, 1998, side 41, note 108. I bet. nr. 1407/2001 side 297, blev det diskuteret om retsvirkningerne af en inkorporering burde fastlægges i loven. Udvalget anbefalede ikke denne løsning, idet »en sådan fremgangsmåde vil indebære en risiko for, at retstilstanden vil blive fastlåst.

[74] Bet nr. 1407/2001.

[75] Bet. nr. 1546/2014.

derne ikke bidrager til en fortolkning og forståelse heraf.[76] Det samme skal i øvrigt bemærkes vedrørende bekendtgørelsen for forældremyndighed, bopæl og samvær, hvis retskildemæssig værdi er beskrevet oven for i afsnit 3.1. Bekendtgørelsen indeholder, udover de beskrevne tidsfrister, visse sagsbehandlingsregler, der i afhandlingen således også anvendes til at redegøre for sagsprocessen.

Derudover inddrages Justitsministeriets vejledning om forvaltningsloven i analysen af de parametre, som Ombudsmanden anvender ved en rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden.[77]

Vejledninger er ikke en forpligtende forskrift, men har alene som formål at give råd og information om, hvordan fx en lov eller bekendtgørelse skal anvendes. Nogle vejledninger, udstedes på grund af en fx en ny lov, og gengiver bl.a. ud fra dennes forarbejder hvorledes forvaltningen skal anvende lovens regler, hvorfor den kan have lidt anden karakter.

De i afhandlingen anvendte vejledninger indeholder uddrag fra lovarbejderne til forældreansvarsloven, hvilket måske kan sige at være med til at styrke vejledningernes retskildemæssige værdi.[78]

3.6. Administrativ praksis og case

Et generelt væsentligt problem ved at behandle et retsområde uden domstolspraksis, men hvor der alene foreligger administrativ praksis er, at kun en meget lille del er tilgængelig for en forsker.[79] Gældende ret om sagsbehandlingstidernes rimelighed i forældreansvarssager, herunder navnlig i samværssager er derfor i realiteten svær at afdække, idet Statsforvaltningen og Ankestyrelsens afgørelser er ikke offentlig tilgængelige.

Problematikken ved ikke at have adgang til administrativ praksis ved afhandlingens problemstilling om rimelig frist i sager om fastsættelse af samvær – modsat kravet om domstolsprøvelse – er, at det derved ikke kan afdækkes i konkrete tilfælde, og hvor ofte der i praksis sker en krænkelse af kravet om, at afgørelser skal træffes inden for en rimelig frist.

Rimelig frist-kravet er alene fastlagt for det samlede sagsforløb i EMRK, der som nævnt må fortolkes også under hensyntagen til det konkrete barns bedste. Det bliver således heller ikke muligt at afdække, om de enkelte processuelle regler for en del af processen, dvs. forældreansvarslovens § 29 a, bekendtgørelse om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær samt retsplejelovens § 219, stk. 3. over-

[76] Social- og Indenrigsministerierets Vejledning om samvær, nr. 11362 af 30.1.2015 (samværsvejledningen) og Social- og Indenrigsministerierets Vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, nr. 9047 af 24.1.2017 (forældremyndighedsvejledningen).

[77] Vejledning om forvaltningsloven, nr.11740 af 4.12.1986.

[78] Se herom i det hele Peter Blume, 2016, side 222.

[79] Sten Bønsing, 2013, side 54.

holdes i administrativ praksis og i retspraksis, da dette ej heller indgår i domstolspræmisserne

Gældende ret om sagsbehandlingstidernes rimelighed i forældreansvarssager, herunder navnlig i samværssager er derfor i realiteten svær at afdække, idet Statsforvaltningen og Ankestyrelsens afgørelser ikke er offentlige tilgængelige.

Det må pointeres, at jeg har anmodet om aktindsigt i Statsforvaltningens afgørelser i forældreansvarssager med henblik på at analysere sagsbehandlingstidernes længde og hvilke forhold, der medvirker hertil. Jeg fik imidlertid efter ca. 5 måneder sagsbehandlingstid afslag på min aktindsigt med begrundelsen, at der var tale om et for stort antal af sager, som Statsforvaltningen ikke havde ressourcer til at finde frem til mig.[80]

På denne ene side er det imidlertid vigtigt at have adgang til sagerne for at kunne vurdere, hvorvidt der sker konkrete krænkelser af EMRK ,og hvorledes lovgivningen udmøntes i praksis i relation til hvilke forhold, der konkret og mere generelt medvirker til en lang sagsbehandlingstid. På den anden side vil det, som anført, altid være en konkret vurdering af hvorvidt sagsbehandlingstiden er rimelig, hvorfor enkelte vilkårligt udvalgte afgørelser ikke vil give et retvisende billede af gældende ret.

Den valgte løsning på denne problemstilling er at anvende én enkelt konkret case, der på mange måder illustrerer hvilke problematikker der kan opstå i praksis og hvorledes retsreglerne kan udmønte sig i praksis

I afhandlingen anvendes derfor *en faktuel og autentisk case*, som jeg har fået lov til at inddrage i nærværende afhandling.[81] Formålet med at anvende casen er at illustrere kompleksiteten af et konkret sagsforløb, der kan opstå i praksis i en forældreansvarssag, og hvilke forhold, der kan medvirke til, at sagen trækker ud.

3.7. Ombudsmands praksis

Statsforvaltningen og Ankestyrelsen er som offentlige myndigheder underlagt kravet om *»god forvaltningsskik«*. Kravet er udviklet i Folketingets Ombudsmandspraksis, og er en del af bedømmelsesgrundlaget for Ombudsmandens kontrol af offentlige myndigheder, hvor der ikke findes retsregler, dvs. som det er tilfældet med sagsbehandlingstider i forældreansvarssager. God forvaltningsskik anvendes i af-

[80] Visse administrative afgørelser fra Ankestyrelsen, herunder i forældreansvarssager, kan dog findes på Ankestyrelsens hjemmeside, men det er karakteristisk, at det er et udvalg af afgørelser der offentliggøres, og at det ikke altid er sikkert, at det er den fulde tekst, der kan læses. Der findes således ikke ét samlet sted, der formidler de vigtigste administrative afgørelser, jf. Peter Blume, 2016, side 82 f. Forfatteren anfører i denne forbindelse, at administrative afgørelser i dag udgør et gråt område, hvilket er retssikkerhedsmæssigt problematisk.

[81] Jeg har fået adgang til alt sagsmateriale fra en venlig forælder, der i november 2015 blev skilt fra sin hustru. Sagsmaterialet indgår som bilag til denne afhandling.

handlingen som målestok for vurdering af en sagsbehandlingstids rimelighed i en forældreansvarssag.

Den retskildemæssige status af god forvaltningsskik kan dog give anledning til tvivl og har været omdiskuteret i teorien.[82] Den udbredte opfattelse er, at der ikke tale om egentlige retlige krav, hvilket bl.a. kan ses i relation til, at tilsidesættelse af god forvaltningsskik ikke kan forventes at blive sanktioneret med ugyldighed ved domstolen.[83]

Derudover kan dette udledes direkte af ordlyden af Ombudsmandslovens § 21, der omfatter Ombudsmandens bedømmelsesgrundlag. Bestemmelsen foreskriver, at »Ombudsmanden skal bedømme, om myndigheder eller personer, der er omfattet af Ombudsmandens virksomhed, handler i strid med gældende ret eller på anden måde gør sig skyldige i fejl eller forsømmelser ved udøvelsen af deres opgaver «. Der skal således i begrebsmæssig henseende sondres mellem gældende ret og god forvaltningsskik. Denne sondring holdes for øje ved anvendelsen af begrebet i afhandlingen.

I afhandlingen anvendes i relation til kravet om god forvaltningsskik og sagsbehandlingstider en *undersøgelse fra Ombudsmanden*, hvor sagsbehandlingstiden i 70 familieretlige sager er blevet vurderet. I 1987 iværksatte Ombudsmanden en såkaldt »egen drift undersøgelse« af 70 familieretlige sager fra det daværende Familieretsdirektorat (nu Ankestyrelsen), hvorunder nogle af sagerne vedrører samvær, og hvor statsamtets (nu Statsforvaltningens) sagsbehandlingstid i sagerne også indgår.[84]

Det er dog ikke muligt fuldt ud at foretage en konkret vurdering af de sager, der nævnes i undersøgelsen, idet gengivelsen af sagerne er summarisk, men sagerne anvendes til at kunne udlede hvilke generelle parametre der kan retfærdiggøre, henholdsvis ikke retfærdiggøre en langs sagsbehandlingstid.

Retskildemæssigt kan det om Ombudsmandens praksis anføres, herunder egen drift-undersøgelserne samt udtalelser i forbindelse med individuelle klagesager, at den ikke har en status som en egentlig retskilde. Ombudsmanden træffer ikke afgørelser, men afgiver udtalelser, der er mere eller mindre kritiske over for forvaltnin-

[82] Juridisk litteratur betragtes ikke som en retskilde, og i afhandlingen inddrages juridisk litteratur alene i den retlige argumentation af konkrete problemstillinger Se om juridisk litteratur fx Peter Blume, 2016, side 266 f.

[83] Se bl.a. Helle Bødker Madsen, *Forvaltningsret, Almindelige emner*, 6. udg., 2016, side 492, Peter Blume, *God forvaltningsskik*, i UfR2007B.111 og Steen Rønsholdt, *Om god forvaltningsskik*, i UfR2008B.242, der er en kommentar til Peter Blumes artikel om samme emne. I U2006.3302H nævner Højesteret dog god forvaltningsskik. Se om dommen Karsten Revsbech, *Aktuel dansk forvaltningsret*, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008, side 108 ff.

[84] Folketingets Ombudsmands beretning, IV. Undersøgelse af 70 sager fra Familieretsdirektoratet, Schultz, 1988, side 290 f. Om Ombudsmandens beretninger se fx Jon Andersen, Kaj Larsen, Karsten Loiberg, Lisbeth Adserballe, Morten Engberg & Jens Olson, *Ombudsmandsloven med kommentarer*, 2. udg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag,, 2013, side 109 ff.

gen. Ombudsmanden kan således ikke træffe ændre en afgørelse, hvis han/hun mener, at den er forkert. Betydningen af Ombudsmandens udtalelser for skal imidlertid ikke undervurderes. Udtalelserne tillægges en betydelig autoritet, selv om de ikke er bindende for domstolene. I forvaltningsretten kan udtalelserne være en kilde til gældende ret i det omfang de følges af de administrative myndigheder.[85]

Disse faktorer holdes for øje ved anvendelsen af undersøgelsen i afhandlingen, idet der således ikke er tale om retligt formelt krav til længden og rimeligheden af en sagsbehandlingstid.

3.8. Tal og statistik materiale

Som et *supplement* til afhandlingens retsdogmatiske analyse og til afhandlingens retskilder, inden for problemstillingen om rimelige sagsbehandlingstider, anvendes statistisk materiale fra Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstolene. Der er tale om statistisk materiale for disse retsanvendendes myndigheders sagsbehandlingstider. Der vedlægges som bilag i afhandlingen statistik for Statsforvaltningssagsbehandlingstider mv. for forældreansvarssager i perioden 2013-2016. Der tale om statistik, som jeg selv har indhentet fra Statsforvaltningen

Materialet vil i afhandlingen blive anvendt til at kunne afdække »retten«, som den ser ud baseret på fakta og tal, fx hvor mange forældreansvarssager behandles der i de respektive myndigheder, hvad er den gennemsnitlige sagsbehandlingstid heraf, hvor lang berammelsestid er der osv. Set i forhold til det store antal af forældreansvarssager, der behandles hvert år i retssystemet, er dette statistiske materiale således et godt hjælpemiddel til at få et indblik i sagsbehandlingstiderne.[86]

Det skal understreges, at tallene ikke er baseret på en kvantitativ indsamling og analyse, som jeg har foretaget. Der tages derfor forbehold for den metode der brugt til at indsamle disse data, og dermed også for en eventuel usikkerhed i beregningerne. Det skal dog bemærkes, at jeg har selv bearbejdet tallene i et vist omfang ved at opstille tallene i diagrammer og ved at omregne tal til procentsatser.

3.9. Sammenfatning

På baggrund af ovenstående, skal det derfor sammenfattes, at der i afhandlingen overordnet set ikke foretages en retsdogmatisk analyse af konkrete forældreansvarssager i relation til afhandlingens problemstilling om rimelige sagsbehandlingstider. Fokus er i stedet på en analyse af de *parametre*, der er udviklet i konventi-

[85]Se herom Peter Blume, 2016, side 250.

[86] Se herom Ellen Margrethe Basse, *Juridisk empirisk forskning med administrativ praksis som studieobjekt – nogle refleksioner over udfordringer, vanskeligheder og hjælpemidler*, i Regulering og styring – en juridisk teori- og metodebog, GAD, 1989, side 84 f., der i relation til forskellen mellem at anvende kvantitative analyser og kvalitative analyser, anfører, at det er materiales omfang og karakter, der har betydning for hvilken metode, man kan vælge. Forfatteren anfører, at det er nærliggende at inddrage kvantitative aspekter af en analyse, hvor der er tale om et meget stort antal af afgørelser.

onspraksis og ombudsmandspraksis, og som kan retfærdiggøre – eller omvendt ikke retfærdiggøre – en lang sagsbehandlingstid.

Parametrene inddrages sammen med casen i behandlingen af sagsprocessen i forældreansvarssager, der for visse aspekter kan få karakter af en redegørelse af gældende ret, men problemstillingerne ses også ud fra en analytisk vinkel i forhold til de foreliggende regler. Dertil kommer at der foretages en analytisk vurdering af praktisk forhold, hvor det ses af den konkrete case at have relevans i forhold til kravet om en rimelig frist.

Disse parametre anvendes i afhandlingen til at *illustrere* hvilke problematikker, der kan opstå i sagsprocessen af en forældreansvarssag, og hvilke sagsskridt, der kan medføre, at sagsbehandlingstiden ikke bliver rimelig. Fokus er derfor også på de *retlige rammer for sagsprocessen*, herunder på de sagsbehandlingsregler, der kan have betydning for sagsbehandlingstidens længde. Analysen kan derfor anføres at være rettet mod at afdække gældende ret for de parametre, der har betydning for rimeligheden af sagsbehandlingstiden, hvorunder sagsbehandlingsreglerne skal vurderes.

4. Domstolsprøvelse

Afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse har ikke sit afsæt i samme typer af retskilder som problemstillingen om rimelige sagsbehandlingstider, men indeholder uanset også visse retskildemæssige overvejelser.

4.1. Lovgivning

Udgangspunkt for afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse i samværssager, som ikke i henhold til forældreansvarsloven giver en sådan adgang, er en analyse af Grundlovens § 63 stk. 1, 1. pkt.

På grund af bestemmelsens uklare ordlyd er det ikke muligt ved en objektiv fortolkning at fastlægge bestemmelsens nærmere udstrækning.[87] Bestemmelsen giver ingen anvisninger på i hvilket omfang domstolsprøvelsen skal finde sted – heller ikke i forhold til en grundlæggende rettighed som retten til familieliv.

Udstrækningen og intensiteten af domstolsprøvelsen blev på grund af anbefalinger fra Grundlovskomiteen i forbindelse med Grundloven af 1849, hvor bestemmelsen blev indsat, overladt til den fremtidige udvikling, navnlig hos domstolene. Domstolsprøvelsen af forvaltningsafgørelser, herunder samværssager, er ikke et resultat af en fortolkning af Grundlovens ordlyd og forarbejder, men af en retsudvikling, der i første række har ligget specielt i Højesterets hånd.[88] *Samfundsud-*

[87] Se om objektiv fortolkning fx Carsten Munk-Hansen, 2014, side 287.

[88] Se Trine Schultz, *Retsanvendelse og Skøn. Sondringens anvendelse i prøvelsen af afgørelser på det socialretlige område*, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2004, side 113.

viklingen har medført, at forarbejderne til Grundloven derfor er af mindre betydning.[89] Derfor anvendes forarbejderne ikke i afhandlingen.

Modsat Grundlovens § 63 kan retten til en domstolsprøvelse ikke læses direkte af EMRK 6's ordlyd. Rettigheden er blevet indfortolket i bestemmelsen gennem Menneskeretsdomstolens konventionspraksis. Rækkevidden af bestemmelsen i forhold til de krav, der stilles til omfanget domstolsprøvelsen af samværssager skal derfor findes i konventionspraksis, jf. nedenfor i afsnit 4.3.

4.2. Retspraksis

I afhandlingen foretages analysen af domstolsprøvelsen af samværssager efter Grundlovens § 63 med afsæt i retspraksis. Der er som tidligere beskrevet tale om en sparsom retspraksis. Alene 10 samværssager, der har været indbragt for domstolene i medfør af bestemmelsen, kan anvendes til fastlæggende gældende ret på dette retsområde.

Afgørelserne, der anvendes i afhandlingen, har forskellig retskildemæssig værdi. Rangfølgen mellem Højesteret, landsretterne og byretterne bevirker, at afgørelser afsagt af Højesteret har den største præjudikatværdi. Dette er særligt vigtigt i afhandlingen, idet alene én samværssag i henhold til Grundlovens § 63 er afsagt af Højesteret. De øvrige afgørelser er truffet af landsretterne og byretterne. De to byretsafgørelser er utrykte domme, hvilket i princippet ikke har nogen betydning for præjudikatværdien.[90]

Dommenes antal kan imidlertid også have betydning for præjudikatværdien. Er der afsagt mange enslydende domme, kan dette tale for, at anlægge den samme fortolkning, som kommer til udtryk i dommene. Dette kan fx have betydning for afhandlingens analyse, hvis Højesteretsafgørelsens fortolkning eller resultat er anderledes end den fortolkning, der er i afgørelserne fra landsretterne og byretternes. En enkeltstående Højesteretsafgørelse kan dog godt have stor præjudikatværdi på trods af, at de underordnede retter fortolker anderledes. Hvis præmisserne i afgørelsen er generel formuleret, kan dette tale for at tillægge dommen større præjudikatværdi.[91] Disse forhold holdes derfor for øje i afhandlingen i analysen af de beskrevne afgørelser.

Det skal bemærkes, at domstolsprøvelsen af samværssager i henhold til Grundlovens § 63 sker i de civilprocessuelle rammer, hvor *forhandlingsprincippet* gælder. Det betyder, at domstolene alene tager stilling de påstande og anbringender, som parterne gør gældende. Det holdes derfor for øje i afhandlingen, at parternes

[89] Karsten Hagel-Sørensen, i Henrik Zahle (red.), *Grundloven med kommentarer*, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2006, side 389. Se også Peter Blume, 2016, side 209, at der anfører: »Jo ældre loven er, desto mere sandsynligt er det, at de samfundsmæssige, herunder politiske forhold er ændrede, og selv om loven er gældende, kan det være mindre velbegrundet at støtte sin fortolkning på udtalelser i forarbejder«.

[90] Jens Evald, 2011, side 48.

[91] Jf. i det hele Jens Evald, 2011, side 48 f.

tilrettelæggelse af sagen og som sagen præsenteres for domstolene, kan have betydning for domstolsprøvelsens udstrækning og intensitet.[92]

4.3. Konventionspraksis og barnets bedste

Der findes ikke konkrete sager fra Menneskeretsdomstolens konventionspraksis mod Danmark vedrørende spørgsmål om krænkelse af retten til en domstolsprøvelse i samværssager (eller i forældremyndigheds- og bopælssager). Særlige retskildemæssige overvejelser ved fortolkningen af konventionspraksis, der omhandler andre medlemsstater gør sig derfor også gældende ved denne problemstilling. Dette behandles nærmere i kapitel 3.[93]

Hovedprincippet i forældreansvarslovens § 4 om barnets bedste anvendes også som *selvstændig retskilde* og *hensyn* i problemstillingen om domstolsprøvelsen af samværssager efter Grundlovens § 63. Barnets bedste anvendes konkret i relation i en hensynsafvejning mellem EMRK og Grundloven, såfremt det viser sig, at der foreligger en konflikt mellem kravene i konventionspraksis og som domstolsprøvelsen efter Grundlovens § 63 udmøntes i praksis i samværssager.

Kapitel 3

Retskildemæssige problematikker ved anvendelsen af EMRK

EMRKs retlige status og den dertilhørende konventionspraksis i dansk ret kan fortsat give anledning til retskildemæssige problematikker, nogle mest af teoretisk karakter, andre af praktisk betydning. De særlige forhold, der gør sig gældende ved fortolkningen og retsanvendelsen af EMRK som retskilde i dansk ret vil blive behandlet i dette kapitel. Der tages udgangspunkt i de retskildemæssige overvejelser, der opstår i denne forbindelse i relation til afhandlingens emne.

1. Grundlag – inkorporeringsloven

EMRK var før inkorporeringen i dansk ret alene en folkeretlig aftale, hvor opfyldelsen af og forpligtelser i henhold hertil var at bedømme i forhold til den dualisti-

[92] Se herom fx Karsten Revsbech, *Forvaltningsret, Almindelige emner*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 6. udg., 2016, side 428 f.

[93] Afsnit 5.2.

ske teori, som dansk ret traditionelt bygger på.[94] I 1992 blev EMRK i kraft af inkorporeringsloven formelt set gjort til en del af gældende dansk ret. EMRKs inkorporering i dansk ret skete efter anbefalinger fra det såkaldte Inkorporeringsudvalg, hvis betænkning dannede grundlag for den efterfølgende lov.[95] Justitsministeriet tiltrådte udvalgets synspunkter og forslag.[96]

Baggrunden for Folketingets nedsættelse af udvalget var, at der i den retsvidenskabelige debat var opstået en usikkerhed omkring EMRKs retskildemæssige status i dansk ret, herunder især om konventionen kunne påberåbes for danske domstole.[97] Udvalget havde til opgave at undersøge fordele og ulemper ved en inkorporering.[98]

Under udvalgets arbejde afsagde Højesteret tre afgørelser der afklarede den retskildemæssige usikkerhed.[99] Højesterets afgørelser blev afsagt efter Danmarks domfældelse i en straffesag, den såkaldte Hauschildt-sag.[100] Menneskeretsdomstolen var kommet frem til, at der havde været en krænkelse af habilitetskravet i EMRK artikel 6, stk. 1.

Den første sag – som i øvrigt er vigtig for afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse – afsagde Højesteret i 1989. I U1989.928H[101]foretog Højesteret en udvidet prøvelse af en tvangsanbringelsessag. Højesteret fandt, at bestemmelserne i den dagældende bistandslovs afsnit VIII måtte forstås i overensstemmelse med de afgørelser, som Menneskeretsdomstolen har truffet vedrørende tilsvarende spørgsmål. Højesteret foretog derfor en realitetsprøvelse af spørgsmålet om *ændringen af anbringelsesstedet*, og ikke kun selve anbringelsesspørgsmålet.

[94] Se herom fx *Betænkning om Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret,* nr. 1220, 1991, side 62 ff.

[95] Inkorporeringsudvalgets arbejdede mundede ud i *Betænkning om Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret,* nr. 1220, 1991. Se de almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 3. EMRK tager ikke stilling, og stiller ikke krav om, at konventionen skal implementeres i national ret på forudbestemt fastmåde. Se EMRK artikel 27.

[96] Jf. de almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 5.

[97] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 3 og bet. nr. 1220/1991, side 9 og 146.

[98] Se udvalgets kommissorium i betænkning nr. 1220/1991, side 9 og side 146. I to senere betænkninger, bet. nr. 1407/2001 og bet. nr. 1546/2014, er fordelene og ulemperne ved en inkorporering af øvrige menneskerettighedskonventioner blevet indgående vurderet. Begge betænkninger indeholder et lovudkast til en inkorporering, der ikke er blevet realiseret. Dog er Danmark blev tilsluttet den individuelle klageadgang til FN's Børnekomité efter anbefaling fra 6 medlemmer udvalget i til bet. 1546/2014. Øvrige forslag er ikke realiseret, hvilket navnlig kan skyldes udvalgets uenighed om, hvorvidt menneskerettighedskonventionerne skulle inkorporeres i dansk ret.

[99] U.1989.928H (tvangsanbringelse af barn), U.1990.13H (dommerinhabilitet ved varetægtsfængsling, også kaldet Jydebrødre-sagen) og U.1990.181H (dommerinhabilitet ved domfældelse af medtiltalte, også kaldet Hørsholm-sagen).

[100] Hauschildt mod Danmark, sag af 24.5.1989.

[101] Se landsrettens afgørelse i U.1988.404/1V.

Jonas Christoffersen bemærker i relation til afgørelsen, at der i Danmark har været overraskende mange områder, hvor domstolene ikke spillede nogen rolle, og at det måske er her, at menneskerettighederne har haft den største principielle betydning. Set fra et menneskeretligt perspektiv startede udviklingen for danske domstoles beskyttelse af borgerens rettigheder derfor alvor med denne højesteretsdom.[102]

I lovbemærkningerne til Inkorporeringsloven blev det fremhævet, på baggrund af Højesteretsafgørelserne, »at der består en pligt for danske domstole og andre myndigheder til så vidt muligt at lægge Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dens praksis, som knytter sig hertil, til grund ved fortolkningen af dansk ret«.[103]

Inkorporeringen af EMRK var således en kodificering af en allerede gældende retstilstand. Signalværdien af inkorporeringen skal dog næppe undervurderes, idet der efter inkorporeringen skete en markant øget brug af EMRK i retsanvendelsen ved de danske domstole.[104]

Inkorporeringen skabte således et udtrykkeligt grundlag for anvendelse af konventionen, og dens status i det danske retssystem ændres ganske som Inkorporeringsudvalget forudså:

»[…]herved skabes der et bedre grundlag for viden om og anvendelse af konventionen, og samtidig tilvejebringes der en højere grad af bevidsthed om og et bedre grundlag for undervisning i konventionens principper, der indgår som et grundlæggende værdisæt også for det danske folkestyre. En inkorporering vil således understrege lovgivningens folkeretlige baggrund«[105].

[102] Jonas Christoffersen, *Menneskeret – en demokratisk udfordring*, Hans Reitzels Forlag, 2014, side 64 f. Forfatterren nævner i forbindelse med omtalen af U1989.928H, at en række fortrolige dokumenter fra Højesterets arkiver – og som nu er blevet gjort tilgængelige på grund af, at der gået mere end 20 år – viser, at alle dommerne i denne højesteretsafgørelse lagde vægt på udviklingen i retningen af mere domstolsprøvelse, som Menneskeretsdomstolen stod i spidsen for. Fx ses det det, at en dommer i sin votering anførte »Det ville være en uheldig situation, hvis Menneskeretsdomstolen kom til det resultat, at en prøvelse Højesteret afskærer, skal finde sted«, mens en anden dommer fx anførte »Udgangspunkter er, at loven bør fortolkes i overensstemmelse med konventionens regler. Vi har en hel klassisk situation med uklarhed i lovgivningen, og hvor det nok er berettiget træffe en afgørelse, som bedst muligt er i harmoni med konventionen«.

[103] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.1 og bet. nr. 1220/1991, side 146.

[104] Se bl.a. Jens Vedstand Hansen, *Menneskerettigheder som beskyttelse og magtfaktor*, Menneskerettigheder og magtfordeling - domstolskontrol med politiske prioriteringer, 1. udg., 2004, Aarhus Universitetsforlag, side 218 f., *Betænkning om Inkorporerings ad menneskerettighedskonventioner i dansk ret*, nr. 1407, 2001, side 36 og Marianne Holdgaard, 1998, side 17.

[105] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.1 og afsnit 5 samt bet. nr. 1220/1991, side 193.

2. Udgangspunkt – »formodningsprincippet«

I lovbemærkningerne er det anført, at den retsbeskyttelse, der sikres med inkorporeringen bedst kan ske ved, at *lovgivningsmagten* løbende tilpasser lovgivningen med henblik på at opfylde konventionen.[106]

I lovbemærkningerne fremgår det, at lovgivningsmagten generelt forud for inkorporeringslovens ikrafttrædelse, havde været meget omhyggelig med løbende at tilpasse lovgivningen til konventionsforpligtelserne som fortolket af konventionsorganerne.[107] Det blev fremhævet, at lovgivningsmagten uanset en inkorporeringslov fortsat skulle foretage en løbende tilpasning af lovgivningen. Begrundelsen herfor var, at inkorporeringen ikke skulle blive en sovepude for lovgivningsmagten forstået på den måde, at domstolene derved skulle have hovedansvaret for den praktiske efterlevelse af konventionen, og derved påtage sig en større retspolitisk opgave.

I lovbemærkningerne fokuseredes der på retsvirkningerne af inkorporeringen i forhold til magtbalancen mellem lovgivningsmagten og domstolene. Inkorporeringsloven skulle bl.a. skabe et sikkert retsgrundlag for domstolenes kontrolfunktion, der alene kunne og burde være en slags sikkerhedsnet for en korrekt opfyldelse af konventionen.[108] Vigtigheden og nødvendigheden af, at man i lovgivningsprocessen også i fremtiden gør sig klart, om et lovforslag kommer i strid med konventionskomplekset blev endvidere fremhævet.[109]

Det blev i den forbindelse betonet:

»[…]at det først og fremmest tilkommer lovgivningsmagten at ændre relevante lovbestemmelser, når der træffes nye afgørelser af konventionsorganerne. Den tradition[…],, hvorefter regering fremsætter nødvendige lovforslag til opfyldelse af konventionsforpligtelser som afklaret i Domstolens praksis bør videreføres.«[110]

Det kan udledes, jf. ordene »ført og fremmest«, at det dog ikke i alle tilfælde nødvendigvis er lovgivningsmagten, der skal foretage tilpasningen af dansk lovgivning til den løbende konventionspraksis. Lovgivningsmagtens ansvar for den løbende tilpasning af dansk ret til EMRK må derfor betragtes som en klar *hovedregel*.[111]

[106] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.1 og afsnit 5 samt bet. nr. 1220/1991, side 149.

[107] Se gennemgangen herom i bet. nr. 1220/1991, side 50-52.

[108] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, og afsnit 5 samt bet. nr. 1220/1991, side 148 og side 193.

[109] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992 afsnit 4.3.1 og bet. nr. 1220/1991, side 196.

[110] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992 afsnit 4.3.1 og bet. nr. 1220/1991, side 196 og 198.

[111] Jf. Jens Vedsted-Hansen, *Inkorporering af menneskerettighedskonventioner – realitet og symbol*, i Gorm Toftegaard Hansen m.fl., Festskrift til Carl Aage Nørgaard, 1. udg., Jurist- og Økonomforbun-

Baggrunden for betoningen af lovgivningsmagtens ansvar for den løbende tilpasning af dansk lovgivning skal ses i forhold til ønsket om, at domstolene og øvrige retsanvendende myndigheder skal arbejde med en formodning om, at dansk ret er i overensstemmelse med EMRK.[112] Udgangspunktet for retsanvendelsen er derfor, at den øvrige danske ret giver mindst den samme beskyttelse som EMRK, jf. det i retsteorien udviklende *»formodningsprincip«*.[113]

Dette formodningsprincip fremhæves af Inkorporeringsudvalget flere steder i betænkningen som fx således:

»Udvalget lægger herved vægt på, at en inkorporering, *der bygger på en formodning om dansk rets overensstemmelse med konventionen*, vil det gøre det muligt for byretterne at frasortere mange sager, hvor Menneskerettighedskonventionen er søgt påberåbt til støtte for en påstand, men hvor det selv uden en dybere analyse kan konstateres, at den påberåbte bestemmelse er irrelevant eller synspunktet i øvrigt uholdbart.«[114] (min fremhævelse)

»For det andet indebærer løsningen, at *domstolene vil kunne arbejde ud fra en formodning* om, at retstilstanden er i overensstemmelse med konventionen«.[115] (min fremhævelse)

I lovbemærkningerne fremhæves dette om formodningsprincippet:

»Kun hvis disse forudsætninger opfyldes løbende, kan man efter udvalgets opfattelse fastholde, at domstole og andre retsanvendende myndigheder kan gå ud fra en fo*rmodning* om, at lovgivningen er forenelig med konventionskomplekset«.[116] (min fremhævelse)

Det fremgår således af lovbemærkningerne, at en konflikt mellem en lov- og konventionsbestemmelse kan opstå, også selvom udgangspunkt for retsanvendelsen af EMRK er dette formodningsprincip.[117]

---

dets Forlag , 2004, side 382. Se også Jens Vedsted- Hansen og Ida Elisabeth Koch i Menneskerettigheder og Magtfordeling, om *Internationale Menneskerettigheder som konfliktkilde national ret*, Magtudregningen, Aarhus Universitetsforlag, 2004, side 23-24.

[112] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992 afsnit 4.3.1 og bet. nr. 1220/1991, side 196. Se også Jens Vedsted-Hansen, 2004, side 382.

[113] Som det nævnes af Marianne Holdgaard 1998, side 41 ff., 47 og 56 med en henvisning til Søren Stenderup Jensen, 1992, side 14 og 19-23. Se også Jens Vedsted-Hansen, 2004, side 382 samt Jens Vedsted- Hansen og Ida Elisabeth Koch, 2004, side 23-24. Forfatterne analyser EMRK-lovens forudsætninger, herunder problematikkerne ved denne formodning om dansk rets overensstemmelse med EMRK. Der gøres imidlertid ikke brug af begrebet »formodningsprincip«.

[114] Bet. nr. 1220/1991, side 154.

[115] Bet. nr. 1220/1991, side 149-150 og 154.

[116] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1 og bet. nr. 1220/1991, side 196.

[117] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1 og

Spørgsmålet bliver herefter, om grundlaget for denne formodning om, at lovgiver løbende vurderer normharmoni, i alle til fælde holder. Hvis forudsætningerne *ikke* opfyldes, kan domstolene og øvrige retsanvendende myndigheder omvendt *ikke* gå ud fra, at lovgivningen er i overensstemmelse med EMRK, og må således selv vurdere en eventuel regelkonflikt. Derved opstår der en situation, hvor de retsanvendende myndigheder står overfor at skulle anvende EMRK ex officio.

2.1. Ex officio anvendelse af EMRK

Domstolenes forpligtelse til at anvende EMRK af egen drift, afhænger i henhold til lovbemærkningerne til inkorporeringsloven af den konkrete sag. Problematikken skal ses i sammenhængen med formodningsprincippet, idet Inkorporeringsudvalget anfører::

»*Netop* fordi domstolene på baggrund af det ovenfor anførte bør kunne arbejde med en formodning om, at en lovbestemmelse er i overensstemmelse med Den europæiske Menneskerettighedskonvention og tilhørende protokoller, *vil der typisk ikke være grund til for en domstol selv at påse, om kravene i konventionskomplekset er opfyldt.* Det må være en opgave for parterne i en civil sag selv at påpege, om der er en mulig konflikt[…]« (mine fremhævelser)

Hvor parterne har fremsat anbringender, der »in substance« rammer konventionsbestemmelsernes anvendelsesområde, bør domstolene i givet fald tage EMRK i betragtning, selv om konventionen ikke direkte er påberåbt.[118] Dette samme bør øvrige retsanvendende myndigheder, herunder Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, tage i betragtning.

Inkorporeringsudvalget fremhæver her følgende to undtagelser til formodningsprincippet:

»*Noget andet er*, at en domstol kan finde, at en *konkret forvaltningsakt* er i strid med en bestemmelse i konventionskomplekset. Dette kan f.eks. forekomme i tilfælde, *hvor en lov giver myndighederne et skøn*, og *hvor dette skøn er udøvet på en måde*, som ikke klart er foreneligt med den pågældende konventionsbestemmelse. I en *sådan situation bør* retten henlede parternes opmærksomhed på forholdet til konventionskomplekset og ved spørgsmål til parterne søge problemstillingen afdækket. I *straffesager bør* domstolene *af egen drift* påse, at der ikke handles i strid med konventionsreglerne og den tilhørende praksis.«[119] (mine fremhævelser)

Her angives således allerede nogle undtagelser til formodningsprincippet, hvor domstolen i henhold til Indkorporeringsudvalget således må anvende EMRK ex officio.

---

bet. nr. 1220/1991, side 196.

[118] Jf. Peer Lorenzen, Lov&Ret, 1999, side 10.

[119] Jf. i det hele de almindelige lovbemærkningerne til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.3.

Men her 25 år senere er der imidlertid ikke tvivl om, at der har været tale om for restriktive synspunkter.[120] Det er også vigtig at bemærke, at øvrige retsanvendende myndigheder som fx Statsforvaltningen og Ankestyrelsen ikke nævnes i citaterne.

Problematikken om for restriktive tilkendegivelser i lovbemærkninger, fremgår tillige af retspraksis, fx i U1996.723Ø. I sagen havde sagsøger anmodet om, at forberedelse af sag, der havde verseret i 3 år, og som var berammet til domsforhandling (hovedforhandling), blev genoptaget, da han ønskede et nyt syn og skøn. Østre Landsret nægtede genoptagelse, da der måtte påregnes at gå ikke ubetydelig tid, før sagen kunne afsluttes, såfremt den blev genoptaget af den anførte grund. Retten henviste tillige til EMRK artikel 6, stk. 1. Tilsvarende fastslog landsretten i U1999.495Ø, at bedømmelsen af påstande om, at varigheden af behandlingen af et dødsbo udgjorde en krænkelse af bl.a. EMRK artikel 6, skulle foretages af skifteretten.

I den juridiske litteratur er der ikke overraskende blevet sat spørgsmålstegn ved om det på sigt er en hensigtsmæssig retstilstand, at danske domstole ikke konsekvent skal påse overholdelsen af EMRK i civile sager.[121] Det er bl.a. rammende blevet anført, at bemærkningen om ex officio anvendelse i civile sager ved domstolene er upræcis. Det anføres nemlig, med en henvisning til forhandlingsmaksimen, at det alene er anbringender og ikke regelfortolkning, der er begrænset af forhandlingsmaksimen.[122]

Betænkningen om inkorporering af EMRK, nr. 1407/2001, giver et mere nuanceret billede af domstolene og øvrige retsanvendendes myndigheders forpligtelse at anvende en inkorporeret konvention (som EMRK) af egen drift. Fx nævnes det, at forpligtelsen til ex officio behandling af EMRK som udgangspunkt også gælder i civile sager, hvor det må påhvile »domstolene af egen drift at påse, at behandlingen af retssagen sker med respekt af de processuelle krav, der følger af de inkorporerede konventioner (f.eks. krav med hensyn til sagsbehandlingstid, habilitet og kontradiktion). Det vil sige sager, hvor forhandlingsmaksimen gælder«, og »indispositive sager, hvor offficialmaksimen gælder[…], som eksempel tvangsfjernelsessager og familieretlige sager i øvrigt«.

Derudover nævnes det i bet. 1407/2001, at øvrige retsanvendende myndigheder på samme måde kunne have en pligt til at inddrage inkorporerede konventioner (som EMRK) ved sagens behandling og afgørelser, herunder gøre parterne opmærksomhed på betydningen heraf.[123] Tilsvarende har Folketingets Ombudsmand i

[120] Peer Lorenzen, Lov&Ret, 1999 vedkender sig som medlem af udvalget i bet.nr. 1220/1991, at synspunkterne har været for restriktive.

[121] Jf. Marianne Holdgaard, 1998, side 61-62. Se også Maria Fonseca og Marianne Holdgaard, 2013, side 255 f.

[122] Torben Jensen, Domstolskontrollen med overholdelse af grundrettigheder, i UB1995.241, note 23.

[123] Jf. i det hele bet. nr. 1407/2001, side 310 f. Se også Peer Lorenzen, 1999, side 10, at domstolene i familieretlige sager må have en pligt til at påse, at konventionen respektereres.

fx FOB2005.425 udtalt, at forvaltningen har en pligt til ex officio at inddrage menneskeretlige bestemmelser ved retsanvendelsen i konkrete sager.[124]
Som det er anført, er udgangspunktet for formodningsprincippet, at det er lovgiver, der forestår den løbende tilpasning af dansk ret til EMRK, men der er, som også netop nævnt, i praksis behov for at modificere formodningsreglen.

Og denne hovedregel *modificeres* dog også allerede i lovbemærkningerne til inkorporeringen:

»*Formålet* med en inkorporering er imidlertid at gøre det klart, at *en sådan konflikt erkendes* som en mulighed af lovgivningsmagten, og at det er ønsket, at *de retsanvendende myndigheder ikke skal føle sig forpligtet til at træffe afgørelser i strid med konventionskomplekse*t, f.eks. fordi en lov ikke giver en domstol kompetence til at træffe en afgørelse, der kræves efter konventionens artikel 5, eller fordi en lov er formuleret generelt uden at tage hensyn til, at *anvendelsen i en konkret situation* kan komme strid med f.eks. konventionens artikel 3 eller artikel 8.«[125] (mine fremhævelser)

Formålet med inkorporeringen var således også at give domstolene kompetence og pligt til at anvende EMRK i konkret situation. Dette gælde fx hvor en lov ikke giver domstolene kompetence til at træffe afgørelse, eller fordi en lov er formuleret generelt, og ikke tager højde på, at den konkrete retsanvendelse og udmøntningen af loven i praksis kan skabe en konflikt med EMRK.

Endvidere kan de retsanvendende myndigheder være forpligtet til ex oficio at anvende EMRK, når lovgivningsmagten ikke har »haft adgang« hertil:

»Loven skal navnlig danne grundlag for, at *domstolene og andre retsanvendende myndigheder løbende kan tage hensyn til nyere praksis fra konventionsorganerne*, som lovgivningsmagten *ikke* har haft adgang til at tage stilling til.«[126] (mine fremhævelser)

3. Undtagelser til formodningsprincippet

Man kan herefter forestille sig fem situationer, hvor formodningen om EMRK-overensstemmelse konkret kan afkræftes.

Den *første* situation vedrører således domstolenes og de øvrige retsanvenderes kompetence til at træffe en afgørelse i overensstemmelse med EMRK *i et konkret tilfælde, hvor der ellers vil have været en krænkelse af EMRK.*

[124] Dette følger også af den i retsteorien udviklede »instruktionsregel«, der forpligter de administrative myndigheder til at inddrage folkeretlige bestemmelser, herunder menneskeretlige konventioner, når skønsbeføjelser udøves i forhold de generelle hjemmelsregler. Se om reglen fx Henrik Zahle, Dansk Forfatningsret, Regering, forvaltning og dom (Bind 2), Christian Ejler's Forlag, 1996, side 273.

[125] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1 og bet. nr. 1220/1991, side 196.

[126] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1 og bet. nr. 1220/1991, side 196.

Et eksempel herpå er den situation – der anføres i lovbemærkningerne – hvor der foreligger *nyere konventionspraksis*, som lovgiver *ikke har haft adgang til at tage stilling til*.

En konflikt kan højest sandsynligt opstå i det tilfælde, hvor en konventionsbestemmelse gennem Menneskeretsdomstolens fortolkning er blevet tillagt et andet og mere videregående indhold, end man oprindelig har forudsat i dansk lovgivning.[127]

Et andet eksempel på denne første situation vil derfor sandsynligvis ofte vedrører de tilfælde, hvor der foreligger nyere konventionspraksis, som lovgiver ikke har nået at tage stilling til, *inden en sag kommer for domstolene.*

Som Sten Schaumburg-Müller rigtigt anfører, er:

»En […] løbende tilpasning næppe fuldt ud realistisk med de utallige ældre lov, der er affattet uden tanke på fremtidige, herunder menneskeretlige, problemstillinger, og danske domstole kan følgelig ikke undgå til tider at spille en aktiv rolle«[128]

Medlem af inkorporeringsudvalget, Peer Lorenzen, har i samme retning, efter inkorporeringen, udtalt følgende om formodningsprincippet:

»[…]formodningen om, at retstilstanden normalt er i overensstemmelse med konventionen, [er] næppe uden videre holdbar. Ikke mindst i tiden efter betænkningen er der sket en betydelig – ikke altid let overskuelig – udvikling i konventionsorganernes caselaw, der på en række punkter har ændret ved konventionsbestemmelsernes rækkevidde«.[129]

Der vil således være tale om tilfælde, hvor formodningen om dansk rets overensstemmelse med konventionen *reelt* kan blive afkræftet enten på grund af nyere konventionspraksis eller fordi, der i en konkret situation ikke er taget højde for en normkonflikt. Domstolene og de øvrige retsanvendere har således også med støtte i lovbemærkningerne til inkorporeringsloven kompetencen til at træffe afgørelse i overensstemmelse med EMRK, hvis en konflikt skulle opstå.

[127] Jens Vedsted-Hansen, 2004, side 383. Marianne Holdgaard, 1998, side 41. beskriver endvidere nærmere, at de retsanvendende myndigheders opgave ideelt set består i en stillingtagen til *konkrete* problemer, der opstår som følges af nyere retspraksis fra konventionsorganerne i Strasbourg, hvor Folketinget endnu ikke har nået at tage stilling til spørgsmålet

[128] Sten Schaumbürg-Müller, 2004, side 144.

[129] Peer Lorenzen, Danske domstole og menneskerettighederne, i Lov&Ret, 9. årgang, maj 1999, side 10. Se også Jens Vedsted- Hansen og Ida Elisabeth Koch, 2004, side 30. Forfatterne anfører, henset til den retlige og faktiske mangfoldighed og uforudsigelighed i de problemer, der vil kunne opstå i fremtidige danske sager, så vil forudsætningen om løbende tilpasning af lovgivning sikkert ikke sjældent svigte.

Udover den to situationer kan der dog ud også forekomme, en *anden, tredje, fjerde* og *femte* situation. Disse situationer fremgår imidlertid ikke af lovbemærkningerne til inkorporeringsloven.

Den *anden situation* vedrører en sag, der konkret i praksis netop har haft en for lang *sagsbehandlingstid*, og derfor krænker EMRK artikel 6/og eller artikel 8. I sådanne tilfælde vil det ikke være lovgiver, men *domstolene* og *de øvrige retsanvendere* som Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, der er egnet til at løse denne konkrete menneskeretlige problemstilling.[130] Her behøver der ikke være ny konventionspraksis.

En lovgivningsmæssig beslutning vil således ikke løse den konkrete krænkelse, hvor flere faktorer i praksis har medvirket til den lange sagsbehandlingstid. Eksempler herpå inden for familierettens område er TFA.2011.360Ø og U2010.1008V, der begge vedrører *langvarige ægtefælleskifter*. I fx U2010.1008V blev parterne friholdt for at betale sagsomkostninger som kompensation for en lang sagsbehandlingstid, der havde medført en krænkelse af EMRK artikel 6.

Grundrettigheder bliver således også i et vist omfang realiseret i retssystemet end gennem den simple retsanvendelse.[131] Uanset lovgiver tilstræber en overholdelse af Danmarks internationale forpligtelser, kan der derfor stadig være behov for, at domstolene og andre retsanvendende myndigheder i forbindelse med behandlingen af konkret sager foretager en vurdering af om retstilstanden, herunder den måde hvorpå lovgivningen administreres, er i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser.«[132]

Normkonflikter kan med andre ord opstå i situationer, der ikke skyldes retsreglernes materielle indhold, men forhold i den konkrete sags processuelle forløb.

Den *tredje* situation vedrører, at formodningen om konventionsmæssighed kan afkræftes i de tilfælde, hvor lovgiver fortløbende *ikke reagerer* på *nyere* konventionspraksis. Den løbende tilpasning af dansk ret til EMRK bliver ikke foretaget, uden der dog er formodning for, at lovgiver ikke ønsker, at EMRK skal overholdes.

Der kan nævnes flere eksempler herpå i retspraksis i relation til spørgsmålet om ytringers strafbarhed.[133] Dette retsområde er en god illustration af, at danske dom-

[130] Jf. også Marianne Holdgaard, 1998, side 42.

[131] Jens Vedsted-Hansen, 2004, side 227. Se også Jens Elo Rytter, Juristen nr. 6/7 2010, side 193, der anfører: »Forestillingen om, at lovgiver selv kunne og ville sikre Konventionens efterlevelse har vist sig at være urealistisk; dels kan det være svært for lovgiver at følge med den løbende udvikling i menneskeretten, men frem for alt er generel lovgivning ikke altid egnet til at fastlægge den konkrete balance mellem modstridende hensyn, som ofte er afgørende i menneskeretssager.«

[132] Side 103 med en henvisning til bet. nr. 1407/2001, side 137 ff.

[133] Sten Schamburg-Müller, *Konkret rettighedsanalyse: Ytringsrettigheder*, i Ida Elisabeth Koch, Kristine Røberg, Sten Schaumburg-Müller og Jens Vedsted Hansen, Menneskerettigheder og magtfordeling – Domstolskontrol om politiske prioriteringer, Aarhus Universitetsforlag, 2004, side 139 ff. Se også Jonas Christoffersens to artikler, *Domstolsprøvelse af terrorsager m.v. (II)*, i U.2008B.131, og *Domstolsprøvelse i terrorsager mv.*, i U.2004B.97. Det fremgår af forfatte-

stole har været særlige agtpågivende i forhold til fortolkningen af EMRK i situationer, hvor lovgiver ikke har reageret på nyere konventionspraksis.

Dette viser sig ved, at straffelovens regler om æreskrænkelser stort set er uændrede siden 1930. Dette på trods af den såkaldte Jersild-dom i 1994, hvor Menneskeretsdomstolen tilkendegav, at Danmark havde krænket ytringsfriheden, og hvorefter opfattelsen af ytringsfriheden blev styrket.[134]

Det hovedansvar, som blev angivet for lovgivningsmagten i lovbemærkningerne til inkorporeringsloven er således blevet modificeret inden for straffelovgivningen

Et konkret eksempel herpå er U2003.2044H, der vedrører udtalelser fremsat i et radiointerview I Højesteret blev der statueret frifindelse i overensstemmelse med EMRK artikel 10 om ytringsfrihed, som denne fortolkes i konventionspraksis. Højesteret bemærkede, at et andet resultat antageligt ville være i strid med EMRK.

Danske domstole har dermed inden for dette konkrete retsområde påtaget sig det egentlige hovedansvar for, at dansk ret bringes i overensstemmelse med EMRK, hvilket således ikke stemmer overens med forudsætningen for formodningsprincippet og den magtbalance der ligger heri.[135] Begrundelsen her kan meget nærliggende være strafferegelens karakter. Det vil næppe være muligt eller ønskeligt at ændre retsreglen ordlyd allerede fordi reglens ordlyd rummer en skønsbeføjelse for domstolene til at udfylde. Der er ikke en tradition for hyppigt at ændre straffeloven, men uanset retsreglen er ældre, kan gældende ret således løbende ændres og præciseres via retspraksis

I et realistisk perspektiv vil det derfor, som det er fremhævet ovenfor, være sådan, at domstolene alt andet lige vil spille en mere aktiv rolle i rettighedsfortolkningen i konkrete menneskeretlige problemstillinger, end det er forudsat i lovbemærkningerne til inkorporeringsloven.[136]

Den *fjerde* situation kan opstår, når lovgiver helt har *overset* konventionspraksis. Situationen er til dels sammenlignelig med situation nr. 3. Der bliver ikke foretaget en tilpasning af dansk ret til EMRK. Forskellen består dog i, at der her forudsættes, at der som udgangspunkt ikke er tale om nyere konventionspraksis.

Dette kan forekomme på to måder. Det kan forekomme, hvor retstilstanden har været status quo siden inkorporeringen af EMRK i dansk ret i 1992, dvs. at der ikke har været nogen dynamisk udvikling i fortolkningen af den konkrete rettighedsbe-

---

rens bog, Menneskeret – en demokratisk udfordring, side 167, at problemstillingerne der behandles i de to artikler vedrører »[…]at Danmark ikke havde fulgt op på den Europæiske Menneskerettighedsdomstols løbende praksis[…]«. Se i øvrigt også Peter Vedel Kessing, *Menneskeretsloven blev en sovepude*, Lov&Ret, nr. 4, juni, 1999.

[134] Jersild mod Danmark, dom af 23.9.1994. Se den danske Højesteretsafgørelse i U1989.399H.

[135] Se også Marianne Holdgaard, 1998, side 42-44, som anfører, at formodningsprincippet, og den magtfordeling, der ligger heri mellem domstolene og Folketinget muligvis i et vist omfang er forladt med en henvisning til dommen U1994.234/2H.

[136] Jf. også Sten Schamburg-Müller, 2004, side 144.

skyttelse. I sådanne tilfælde vil der således i realiteten ikke være tale om nyere konventionspraksis.

Dette kan også forekomme på den måde, at lovgivningen vedtages efter inkorporeringen, men loven er ikke blevet set i en kontekst af konventionspraksis før loven er vedtaget. Lovgiver har med andre ord overset de menneskeretlige krav.

Denne situation er relevant for afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse på baggrund af.

Overser lovgiver således konventionspraksis, betyder det derfor, at formodningen om EMRK-overensstemmelse også kan afkræftes i sådanne tilfælde, og løsningen må, når loven rummer mulighed herfor, foretages af de retsanvendende myndigheder.

Det må antages, at domstolene og de øvrige retsanvendende myndigheder herefter må have kompetence til at træffe afgørelse i overensstemmelse med EMRK for at hindre en krænkelse, fordi lovgiver ikke er tilsigtet en krænkelse.[137]

Denne fjerde situation synes navnlig at illustrere en svaghed ved formodningsprincippet. Den konkrete krænkelse af EMRK bliver efterladt i »tomrum«, idet hverken lovgiver eller domstolene og de øvrige retsanvendende myndigheder reagerer herpå. I sådanne tilfælde vil det især være op til den enkelte borger eller dennes advokat at påberåbe sig EMRK i en konkret sag

Man kan derfor forestille sig, at domstolene og de øvrige retsanvendende myndigheder i en sådan situation vil indrette sig tilsvarende herefter, altså at den konkrete retstilstand i konventionspraksis opdages og ikke implementeres. Dette kan derfor konkret medføre en krænkelse af EMRK, idet domstolene ikke, som det var tilfældet med situation 3, fortolker sig ud af normkonflikten. Det kan dog også være, at domstolene ikke inden for lovens rammer kan indfortolke et menneskeretligt krav. Fx når der ikke foreligger en adgang til domstolsprøvelse.

Den *femte situation* opstår, når lovgiver har udskudt den nærmere stillingtagen af rækkevidden af konventionspraksis til domstole. Dette stemmer følgelig ikke overens med forudsætningerne for inkorporeringen af EMRK og magtbalancen mellem lovgiver og domstolene. Her gælder formodningsprincippet således ikke, idet det er domstolene, der har fået det primære ansvar for tilpasning af dansk ret til EMRK. En sådan situation er i dag fx tilfældet inden for udlændingelovgivningen, hvor proportionalitetsafvejningen ved udvisning af lovgiver er blevet tildelt domstolenes kompetence.[138]

I disse 5 situationer skal domstole og statsforvaltningen således ex officio inddrage EMRK i deres sagsbehandling og afgørelse af forældreansvarssagen.

[137] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1.

[138] Se herom bl.a. Jens Vedsted-Hansen, 2004, side 224 f. og Jonas Christoffersen, *Højesteret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, i U.2000B.593ff.

4. Afkræftelse af formodning i forældreansvarssager?

Som det fremgår af det ovenstående er udgangspunktet for retsanvendelsen af EMRK således denne formodning om dansk rets overensstemmelse med konventionen.

Udgangspunktet må derfor være, at der også skal opereres med en *generel formodning* om, at sagsbehandlingstider og tilstrækkelig adgang til domstolsprøvelse i forældemyndigheds-, bopæl- og samværssager i henhold til forældreansvarsloven fra 2007 – og med de efterfølgende ændringer fra 2012 og 2015 – er i overensstemmelse med konventionens artikel 6 og 8. Denne formodning må også antages som udgangspunkt at gælde hos domstolene, Ankestyrelsen og Statsforvaltningen.

Dette udgangspunkt kan dog modificeres i de situationer som er beskrevet oven for i afsnit 3.

Afhandlingens problemstilling omkring *sagsbehandlingstider* i forældreansvarsager falder under *den første situation*, hvor domstolenes og de øvrige retsanvenderers kompetence til at træffe en afgørelse i overensstemmelse med EMRK i et konkret tilfælde, hvor kravet om rimelig frist ikke er overholdt i det konkrete tilfælde. På den måde fordrer dette, at domstolene ex officio må skulle være opmærksom på problemstillingen om rimelig frist. I sådanne konkrete tilfælde, er det domstolene, Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen – og ikke lovgiver – der skal tage hensyn til den forpligtelse, der er herom i EMRK. De retsanvendende myndigheder skal således foretage de rette foranstaltninger for at løse den konkrete krænkelse.

Det er således svært at operere med en formodning om, at sagsbehandlingstiden i forældreansvarssagerne ved domstolene, Statsforvaltningen og Ankestyrelsen i alle konkrete sager opfylder kravene i EMRK artikel 6 og 8.

Afhandlingens anden problemstilling, der vedrører *domstolsprøvelsen* af forældreansvarssager, kan formentlig gå inden under både den *tredje* og *fjerde situation*, hvor lovgiver enten *ikke reagerer* på *nyere* konventionspraksis eller lovgiver helt har *overset* konventionspraksis.

Retsområdet for disse sager, som det kort er omtalt i kapitel 1, har været igennem en del reformeringer de senere år. Derved har lovgiver haft mulighed for at tage stilling til foreliggende konventionspraksis. Ved de seneste to lovændringer i 2012 og 2015 har der imidlertid ikke i lovbemærkningerne – i modsætning til lovbemærkningerne til lovændringerne i 2007 – været en stillingtagen til den menneskeretlige retstilstand.

Det kan derfor undre, at lovgiver i 2012 ikke har vurderet lovforslagets i forhold til den menneskeretlige retstilstand som anførtes i lovbemærkningerne til lovændringerne i 2007. Der kan stilles spørgsmålstegn ved, om hensigten har været en bevidst undladelse fra lovgivers side, eller om der er tale om ukendskab til konventionspraksis.

Ifølge den daværende socialministers – vist nok benægtende – svar på spørgsmålet *»Kan ministeriet garantere, at ændringerne i forældreansvarsloven fra 2012 ikke bryder med gældende menneskerettighedskonventioner?«* stillet af tidligere fol-

ketingsmedlem for Venstre, Ejvind Hesselbo, i 2014, tyder det på, at der kan være tale om ukendskab til den gældende menneskeretlige retstilstand på området.[139]

Dette eksempel åbner derfor samtidigt op for en vurdering af om domstolene kan og bør arbejde ud fra en formodning om, at domstolsprøvelsen af samværssager er i overensstemmelse med EMRK artikel 6. Dette betyder, at det derfor er tvivlsomt, om forudsætningen vedrørende lovgivers løbende tilpasning af dansk ret, som er indeholdt i formodningsprincippet, i dette tilfælde er opfyldt. Det åbner derved samtidig også op for en vurdering af, om det stadig kan antages at formodningsprincippet er gældende ret i Danmark.

Hvis det i en konkret sag viser sig, at formodningen om EMRK-overensstemmelse i relation til domstolsprøvelsen af danske samværssager kan afkræftes, er spørgsmålet herefter, hvad domstolene skal gøre i en konkret sag for at løse konflikten. Der er umiddelbart to muligheder, og disse vil blive behandlet nærmere neden for i afsnit 6.

Nedenfor vil brugen af konventionspraksis blive behandlet, idet anvendelsen heraf afhænger af nogle forskellige faktorer, der kan have betydning for domstolenes, Statsforvaltningen og Ankestyrelsens retsanvendelse heraf i en konkret forældreansvarssag.

5. Anvendelse af konventionspraksis

Der er flere faktorer, der er vigtige at være opmærksom på, når konventionspraksis inddrages i retsanvendelsen hos danske domstole, og øvrige retsanvendende myndigheder, herunder Statsforvaltningen og Ankestyrelsen.[140] Dette afsnit vil nærmere behandle hvilke retskildemæssige problematikker, der opstår i denne forbindelse, og som i nogle tilfælde kan komplicere retsanvendelsen af EMRK i forældreansvarssager.

Det er for det første nødvendigt, i udgangspunktet, at sondre mellem sager, hvor Danmark er indklaget stat, og sager hvor Danmark ikke er det.

5.1. Sager mod Danmark

Ifølge EMRK artikel 46, stk. 1 er medlemsstaterne forpligtede til at rette sig efter Menneskeretsdomstolens afgørelser i enhver sag, de er part i.

[139]Socialministerens svar på spørgsmål nr. S 1206 stillet af Ejvind Vesselbo (V), d. 1.4.2014, sagsnummer 2014 – 2696..

[140] Det har i retsteorien været diskuteret om efterfølgende konventionspraksis siden inkorporeringen i 1992 er omfattet af inkorporeringsloven. Der er vist i almindelighed enighed om, at den til enhver tid gældendekonventionspraksis fulgte med inkorporeringen. Se bl.a. Marianne Holdgaard, 1998, side 48 f., der også behandler problemstillingen med Grundlovens § 20, Jens Elo Rytter, 2016, side 54, Erik Werlauff, *Europæiske Menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., 2010, side 61 og Ole Spiermann, *Tilbageholdenhed i anvendelsen af internationale menneskerettighedskonventioner*, i U2002B.412 ff.

Som det tidligere er beskrevet, findes der ikke konventionspraksis vedrørende sager mod Danmark inden for afhandlingens emne.[141]

I relation til afhandlingens problemstilling om rimelige sagsbehandlingstider findes der imidlertid sager fra Menneskeretsdomstolen inden for andre retsområder, hvor Danmark har været indklaget stat. Selv om Danmark vel nok er et af de lande, hvor færrest sager er blevet indbragt for Menneskeretsdomstolen, er der alligevel sager mod Danmark, der har fået betydning for retstilstanden i forhold kravet om rimelig frist i EMRK artikel 6.[142]

I 1996 blev Danmark for første gang dømt for en overtrædelse af kravet om rimelig sagsbehandlingstid i EMRK artikel 6, stk. 1. I den såkaldte Bløder-sag[143], hvor flere personer var blevet smittet med HIV efter blodtransfusioner, havde sagsbehandlingstiden været for lang. Sagen havde ikke været behandlet med særligt omhu, som sager af denne type kræver. Menneskeretsdomstolens kritikpunkter i sagen vedrørte bl.a. forberedelsens længde og især Østre Landsrets manglende procesledelse. Retsplejeloven blev som følge af Menneskeretsdomstolens afgørelse ændret på flere punkter for at understrege domstolenes pligt til at sørge for, at sagsbehandlingstiden ikke bliver for langvarig. Blandt ændredes reglerne for rettens adgang til at udsætte sagen, strammere fristregler for indlevering af processkrifter samt mere restriktive regler for adgangen til at fremkomme med nyt processtof.[144]

Danmark er siden Menneskeretsdomstolens afgørelse i Bløder-sagen flere gange blevet dømt for langsommelig sagsbehandlingstid, jf. fx Iversen v. Danmark[145],

[141] Se dog B.N. v. Danmark, sag af 9.10.1989, hvor det ikke var en krænkelse af EMRK artikel 6, at en far til et barn født uden for ægteskab ikke kunne anlægge sag om forældremyndighedsspørgsmålet for domstolene. Fælles forældremyndighed var på daværende tidspunkt ikke anerkendt efter dansk ret, og derfor var EMRK artikel 6 ikke anvendelig. Se også Rasmussen v. Danmark, sag af 28.11.1984, hvor der ikke forelå en krænkelse af adgangen til domstolsprøvelse i artikel 6 i sammenhængen med artikel 14 om forbud mod diskriminering i forhold til lovbestemt frist for anlæggelse af en faderskabssag.

[142] Se fx Marianne Holdgaard, 1998, side 54 f., der nævner eksempler på afgørelser fra Menneskeretsdomstolen, hvor Danmark blev dømt for krænkelse, og som har haft betydning for retstilstanden. Dette gælder fx i forhold til ændring af inhabilitetsreglerne i retsplejeloven efter Hauschildt-sagen samt en praksisændring i forhold til fortolkningen af retten til ytringsfrihed.

[143] A m.fl. mod Danmark, sag af 8.2.1996.

[144] Jf. forslag til lov om ændring af retsplejeloven nr. 178 af 27.2.1997. Som eksempel på en dansk afgørelse, som må ses i lyset af Bløder-sagen, kan nævnes U1996.723Ø, der er beskrevet oven for i afsnit 2.1. Sagsøgeren havde anmodet om, at forberedelsen af sagen, der havde verseret i tre år, og som var berammet til hovedforhandling, blev genoptaget, idet han ønskede et nyt syn og skøn. Østre Landsret nægtede genoptagelse, da, såfremt sagen blev genoptaget af den anførte grund, måtte der påregnes at gå ikke ubetydelig tid, før den kunne afsluttes, idet der tillige henvistes til EMRK artikel 6, stk. 1.

[145] Sag af 28.9.2006. Samme år blev der ved lov nr. 538 af 8.6.2006 indført en bestemmelse i retsplejelovens § 152 a med det formål at sikre, at der eksisterer effektive retsmidler, der kan forhindre eller standse en krænkelse af fristkravet i EMRK artikel 6. Bestemmelsen skal ses i lyset af domfældelser

Christensten v. Danmark[146] og Kurt Nielsen v. Danmark.[147] Idet der således foreligger flere klagesager fra Menneskeretsdomstolen, hvor Danmark har været indklaget stat, inddrages de generelle principper, der kan udledes heraf i relation til dansk ret, i analysen af hvilke menneskeretlige krav, der stilles til sagsbehandlingstidens rimelighed i forældreansvarssager.

5.2. Sager mod andre stater end Danmark

Af EMRK artikel 46, stk. 1 følger det derfor modsætningsvist, at bestemmelsen ikke tillægger afgørelserne bindende virkning i forhold til kontraherende stater, der ikke er part i sagen. Præjudikatværdien af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis betyder imidlertid, at stater, der ikke følger Menneskeretsdomstolens konventionsfortolkning, må forvente at blive dømt for en krænkelse af konventionen, hvis de indklages for Menneskeretsdomstolen.[148]

I forhold til de konventionsbestemmelser, der anvendes i denne afhandling, gælder det, at EMRK artikel 6 og 8 er vag formuleret og/eller at den relevante rettighed ikke kan læses af bestemmelsens ordlyd. Ved fortolkning og anvendelse af konventionen spiller tidligere praksis fra Menneskeretsdomstolen derfor en meget stor rolle. Menneskeretsdomstolen henviser ofte til tidligere praksis, når der skal tages stilling til en fortolkning af konventionen, men ikke i et omfang det hindrer udviklingen af konventionspraksis ved en dynamisk fortolkning.[149]

Det vil være svært at fortolke og anvende konventionens bestemmelser uden at inddrage relevant konventionspraksis. Inddragelse af tidligere konventionspraksis gør det derfor muligt i afhandlingen at beskrive og præcisere indholdet og omfanget af de forpligtelser Danmark har i forhold til EMRK artikel 6 og 8. Den omfattende praksis gør, at der kan udledes generelle principper gældende for kravet om domstolsprøvelse og rimelig frist til brug for fastlæggelsen af gældende ret inden for afhandlingens emne.[150] Derfor anvendes naturligt konventionspraksis fra andre lande i afhandlingen.

I afhandlingens analyse af domstolsprøvelsen af samværssager og rimelige sagsbehandlingstider i forældreansvarssager inddrages derfor afgørelser fra Menneskeretsdomstolen, der vedrører sager mod *andre* medlemsstater. Der er navnlig tale

---

af Danmark ved Menneskeretsdomstolen. Tilsvarende retsmiddel blev ved lov nr. 396 af 30.4.2007 også indsat i konkurslovens § 127 a ved lov nr. 396 af 30.4.2007. Se også betænkning nr. 1484, om hurtigere behandling af konkursboer, 2006, side 104-105 og 115-116. Bestemmelsen i konkursloven skal ses i lyset af domfældelse i Valentin v. Danmark, sag af 26.6.2009, vedrørende et konkursbo.

[146] Sag af 22.1.2009.

[147] sag af 15.2.2000.

[148] Jonas Christoffersen, 2011, side 45.

[149] Marianne Holdgaard, 1998, side 51.

[150] Jf. Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 17, der også nævner eksempler på konkrete rettigheder, herunder domstolsprøvelse og rimelig frist, hvor der kan udledes generelle principper.

om praksis for Menneskeretsdomstolen, men også tidligere Kommissionsafgørelser- og rapporter er anvendt.

Der er tale om en omfattende praksis. Praksis er navnlig domme og afgørelser fra Menneskeretsdomstolen samt afgørelser og rapporter fra den tidligere Kommission. Domme, der er fundet relevante i forhold til afhandlingens emne er inddraget. I relation til afhandlingens *problemstilling om rimelige sagsbehandlingstider* inddrages i analysen, foruden de oven for omtalte danske klagesager, familieretlige afgørelser omhandlende sager om samvær, forældremyndighed og tvangsfjernelse. Der er i vidt omfang tale om sager som Menneskeretsdomstolen i sin praksis selv henviser til.

For så vidt angår afhandlingens *problemstilling om domstolsprøvelse* inddrages i analysen også her sager om samvær og forældremyndighed. Der inddrages imidlertid også andre typer af familieretlige sager og sager, der ikke er inden for familierettens område, idet omfang de har betydning for at kunne afdække retstilstanden på området. Der er bl.a. tale om ledende og skelsættende afgørelser for den gældende retstilstand. Der er ligeledes her i vidt omfang tale om sager, som Menneskeretsdomstolen i sin praksis selv henviser. Den juridiske litteratur er endvidere i den forbindelse blevet anvendt til at give et overblik over hvilke ledende afgørelser, der synes at være på området.[151]

Enkelte afgørelser (såkaldte »inadmissible«-afgørelser), der er afvist fra realitetsbehandling som åbenbart ugrundede, i henhold til EMRK artikel 35, stk. 3, litra a, anvendes derudover i afhandlingen, hvor afgørelsernes sagsforhold er fundet relevante for behandlingen af afhandlingens problemstillinger. Afvisningssagerne kan medvirke til at afklare en nedre grænse for hvad der er tilladt inden for den menneskeretlige retstilstand.[152]

Generelt synes danske domstole, i lyset af risikoen for en krænkelse af EMRK, også at anvende konventionspraksis fra andre medlemsstater ved en stillingtagen til menneskeretlige spørgsmål i konkrete sager.[153]

Allerede før EMRK blev inkorporeret i dansk ret blev det i *retspraksis* set, at danske domstole anvendte afgørelser fra Menneskeretsdomstolen, hvor Danmark

[151] Se Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2010, side 379 ff., Peer Lorenzen, 2011, side 497 ff., Jacobs, White & Ovey, *The European Convention on Human Rigths*, Sixth Edition, Oxford University Press, 2014, side 257 ff., Harris, O'Boyle § Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, Oxford University Press, 2014, side 392 ff. og Pieter Van Dijk i Leo Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention of Human* Rights, Fourth Edition, Intersentia, 2006, side 560 ff.

[152] Marianne Holdgaard, 1998, side 20. Se om Menneskeretsdomstolens afvisningsgrunde fx Peer Lorenzen, i *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer* (Bind 2), Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 3. udg., 2011, side 1093 ff. og Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, side 43 ff.

[153]Eksemplet med ytringsfrihedsområdet nævnt oven for i afsnit 4 viser også dette.

ikke var part i sagen. Særlig interessant for afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse er således U1989.928H.[154] Det ses i dommen, at Højesteret henviste til konventionspraksis:

»Bestemmelserne i bistandslovens afsnit VIII må *i overensstemmelse med de afgørelser, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har truffet vedrørende tilsvarende spørgsmål*, forstås således, at afsnittet omfatter spørgsmålet om ændring af anbringelsesstedet også for børn, der tvangsmæssigt er anbragt uden for hjemmet. Med denne bemærkning stadfæster Højesteret dommen af de grunde, der er anført af landsretten.« (min fremhævelse)

Der var angiveligt tale om konventionspraksis vedrørende sag, hvor Sverige var part. Anvendelsen af denne afgørelse betød, at Højesteret inddrog kriterier fra konventionspraksis som grundlag for en udvidet prøvelse af skønnet.[155]

I fx nogle af samværssagerne indbragt for domstolene i medfør af Grundlovens § 63, fremgår det også af afgørelsernes præmisser, at konventionspraksis har været anvendt. Det skal dog her understreges, at påberåbelsen af EMRK i sagerne ikke har vedrørt krænkelse af retten til en domstolsprøvelse, men andre menneskeretlige forhold. Afgørelserne belyser imidlertid, at danske domstole inddrager afgørelser fra andre medlemsstater i fortolkningen af EMRK. Fx ses dette i TFA2015.465V, hvor landsretten anførte:

»Afgørelsen er som anført af byretten alene begrundet i konflikten mellem forældrene, og der er ikke omtale af omstændigheder vedrørende et muligt seksuelt misbrug som i den sag, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol afgjorde ved dom af 4. oktober 2007 (– – – mod Norge).«

Og i U2004.2764H, hvor følgende fremgår:

»Dette gælder også i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8, jf. bl.a. Domstolens dom af 8. juli 2003 i sagen Sahin mod Tyskland.«

Danske domstole synes imidlertid ikke direkte at anvende konventionspraksis – hverken danske klagesager eller klagesager mod andre medlemsstater – når der tages stilling til om en sagsbehandlingstid har medført en krænkelse af EMRK artikel 6.[156] Årsagen hertil kan formentlig være – som det er beskrevet i kapitel 2 – at der tale om konkret vurdering af sagens faktiske omstændigheder. Det synes dog at

[154] Dommen er nævnt oven for i afsnit 1.

[155] Lars Adam Rehof og Tyge Trier, *Menneskeret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1990, side 91 f. og 206, der anfører, at »Olsson- dommen [har] fået konsekvenser for dansk domstolsprøvelse. Se også Marianne Holdgaard, 1998, side 49 f. der nævner andre eksempler på lovgivningsmagtens og danske domstoles brug og inddragelse af konventionspraksis, hvor Danmark ikke var indklaget stat.

[156] Se fx U.2006.1120 (patientskadesag), TFA2013.225 (ægtefælleskifte) og U.2010.1008 (ægtefælleskifte).

fremgå, at afgørelserne på sin vis afspejler Menneskeretsdomstolens generelle principper for vurderingen af rimeligheden af sagsbehandlingstiden, fx i U2006.1120H, hvor Højesteret anførte, at der ikke var grundlagt for at fastslå en krænkelse af EMRK artikel 6 også selv om sagen måtte kræve *»special diligence«*.

Lovgiver ses heller ikke at sondre mellem sager, hvor Danmark er indklaget stat, og hvor der tale om sager mod andre medlemsstater. I forbindelse med de oven for nævnte ændringer af retsplejeloven efter domfældelsen af Danmark i Bløder-sagen, ses det også i lovbemærkningerne, at lovgiver ikke lagde vægt på, om der var tale en sag med Danmark som stat. Det anføres bl.a.:

»Det er bl.a. på denne baggrund ikke muligt af dommen at udlede nogle mere eksakte krav - herunder tidsfrister eller lignende - som skal være opfyldt, for at kravet om en rimelig hurtig sagsbehandling er opfyldt. Derimod kan der af Menneskerettighedsdomstolens øvrige praksis vedrørende for lang sagsbehandlingstid udledes en række retningslinjer for, hvor længe sagsbehandlingen må vare.«[157]

Der er derudover i lovbemærkningerne til ændring af retsplejeloven et særskilt afsnit, hvor Menneskeretsdomstolens øvrige praksis, som det benævnes, omtales. Her er der fx nævnt en afgørelse med Holland som indklaget stat, som vurdereres at kunne få betydning for en vurdering af sagsbehandlingstiden i civile sager, selv om det var en straffesag.[158]

I lovbemærkningerne til inkorporeringsloven bemærkes det endvidere, at der vil være tilfælde, hvor et spørgsmål henstår som uafklaret og en fortolkning heraf vil bero på den nationale myndigheds fortolkning ud fra en tidligere dom fra Menneskeretsdomstolen. Det gengives, at det af denne grund ikke nødvendiggør, at der i inkorporeringsloven tages stilling til i hvilket nærmere omfang konventionsorganers praksis formelt er bindende.[159]

I bet. nr. 1220/1991 synes det også flere steder forudsat, at det er uden betydning, om der tale om Danmark som part i den pågældende sag, eller om det er et andet land.[160] Tydeligst fremgår det i forbindelse med gennemgang af de tre højesteretsdomme, herunder den ovenfor nævnte U1989.928H, der anvendte EMRK forinden inkorporeringen. [161] Her anførte udvalget:

[157] Jf. de almindelige bemærkninger til lov nr. 178 af 27.2.1997, afsnit 3.1.

[158] De almindelige bemærkninger til lov nr. 178 af 27.2.1997, afsnit 3.2. Se endvidere også bilag 2, der er et særskilt notat omkring EMRK artikel 6, stk. 1.

[159] De almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.2 og bet. nr. 1220/1991, side 195.

[160] Se side 192, 194 og 196.

[161] U.1990.13H (Jydebrødre-sagen) og U.1990.181H (Hørsholm-sagen).

»Afgørelserne må antages at indebære, at danske myndigheder må følge konventionsorganers retsopfattelse med hensyn til konventionens fortolkning, og at det ikke er afgørende, om der er tale om praksis vedrørende Danmark eller en anden stat.«[162]

Menneskeretsdomstolens dynamiske fortolkningsstil bevirker således, at en beskrivelse af gældende ret vil være ganske ufuldstændig uden kendskab til konventionspraksis. En vedvarende opmærksomhed omkring udviklingen i Menneskeretsdomstolens konventionspraksis er derfor nødvendig.[163]

Den altovervejende hovedregel må herefter være, at danske domstole og øvrige retsanvendende myndigheder, herunder Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, er forpligtet til retskildemæssigt at følge EMRKs bestemmelser, som de fortolkes af Menneskeretsdomstolen – også i sager, der vedrører andre medlemsstater.[164]

5.2.1. Særligt om præjudikatværdi

Den retskildemæssige anvendelse og fortolkning af Menneskeretsdomstolens afgørelser, hvor Danmark ikke er part, kræver, at flere forhold tages i betragtning.

Det er for det førte vigtigt at have i mente, at Menneskeretsdomstolen afgørelser er kaustiske, dvs. en sag-til-sag-fremgangsmåde, hvor en bedømmelse sker på baggrund af de faktiske forhold i sagen og i forhold til det pågældende retssystem. Der er forskelle på opbygningen af retssystemerne i de kontraherende stater, hvilket skyldes forskellige retstraditioner. Nogle medlemsstater har domstole, der behandler bestemte typer af sager, fx har nogle stater forfatningsdomstole og familiedomstole. Der er på den baggrund også tale om forskellige processuelle regler, hvilket især vil komme til udtryk i analysen af konventionspraksis vedrørende afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse.

En fuldstændig sammenligning med danske forhold i forældreansvarssager vil derfor i sagens natur ikke kunne foretages. Derfor skal det nævnes, at Menneskeretsdomstolens kaustiske fremgangsmåde derfor også har betydning for præjudikatværdien af afgørelserne; jo mere konkrete præmisserne er formuleret, jo mindre præjudikatværdi vil afgørelsen have. Det gælder dog selvfølgelig, at jo flere afgørelser, der indeholder den samme fortolkning, vil det have betydning for en større

[162] Bet. nr. 1220/1991, side 192. I bet. nr. 1407/2001, side 57, er det endvidere antaget, at det er i kraft af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis vedrørende fortolkning af artikel 6, stk. 1, at kravet om en rettergang inden for en rimelig frist har fået betydning for dansk ret. Dette i er kraft af, at danske domstole foretager en vurdering af sagsbehandlingstiden i lyset af de kriterier, der er udviklet i konventionspraksis. I samme betænkning er det også anført, at ved fortolkningen og anvendelsen af konventionens bestemmelser, inddrager danske domstole ofte praksis fra Menneskeretsdomstolen, og at præmisserne i disse sager afspejler Menneskeretsdomstolens praksis. Disse danske sager, der i denne forbindelse nævnes, indeholder henvisninger til både afgørelser fra Menneskeretsdomstolen, hvor Danmark var part samt også hvor Danmark ikke var.

[163] Lars Adam Rehof og Tyge Trier, 1990, side 119 f.

[164] Jf. også Marianne Holdgaard, side 51.

præjudikatværdi. For at Danmark reelt er forpligtet til at følge en dom fra et andet land, må de danske forhold dog være identiske, eller der må findes holdepunkter for en analog anvendelse af den retstilstand, som Menneskeretsdomstolen har fastslået.[165]

Præjudikatværdien af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis kan dog også variere afhængig af andre forhold.

Menneskeretsdomstolen selv er *formelt* set heller ikke bundet af tidligere afgørelser, men *anser* sig dog i *praksis* for at være bundet af tidligere afgørelser. Dette gælder hvad, enten der er tale om enstemmige afgørelser eller flertalsafgørelser. Afgørelser, der truffet med dissens, vil derfor i almindelighed blive lagt til grund ved efterfølgende afgørelser, der indeholder det samme spørgsmål. Menneskeretsdomstolen har flere gange givet udtryk for, at den anvender tidligere praksis af hensynet til retssikkerheden, og da en udvikling af konventionens praksis tilsiger en sådan fremgangsmåde.[166]

I takt med, at Menneskeretsdomstolen afsiger et stort og stigende antal afgørelser og domme, vil det mindske behovet for at henvise til praksis fra Kommissionen.[167] Det ses at være tilfældet inden for afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse. Alligevel inddrages flere kommissionsafgørelser i analysen, idet disse bidrager til en overordnet forståelse for rækkevidden af retstilstanden, som den gælder i dag, og for en historisk menneskeretlig udvikling inden for dette retsområde.

Størrelsen af dissens, dvs. hvor en stor gruppe af dommere, der dissenterer, er også en vigtig indikator for afgørelsens præjudikatværdi.[168] I afhandlingen nævnes dissenser, hvor det er fundet at have betydning for fortolkningen og forståelsen af rækkevidden af den konkrete afgørelse. Derudover er énkelt dissens i afhandlingen anvendt som et *hjælpemiddel* til at beskrive en retlig problemstilling.[169]

Præjudikatværdien af en afgørelse må ses også i lyset af, om det er et af Menneskeretsdomstolens fem kamre (»chambers«), der træffer afgørelsen, eller om det er Storkammeret (»Grand Chamber«). Storkammeret består af 17 dommere, der træffer afgørelser i principielle sager, enten som første instans eller intern appelinstans, jf. EMRK artikel 30 og 31[170] En endelig afgørelse afsagt af Storkammeret uden

[165] Marianne Holdgaard, 1998, side 53.

[166] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 17

[167] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 19.

[168] Jørgen Aall, *Rettergang og menneskerettigheder, Den europæiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeproces*, Universitetsforlaget, Bergen, 1995, side 48. Se også Marianne Holdgaard, 1998, side 52.

[169] Se kapitel 10, afsnit 2.5.1.

[170] Se for en dybdegående behandling om Menneskeretsdomstolens sammensætning, kompetence og procedure fx Jacobs, White & Ovey, 2014, side 21 ff., Harris O'Boyle & Warbrick, 2014, side 104 ff. og Peer Lorenzen, 2011, i EMRK-kommentaren til artikel 20-40.

dissens vil derfor have en stor præjudikatværdi. Der skal meget til at fravige et sådant præjudikat.[171]

En anden faktor er endvidere afgørelsens alder. I takt med, at samfundsudviklingen ændrer sig, kan dette fordre en praksisændring, jf. det dynamiske fortolkningsprincip. En ældre afgørelse vil følgelig have en mindre præjudikatværdi end en nyere afgørelse. [172] Selv om Menneskeretsdomstolen i praksis anser sig for bundet af tidligere afgørelser, har Menneskeretsdomstolen dog i sager understreget, at den vil fravige en tidligere afgørelse, såfremt der er tungtvejende grunde hertil.[173] Dette vil være som følge af den dynamiske fortolkningsmetode, som behandles i kapitel 4.[174]

5.3. Klar konventionspraksis

En klar konventionspraksis foreligger, når Menneskeretsdomstolen har taget stilling til et så stort antal af sager, at det er muligt at fastlægge detaljerede generelle principper.[175]

Er konventionspraksis så tilstrækkelig klar, at det kan udledes, hvordan en menneskerettighed skal fortolkes, må det gælde, at danske domstole og øvrige retsanvendende myndigheder, herunder Statsforvaltningen og Ankestyrelsen skal følge denne fortolkning.[176] Dette følger allerede af, at EMRK er inkorporeret i dansk ret. Tilsvarende er tilfældet, når menneskerettigheden klart fremgår af EMRKs ordlyd.[177] Det er dog kun i få og oplagte tilfælde, at menneskerettigheden direkte kan læses af konventionsbestemmelsernes ordlyd.[178]

[171] Jørgen Aall, 1995, side 49. Se også Marianne Holdgaard, 1998, side 52 f.
[172] Jørgen Aall, 1995, side 48. Se også Marianne Holdgaard, 1998, side 52.
[173] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 17 ff. og Jonas Christoffersen, 2011, side 25.
[174] Se afsnit 1.4.
[175] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 17.
[176] Jonas Christoffersen, i Henrik Zahle (red.), *Grundloven med kommentarer*, 2006, side 21. Såfremt danske domstole dog vil gå videre end Menneskeretsdomstolen i sin fortolkning anbefales, at det som minimum klart tydeliggøres, at der er tale om en selvstændig fortolkning af EMRK, således at det står klart for lovgivningsmagten, at lovgivningen ændres uden dette nødvendigvis vil være i modstrid med EMRK, jf. Jonas Christoffersen, *Primaritetsprincippet – nye tanker om EMRKs stilling i dansk ret*, i Mikael Rasmussen (red.), Menneskeretsdomstolen – 50 års samspil med dansk ret og politik, Thomson Reuters, 1. udg., 2009, side 173.
[177] Marianne Holdgaard, 1998, side 45.
[178] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 17, Marianne Holdgaard, 1998, side 45 og bet. nr. 1407/2001, side 307.

5.4. Uklar konventionspraksis

Det er som omtalt hovedreglen, at de fleste EMRK-bestemmelser indeholder brede standarder, som er vag formuleret. Det kan derfor forekomme, at den menneskeretlige tilstand har uafklarede spørgsmål.

I sådanne situationer, hvor der ikke foreligger en klar konventionspraksis, opstår der spørgsmål om hvordan og hvem, der skal fortolke. Det centrale i denne forbindelse er, om det er lovgiver eller domstolene, som skal fortolke.[179] Hvor en konkret sag kommer for domstolene, er spørgsmålet om en klar dansk lovbestemmelse vil blive tilsidesat af domstolene i de tilfælde, hvor der ikke findes klar støtte for fortolkningen i konventionspraksis, dvs. i de få tilfælde, hvor en harmoniserende fortolkning ikke kan foretages.

Det mest hensigtsmæssige må være, at danske domstole og øvrige retsanvendende myndigheder som *udgangspunkt* selv fortolker og anvender EMRK igod tro i overensstemmelse med Menneskeretsdomstolens dynamiske fortolkningsprincipper.[180]

Danske domstole og øvrige retsanvendende myndigheder kan således med deres anvendelse og fortolkning af de enkelte konventionsbestemmelser søge at løse en eventuel og potentiel konflikt mellem EMRK og øvrig dansk ret. Såfremt danske domstole selvstændigt anvender Menneskeretsdomstolens fortolkningsprincipper, kan der derved skabes et fundament for, at den menneskeretlige tilstand bliver afklaret og fortolket på *nationalt niveau*. Dette er i overensstemmelse med *subsidiaritetsprincippet*, hvorefter det i første række påhviler nationale myndigheder at fortolke og anvende EMRK. [181]

Herefter må det være den enkelte borgers valg, såfremt denne ikke er enig i resultatet af fortolkningen, om der skal indgives en klage til Menneskeretsdomstolen. Lovgiver må også kunne gribe ind, såfremt denne finder, at domstolenes fortolkning er gået for vidt. Lovgiver må således kunne foretage en lovændring med henblik på at sikre, at fortolkningen sker inden de rammer lovgiver ønsker, dog med øje, at fortolkningen ikke kommer i modstrid med EMRK, medmindre det er det, lovgiver tilsigter.[182] Den bindende og endelige fortolkning af de enkelte konventionsbestemmelser henhører dog følgelig under Menneskeretsdomstolen.

[179] Jonas Christoffersen, i Henrik Zahle (red.), 2006, side 19.

[180] Jf. også Marianne Holdgaard, 1998, side 45 og Jens Elo Rytter, 2016, side 58. Se tillige Jens Elo Rytter, *Danskeuropæisk menneskerettighedsbeskyttelse – om en fredelig forfatningsretlig revolution*, i Juristen, 2010, side 187 ff. og Jens Vedsted- Hansen og Ida Elisabeth Koch, 2004, side 31 samt Jonas Christoffersen, *Primaritetsprincippet – nye tanker om EMRKs stilling i dansk ret*, i Mikael Rasmussen (red.), Menneskeretsdomstolen – 50 års samspil med dansk ret og politik, Thomson Reuters, 1. udg., 2009, side 160 ff., der er fortaler for, at det primært er lovgiver, der skal foretage disse selvstændige fortolkninger. Fortolkningsprincipperne bliver behandlet i kapitel 4, afsnit 1.4..

[181] Jf. også Jonas Christoffersen, 2009, side 160.

[182] Jens Elo Rytter, i Juristen, 2010, side 187 ff.

Danske domstolenes selvstændige fortolkning nævnes i lovbemærkningerne til inkorporeringsloven i relation til to situationer, hvor danske domstole skal være *tilbageholdende* med at foretage en selvstændig fortolkning og udfyldning, hvis der ikke er en klar konventionspraksis. Denne tilbageholdenhed skal domstolene praktisere i disse to situationer:

1) hvis der en fast og langvarig praksis, *og* en ændring heraf vil medføre vidtgående konsekvenser for det danske samfund eller

2) hvis der er tale om en klar dansk lovbestemmelse.[183]

Der kan dermed ikke findes støtte for den anførte holdning i lovbemærkningerne til inkorporeringsloven, men herfra må der formentlig kunne sluttes modsætningsvis således, at i situationer, der ikke hører under de to foregående, kan domstolene selvstændigt fortolke og udfylde EMRK. Dette resultat kan forudsætningsvis kan støttes på bemærkningerne til inkorporeringsloven, hvor det fremgår, at dansk ret skal håndhæves med de forbehold og korrektioner, der er nødvendige for at opfylde landets internationale forpligtelser, samt at danske domstole og øvrige retsanvendende myndigheder har pligt til så vidt muligt at lægge EMRK til grund ved fortolkningen af dansk ret.[184] Så meget desto mere fremgår det også af bemærkningerne til inkorporeringsloven, at hvis lovgiver undlader at tage stilling til tvivlspørgsmålet, kan domstolene være nødt til at tage stilling og dermed selv fortolke og anvende EMRK, hvis en tilsvarende sag indbringes for dem igen.[185]

Nogle forfattere deler ikke dette synspunkt, idet det fremhæves, at den traditionelle rollefordeling, som forudsat i lovbemærkningerne, mellem lovgiver og domstolene, da forrykkes.[186] Synspunktet bygger på grundlæggende forfatningsretlige principper, hvor der »i et demokratisk samfund […] må være en klar formodning for, at det sidste ord ligger hos den folkevalgte lovgivningsmagt, og at domstolene derfor kun kan sætte foden ned, hvis det med betydelig sikkerhed følger af de regelsæt, der begrænser lovgivningsmagtens kompetence.«[187]

[183] Jf. de almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1. Se også bet. nr. 1220/1991, side 197 f.

[184] Marianne Holdgaard, 1998, side 44 ff. Se de almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.1.

[185] Jf. de almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1.

[186] Jf. bl.a. Jørgen Steen Sørensen, *Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – en kommentar til professor, ph.d. Jens Elo Rytter*, i Juristen nr. 9, 2010, side 252 ff. og samme forfatter om *Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – en duplik til professor, ph.d. Jens Elo Rytter*, i Juristen nr. 10, 2010, side 309 f. samt Jens Peter Kristensen, i *Dansk Statsret*, 2016, side 43 f.

[187] Jørgen Steen Sørensen, Juristen nr. 9, 2010, side 258 og Jens Peter Kristensen, i Dansk Statsret, 2016, side 44,

Navnlig bæres dette synspunkt af en vis skepsis for netop Menneskeretsdomstolens dynamiske fortolkningsprincipper, der er »udtryk for den grundlæggende anderledes forståelse af domstolenes rolle i et demokratisk samfund end, der historisk set har kendetegnet dansk ret«.[188]

En respekt for den traditionelle rollefordeling mellem lovgiver og domstolene er en selvfølge, især ved en stillingtagen til Grundloven og dens forhold til den menneskeretlige retstilstand. Dette ændrer dog ikke på, at rollefordelingen ikke er så traditionel længere – dette gælder i høj grad den forudsatte magtbalance mellem domstolene og lovgivningsmagten ved EMRK-spørgsmål. Det kan der anføres at være flere grunde til.

Påvirkningen af dansk ret set i lyset af international ret, herunder især EMRK og EU-retten, er til stadighed stigende. Derudover har de således vist sig, at forudsætningerne for EMRKs inkorporering, som ligger 20 år tilbage, ikke helt har holdt stik. Formodningen om konventionsmæssighed, kan i forskellige situationer blive afkræftet.[189]

Dette gælder bl.a. fordi lovgiver i nogle tilfælde ikke kan påtage sig ansvaret for EMRKs implementering i dansk ret, mens det i andre tilfælde har vist, at lovgiver har overgivet dette ansvar til domstolene.[190] I forhold til sidstnævnte tilfælde, hvor Udlændingelovgivningen er et eksempel på dette, har det været nødvendigt for Højesteret at leve sig ind i Menneskeretsdomstolens fortolkningsstil for at kunne fortolke EMRK selvstændigt, idet Højesteret i kraft af denne kompetencedelegation fra lovgiver, har skullet afgøre udlændingesager på et uklart konventionsgrundlag.[191]

Hvorvidt danske domstole generelt har fulgt en forsigtig linje, i overensstemmelse med forudsætningerne for inkorporeringen, ved at afstå for en selvstændig anvendelse og fortolkning af EMRK, hvor der ikke foreligger en klar konventionspraksis, synes der heller ikke helt enighed om i den juridiske litteratur.[192]

Det må navnlig skyldes, at retspraksis ikke tegner et entydigt billede. Situation nr. 1 fra lovbemærkningerne til Inkorporeringsloven bygger antageligt på Højesterets afgørelse i U1990.181H, der blev afsagt før Inkorporeringslovens vedtagelse. Her overlod Højesteret det generelle spørgsmål, om det var i strid med EMRKs krav om upartiskhed, at samme dommer behandlede flere på hinanden følgende straffesager i det samme sagskompleks til lovgivningsmagten. Højesteret vurdere-

[188] Jørgen Steen Sørensen, 2010, side 259 og Jens Peter Kristensen, i Dansk Statsret, 2016, side 44.

[189] Som redegjort for oven for i afsnit 3.

[190] Se også Jens Elo Rytter, *Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. En replik til rigsadvokat Jørgen Steen Sørensen*, i Juristen, nr. 9, 2010, side 260.

[191] Jens Peter Kristensen, *Domstolene – den tredje statsmagt*, Magtudredningen, 2004, side 42.

[192] Jens Elo Rytter, 2016, side 58 og Jørgen Steen Sørensen, *Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – en kommentar til professor, ph.d. Jens Elo Rytter*, i Juristen nr. 9, 2010, side 253, og bet. nr. 1546/2004, side 105 mener vist, at domstolene har været forsigtige. I en forudsætningsvis anden retning se Jonas Christoffersen, i U2000B.593ff.

de, at der ikke forelå nogen klar konventionspraksis vedrørende denne situation, og at en ændring af denne faste og langvarige retspraksis ville have vidtrækkende konsekvenser for domstolsorganisationen. I tillige U1995.428H fandt Højesteret, at der var en usikkerhed omkring rækkevidden af EMRK artikel 6, stk. 1 i forhold til anvendelse af konstituerede dommere i straffesager, og overlod afklaringen af spørgsmålet til lovgiver.[193]

Der findes også eksempler på, at danske domstole har afvist at anvende EMRK i tilfælde, hvor der ikke har været et tilstrækkeligt grundlag for en given fortolkning eller tvivl om en given fortolkning. Dette ses fx i U2012.2761H, hvor Højesteret kom frem til, at den danske starthjælp ikke var i strid med bl.a. EMRK.[194]

Danske domstole har dog ikke vist denne samme grad af tilbageholdenhed som forudsat af lovgiver, idet afgørelser er blevet truffet på baggrund af en selvstændig anvendelse af EMRK, selv om der ikke forelå nogen klar konventionspraksis og på trods af, at det ville have vidtgående konsekvenser for retstilstanden.[195]

Allerede før vedtagelsen af Inkorporeringsloven fortolkede Højesteret sig ud af en krænkelse af EMRK. I U1990.13H (»Jydebrødesagen«) »bortfortolkede« Højesteret ordet »alene« i habilitetsreglen i retsplejelovens § 60. Højesteret havde ikke fundet grundlag for at antage, at Folketinget, der havde været opmærksom på problemstillingen i forbindelse med vedtagelse af den pågældende regel, havde tilsigtet en udtømmende regulering af spørgsmålet. Højesteret statuerede inhabilitet i en situation, der ikke alene byggede på en særlig bestyrket mistanke, men også på andre forhold. Retsplejeloven måtte fortolkes i overensstemmelse med de principper, der var blevet lagt til grund i Hauschildt-sagen, selv om der således ikke var tale om direkte sammenligelig situation.

I samme retning hjemviste Højesteret i U1996.234/2H sagen til fornyet behandling ved byretten. Højesteret havde fundet, at en dommer var inhabil som følge af, at han havde afsagt kendelse om fortsat varetægtsfængsling under domsforhandlingen. Dette selv om retsplejelovens § 60, stk. 2 var blevet ændret i overensstemmelse med Menneskeretsdomstolens praksis, således, at en dommer ville være inhabil *forinden* domsforhandlingen, når der var sagt en kendelse om varetægtsfængsling. Højesteret udtalte, at forudsætningen for retsplejelovens § 60, stk. 2 ikke kan være bindende, såfremt den må anses for uforenelig med EMRK artikel 6, som den fortolkes af konventionsorganerne. Spørgsmålet her angik således inhabilitet *under* fortsat domsforhandling, og her tilsidesatte Højesteret retsplejelovens ordning her-

[193] Jonas Christoffersen, i U2000B.593ff. formoder i denne forbindelse, at Højesteret reelt har antaget, at der forelå forenelighed med EMRK.

[194] Bet. nr. 1546/2015, side 17.

[195] Jonas Christoffersen, *Højesteret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, i U.2000B.593ff.

om, på trods af, at der ikke forelå en klar konventionspraksis, og at det ville få vidtrækkende konsekvenser.[196]

5.4.1 Klarhedskrav?

På grund af den ovenstående retspraksis, der peger i forskellige retninger i forhold til tilbageholdenhed hos de danske domstolene, kan der stilles spørgsmålet, om dette er udtryk for et klarhedskrav, der kan eller bør variere i styrke afhængig af den konkrete normkonflikt med EMRK.[197]

Det forhold, at Højesteret i U1990.181H og U1995.428H har statueret tilbageholdenhed på grund af uklar konventionspraksis og de vidtrækkende konsekvenser en statuering af konflikt med EMRK vil have, betyder nødvendigvis ikke, at Højesteret vil udvise samme tilbageholdenhed, blot konventionspraksis er uklar.[198]

Inkorporeringsudvalget i bet.nr. 1407/2001, hvis forslag ikke er blevet realiseret, har foreslået, med inspiration fra Peer Lorenzen – der sad i betækningsudvalget – en tre-trins model, hvor tilbageholdenheden knyttes til et klarhedskrav. Der sondres mellem tre kategorier:

1) Der foreligger en afklaring med hensyn til konventionens fortolkning, idet der foreligger praksis, der direkte har taget stilling til pågældende fortolkningsspørgsmål

2) Der kan på grundlag af praksis med betydelig grad af sikkerhed fastslås, hvorledes et fortolkningsspørgsmål må forventes at ville falde ud og

3) Der findes ikke nogen praksis eller hvor praksis ikke giver grundlag for slutninger med rimelig sikkerhed.[199]

For så vidt angår den tredje kategori antages der ikke at foreligge en konflikt. En indvending bør generelt foretages herimod, idet fravær af konventionspraksis ikke

[196] I samme retning U1994.536H, hvor Højesteret fandt, at det ikke var foreneligt med EMRK artikel 6, at straffesagen blev behandlet under medvirken af en konstitueret dommer, der samtidig var tjenestegørende i Justitsministeriet. Højesteret fandt dog, at en generel afklaring af spørgsmålet om anvendelsen af konstituerede dommere og foreneligheden med EMRK burde ske gennem lovgivningen på grund af de vidtrækkende konsekvenser spørgsmålet havde for domstolsorganisationen. Se for en gennemgang af øvrige domme fx Jens Elo Rytter, 2016, side 58, Jens Elo Rytter, Juristen, nr. 6/7, 2010, side 187 ff, Jørgen Steen Sørensen, Juristen nr. 09, 2010, side 251 ff. og Jonas Christoffersen, U.2000B.593ff.

[197] Torben Jensen, *Højesteret og Retsplejen*, 1. udg., GadJura, 1999, side 284, anfører, at kravet til klarhed nødvendigvis må skærpes i takt med konsekvenserne.

[198] Jonas Christoffersen, U2000.B593ff., og Ole Spiermann, U2002.B412ff.

[199] Bet. nr. 1407/2001, side 307. Se Peer Lorenzen i Lov&ret, 03, 1999, side 4 ff.

kan betyde fravær af internationale forpligtelser. Derfor er denne model med rette blevet kritiseret for at være for snæver, da de danske retsanvendende myndigheder er nødt til at forholde sig selvstændigt til retskildematerialet, dvs. fortage en selvstændig fortolkning af den konkrete rettighed i EMRK, og dermed ikke lægge afgørende vægt på praksis. Et strengt klarhedskrav stemmer derfor heller ikke overens med det oven for nævnte subsidiaritetsprincip. [200]

De afgørelser, Højesteret har afgjort, må nok angå sagerne i den anden og tredje kategori.[201] I de sager, hvor Højesteret udviste tilbageholdenhed var det ikke alene på grund af usikkerheden omkring fortolkning af konventionspraksis, men også på grund af de vidtrækkende konsekvenser for indretningen af det danske domstolssystem.

En tilbageholdenhed bør derfor ikke knyttes op på et klarhedskrav, men i stedet på magtbalancen mellem lovgiver og domstolene i forhold til sager, der indeholder spørgsmål af retspolitisk karakter.[202]

Det er usikkert, om domstolene vil føle sig forpligtet til at følge disse retningslinjer, og benytte dem som sikkerhedstærskel for en tilbageholdenhed i statueringen af en krænkelse af EMRK.[203]

6. Konflikt mellem EMRK og øvrig dansk ret

Som det fremgår af de foranstående afsnit bliver udgangspunktet om normharmoni visse situationer modificeret, idet det således viser sig, at den øvrige danske lovgivning ikke lever op til konventionskravene. Med andre ord opstår der en konflikt mellem EMRK og øvrig dansk lovgivning.

Det er redegjort for, at disse konflikter – kort fortalt – opstår, enten fordi der foreligger nyere konventionspraksis, som strider mod den gældende danske retstilstand, fordi Folketinget lovgiver i strid med EMRK eller fordi der opstår en konkret konflikt i praksis.[204]

Vanskelighederne ved at anvende EMRK som retskilde i dansk ret kommer især til udtryk ved disse normkonflikter, idet der opstår spørgsmål omkring forrang og prioritering retskilderne imellem. Dette gælder navnlig i det tilfælde, hvor en konflikt mellem EMRK og øvrig dansk ret ikke kan fjernes ved harmoniserende fortolkning.[205]

I dette afsnit vil der derfor blive redegjort for de retskildemæssige overvejelser, der opstår i denne forbindelse, herunder hvilke retningslinjer, der må antages at

[200] Ole Spiermann, U2002B.412ff. og Jonas Christoffersen, i Henrik Zahle (red.) 2006, side 20.
[201] Ole Spiermann, U2002.B412ff.
[202] Jf. Jonas Christoffersen, U2000B.593ff og Ole Spiermann, U2002.B412ff.
[203] Jf. Jens Elo Rytter, 2016, side 58. Retningslinjerne synes at nyde en vis tilslutning i den juridiske litteratur, se fx forudsætningsvis Torben Jensen, 1999, side 284 og Jørgen Steen Sørensen.
[204] Se også Marianne Holdgaard, 1998, side 56.
[205] Jens Elo Rytter, 2016, side 56.

gælde ved løsningen en eventuel konflikt mellem EMRK og den øvrige danske lovgivning, herunder lovgivningen om forældreansvarssager.

Afsnittet er opdelt således, at der indledes med generelle, relevante betragtninger, hvorefter disse anvendes i forhold til afhandlingens to hovedproblemstillinger omkring domstolsprøvelse og sagsbehandlingstider.

6.1. Konflikt mellem EMRK og øvrig dansk almindelig lovgivning

I forbindelse med Folketingets beslutningsforslag om nedsættelse af udvalget til vurderingen af en eventuel inkorporering af EMRK, afviste Folketinget at nedsætte en forfatningskommission med henblik på at overveje en generel revision af Grundloven. [206] Det blev herefter ikke fundet nødvendigt med en inkorporeringsbestemmelse i Grundloven.[207] EMRK indgår dermed ikke i den øverste del af retskildehierarkiet på linje med Grundloven.[208]

Det skal indledningsvist fremhæves, at der ikke opstår en normkonflikt i de tilfælde hvor den øvrige dansk ret giver en *bedre beskyttelse* end EMRK. Dette følger også af EMRK artikel 53, der foreskriver en sikring af allerede eksisterende menneskerettigheder. Fortolkningen af EMRK må ikke anvendes som en begrænsning eller en afvigelse fra de menneskerettigheder, der er sikret i national lovgivning.

6.1.1. EMRK-forrang med modifikationer

Der er i den juridiske retsteori almindelig enighed om, at EMRK ved inkorporeringen ikke blev sikret ét højere trin end almindelig lovgivning, *men* i tilfælde af en konflikt mellem EMRK og øvrig dansk lovgivning, vil EMRK dog, som udgangspunkt. have *forrang* frem for øvrig dansk lovgivning.[209]

Dette antages forudsætningsvis at følge af lovbemærkningerne til inkorporeringsloven, og er senere i en lang række situationer fastlagt i retspraksis, jf. det i afsnit 3 anførte.[210]

Der kan derfor argumenteres for, at det må være uden betydning, om den modstridende lov er vedtaget før eller efter inkorporeringen i 1992, og om modstriden følger af en ældre eller nyere konventionspraksis end den pågældende lovbestem-

[206] Beslutningsforslag 33, FT 1989/90, spalte 2827 ff.

[207] Bet. nr. 1220/1991, side 149.

[208] Jf. også Jens Vedsted-Hansen og Ida Elisabeth Koch, side 43.

[209] Marianne Holdgaard, 1998, side 39, Jens Vedsted-Hansen og Ida Elisabeth Koch, 2004, side 43, Jens Elo Rytter, 2016, side 55 samt Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret 3*, 3. udg., Christian Ejlers' Forlag, 2006, side 43 f. Se også Erik Werlauff, *Europæiske menneskerettigheder – en praktisk indføring*, 2. udg., Gjellerup, 2010, side 63. Det samme gælder dog for så vidt ikke i forholdet mellem EU-retten og dansk ret. I H.D. 6. december 2016 i sag 15/2014 (1. afdeling) fastslå Højesteret, at en klar dansk lovbestemmelse i forholdet mellem private parter går forud for det uskrevne EU-retlige princip om forbud om forskelsbehandling.

[210] Se de almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4 og bet. nr. 1220/1991, side 196 ff. Se også bet. nr. 1407/2001, side 308 f.

melse.[211] Dette må antages at gælde, som hovedregel, uanset, at en anvendelse af de almindelige fortolkningsprincipper *lex specialis, lex posterior og lex superior* vil føre til et andet resultat.[212]

EMRK er derfor på grund af inkorporeringen blevet betegnet som »quasi-konstitutionel«, og indtager derfor en *retskildemæssig særstilling* i dansk ret.[213]

Dette udgangspunkt *modificeres* dog, hvis der er tale om, at lovgiver har ønsket at *fravige* EMRK.[214] Dette fremgår klart af lovbemærkningerne til inkorporeringsloven:

»Har Folketinget ønsket at fravige en konventionsbestemmelse og/eller en bestemt fortolkning heraf, må den senere lovbestemmelse i sådanne tilfælde gå forud for den omhandlede konventionsbestemmelse. De retsanvendende myndigheder og domstole har i disse tilfælde ikke mulighed for at anlægge en folkeretskonform fortolkning af den pågældende lovbestemmelse.«[215]

Domstolene skal også være tilbageholdende, hvis det har store konsekvenser jf. U1990.181H om konstituerede dommere.

Er domstolene eller øvrige retsanvendere i tvivl, om hvorvidt lovgiver har ønsket at fravige EMRK, skal en stillingtagen hertil ske ved en gennemgang af samtlige relevante retskilder, herunder den pågældende lovgivnings forarbejder.[216] Se fx landrettens afgørelse i U2002.1789H.[217]

Denne fravigelse eller en udtrykkelig accept af, at en fravigelse kan blive en mulighed, skal fremgå af lovforarbejderne i forbindelse med vedtagelsen af den pågældende lov.[218]

Domstolene og de øvrige retsanvendende myndigheder vil som udgangspunkt være bundet heraf, uanset at konventionspraksis normerer noget andet.[219] I bet. nr.

[211] Jf. også Jens Elo Rytter, 2016, side 54.

[212] Marianne Holdgaard, 1998, side 39. I de almindelige lovbemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1, nævnes dog alene lex posterior i forhold til en ældre lov end EMRK. Læser man lovforslaget i sin helhed, kan man således argumentere for en EMRK-forrang også i andre tilfælde.

[213] Jens Vedsted-Hansen og Ida Elisabeth Koch, 2004, side 43 og Jens Elo Rytter, 2016, side 55.

[214] Jens Vedsted-Hansen og Ida Elisabeth Koch, 2004, side 43.

[215] Jf. de almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1 og bet. nr. 1220/1991, side 197.

[216] Jf. de almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1 og bet. nr. 1220/1991, side 197.

[217] Det skal bemærkes, at landsrettens afgørelse ikke blev stadfæstet, men eksemplet kan uanset anvendes fordi, det viser, at domstolene undersøger alt relevant retskildemateriale for at finde ud af, om lovgiver har tilsigtet en menneskeretlig krænkelse.

[218] Bet. nr. 1407/2001, side 309. Se også Jens Elo Rytter, 2016, side 55.

[219] Jens Vedsted-Hansen og Ida Elisabeth Koch, 2004, side 31, Marianne Holdgaard, 1998, side 57 og Jens Elo Rytter, 2016, side 55.

1407/2001 anføres det, at det bør indgå med særligt vægt, såfremt lovgiver udførligt i et lovforslag har vurderet forholdet til internationale menneskerettighedskonventioner.[220] Dette vil styrke lovforslagets betydning for konkrete afgørelser.[221]

6.1.2. Hvornår er der en konflikt?

Det må være domstolene og de øvrige retsanvendende myndigheder, der er nærmest til at vurdere, hvorvidt der foreligger en konflikt mellem EMRK og øvrig dansk ret.[222]

Hvis ikke lovgiver har valgt at fravige EMRK, må det herefter være domstolenes ansvar, at sikre konventionsforpligtelsens efterlevelse. Vurderingen må bero på en inddragelse af alt relevant retskildemateriale. Det betyder i praksis, at retsanvendernes opgave består i en stillingtagen til rækkevidden af konventionspraksis, men også i forlængelse heraf en vurdering af, hvorvidt en anvendelse og fortolkning heraf vil kunne få vidtrækkende konsekvenser for den pågældende retstilstand.

6.1.3. Løsning af konflikt

Såfremt retsanvenderne vurderer, at der er en konflikt mellem EMRK og øvrig dansk ret, skal denne konflikt løses.

Idet der antages at gælde denne forrangformodning – som dog kan fraviges – kan *traditionelle fortolkningsprincipper* ikke anvendes ved løsning af en konflikt mellem EMRK og øvrig dansk lovgivning. Det er der flere grunde til.

En konflikt mellem EMRK og øvrig dansk lovgivning kan ikke løses af enkle principper som *lex posterior-princippet*. Det kan anføres, at lex posterior-princippet helt er uden relevans, idet det den danske lovgivning kan være vedtaget senere end Inkorporeringsloven i 1992.[223]

Af samme grund er det svært at bruge den i retsteorien udviklede *formodningsregel*.[224] Dette fortolkningsprincip foreskriver, såfremt den danske lovbestemmelse efter fortolkningen ikke giver anledning til tvivl og ikke synes at stride mod EMRK, opstilles der en formodning om, at lovgiver har ønsket at overholde EMRK. Reglen kan således vanskeligt finde anvendelse i de tilfælde, hvor EMRK er yngre end den øvrige danske lovgivning.[225]

Udover denne formodningsregel er der også den såkaldte *fortolkningsregel*, som ligeledes er udviklet i retsteorien. Fortolkningsreglen går i sin enkelthed ud på, at den øvrige nationale ret, hvor dens udtryk er tvetydige, i tilfælde af fortolknings-

[220] Bet. nr. 1407/2001, side 308.

[221] Jf. Jonas Christoffersen, i Henrik Zahle (red.), side 22.

[222] Jf. Jens Elo Rytter, 2016, side 58.

[223] Se Mohammed Ashan og Søren Skibsted, *Menneskerettighedskonventionernes retskildemæssige status i dansk ret*, i Juristen nr. 3, 2002, side 92 ff., der anfører det samme i relation til en-ikke inkorporeret traktat.

[224] Jf. også de almindelige bemærkninger til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1.

[225] Mohammed Ashan og Søren Skibsted, 2002, side 92 ff.

tvivl må forstås på den måde, der bedst bringer den i overensstemmelse med den menneskeretlige forpligtelse.[226]

En indvendig mod dette fortolkningsprincip er bl.a., at reglen formentlig ikke er giver et illustrativt billede af, hvorledes fortolkningen foretages i praksis.[227]

Men det har ikke nogen reel betydning for resultatet, om det er den ene eller anden regel, der anvendes. Af retspraksis fremgår der ikke nogen klar sondring herimellem.[228] Henrik Zahle har dækkende sammenfattet sine indvendigheder mod reglerne ved at anføre, at de »er uegnede til at forklare – og styre – praksis.«[229]

Spørgsmålet er herefter hvordan denne EMRK-forrang »gives« i praksis af domstolene og øvrige retsanvendere, når de skal søge hindre, at en konflikt bliver reel.

Det kan være nødvendigt at *sondre* mellem hvilken konflikt, der er tale om; om der tale om regelmodsigelse, dvs. om der er modstrid mellem konventionspraksis og en dansk retsregel eller om der tale om en normkonflikt, som konkret opstår i praksis, men hvor retsreglerne generelt er i overensstemmelse med konventionspraksis.

Hvis der er tale om en *regelmodsigelse*, dvs. hvor den danske lovregel går imod konventionspraksis, må der som udgangspunkt skulle ske en indfortolkning eller en tilsidesættelse af den pågældende lovbestemmelse.

En *tilsidesættelse* må kun skulle ske i de tilfælde, hvor en indfortolkning ikke kan »rummes« i bestemmelsens ordlyd. Det må således være hvor der er tale om klare lovbestemmelser, idet bestemmelsen efter sin ordlyd ikke kan opretholdes på grund af normkonflikten.[230]

I særligt disse situationer kan en lovændring efterfølgende være påkrævet for at undgå fremtidige konflikter. I fx 2006 blev lovbestemmelser i foreningsfrihedsloven ophævet for at sikre overensstemmelse med konventionspraksis.[231]

[226] EMRK som retskilde har oprindeligt haft betydning for dansk ret gennem den traditionelle anvendelse af fortolknings- og formodningsreglen, som Alf Ross opstillede i sin Lærebog i Folkeret, til brug for retsanvendende myndigheder i tilfælde af konflikt mellem dansk ret og folkeretlig sædvaneret. Se herom den 6. reviderede udgave ved Ole Stig Andersen, Tyge Lehmann og Per Magid, Nyt Juridisk Forlag Arnold Busck, 1984, side 75 f. Se om reglerne også bet. nr. 1220/1991, side 62 ff., bet. nr. 1407/2001, side 26 f. og Marianne Holdgaard, 1998, side 56 ff.

[227] Mohammed Ashan og Søren Skibsted, 2002, side 92 ff.

[228] Marianne Holdgaard, 1998, side 58 f.

[229] Henrik Zahle, 1996, side 225.

[230] I U2002.1789H frifandt Højesteret Trafikministeriet for en krænkelse af EMRK. Landsretten havde dog tilsidesat en klar lovbestemmelse om indfødsretskravet i taxiloven fra 1997, idet denne vurderes at være i strid med bl.a. konventionens diskriminationsforbud, jf. EMRK artikel 14.

[231] Ophævet ved lov nr. 359 af 26.4.2006, *ændring af lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold (Beskyttelse af den negative foreningsfrihed)*. Lovændringen skete efter Danmarks domfældelse i Sørensen og Rasmussen mod Danmark, sag af 11.1.2006, hvor brugen af eksklusivaftaler på det danske arbejdsmarked blev fundet ulovlige. Se U1999.1496H.

I lovbemærkningerne til inkorporeringsloven er det endvidere forudsat, at sådanne lovændringer kan være nødvendige ved en konstateret uoverensstemmelse mellem EMRK og en nyere lov. Her skal regeringen overveje om der skal forelægges lovforslag herom for Folketinget.[232] Det kan undre, at der i lovbemærkningerne alene nævnes en konflikt mellem en EMRK og en nyere dansk lov. Dette må kunne forklares ved, at der i lovbemærkningerne tillige er anført, at en ældre lovbestemmelse i kraft af lex posterior princippet må vige for EMRK.[233] Uanset, at dette gælder, jf. EMRK-forrangen, kan det tilsvarende være nødvendigt med lovtilpasninger, hvis der er tale om ældre lovgivning for at undgå fremtidige krænkelser. Der må formodes ikke at skulle være en forskel.

En *indfortolkning* må modsat skulle foretages, hvor der er tale om en lovbestemmelse med vage og upræcise formuleringer. Her kan en »nyfortolkning« i lyset af konventionspraksis rummes i bestemmelsens ordlyd forudsat, at det er inden for rammerne af den almindelige fortolkningslære.[234] Dette betyder, at det alene er i situationer, hvor der kan ske en indfortolkning, at der mulighed for at foretage en *harmoniserende fortolkning*. Her er der således tale om en ændring af hvordan bestemmelsen hidtil har været udformet i praksis, men dog som uden videre fortsætter med at gælde. Et eksempel herpå er det i afsnit 3 nævnte eksempel om straffeloven.

I denne forbindelse er det derfor bemærkelsesværdigt, at flere forfattere i relation til fx U1990.13H og U1996.234H, hvor Højesteret afsagde kendelser i overensstemmelse med konventionspraksis vedrørende inhabilitet efter EMRK artikel 6, stk.1, har anført, at kendelserne tilsidesatte dansk lovgivning. I begge sager kunne de menneskeretlige krav opfyldes gennem en nyfortolkning af generalklausulen i retsplejelovens § 61, hvis ordlyd er åben formuleret.[235]

En *analog anvendelse* af en lovbestemmelse kan imidlertid også løse en potentiel konflikt. Dette var tilfældet i TFA2013.750Ø, der godt nok vedrører Børnekonventionen, hvor bopæl for barn født af surrogatmor blev afgjort efter en analoganvendelse af forældreansvarslovens § 17. Bopælen blev på den baggrund tillagt den ikke-biologiske »mor«. Såfremt landsretten ikke havde lavet den analogislutning, ville det konkret have betydet en krænkelse af børnekonventionens artikel 3 om barnets bedste. Menneskeretsdomstolen inddrager også børnekonventionen i sin konventionspraksis, jf. herom i kapitel 4.[236] Ved en analoganvendelse, er det derfor nødvendigvis ikke påkrævet, at der sker en lovændring.

Forskellen i retsanvendelsen ved løsningen af en konflikt mellem EMRK og øvrig dansk lovgivning må således som udgangspunkt afhænge af formuleringen af bestemmelsens ordlyd.

[232] Lovbemærkningerne til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1.

[233] Lovbemærkningerne til lov nr. 285 af 29.4.1992, afsnit 4.3.1.

[234] Se også Ole Spiermann, U2002B.412 ff..

[235] Jf. Ole Spiermann, U2002B.412 ff., der i note 17 fremhæver en del forfattere, der mener at der skete en tilsidesættelse af dansk lovgivning. Se tilsvarende bet.nr. 1407/2001, side 58.

[236] Se afsnit 2.

Derudover der være situationer hvor *normkonflikten konkret opstår i praksis, men hvor retsreglerne generelt er i overensstemmelse med konventionspraksis.* Det kan fx være i de tilfælde, hvor en sagsbehandlingstid ikke har levet op til rimelighedskravet for sagsbehandlingstider i EMRK artikel 6 og 8.[237] Domstolene og de øvrige retsanvendende myndigheder har her ikke mulighed for at hindre en konflikt bliver reel, idet denne allerede er opstået.[238] Løsningen må i praksis antageligt være i stedet at »reparere« krænkelsen og kompensere herfor, fx ved at lade staten betale partens del af sagens omkostninger, jf. U2010.1008V og TFA2011.360Ø, der begge vedrører sager om ægtefælleskifte.[239] Dette forudsætter dog, at dette er en mulighed i den konkrete sag.

Normkonflikter i praksis kan også løses på andre måder. Her kan det afhænge af den konkrete enormkonflikt. I fx U1997.889H tilsidesatte Højesteret en endelighedsbestemmelse i en overenskomst for at undgå, at en krænkelse af retten til domstolsprøvelse konkret skulle opstå. Landsretten har i fx U1995.249V tilsidesat en fast administrativ praksis og fast retspraksis, idet praksis konkret i denne faderskabssag blev vurderet til at være uforenelig med EMRK artikel 8.

6.2. Konflikt mellem EMRK og lovgivningen for forældreansvarssager?

Der er oven for i afsnit 4 blevet redegjort for, at lovgiver ved de to seneste ændringer af forældreansvarsloven i henholdsvis 2012 og 2015 ikke har taget stilling til forholdet til EMRK i lovforarbejderne. Det blev i den forbindelse anført, at dette må skyldes ukendskab til relevant konventionspraksis.

En bevidst stillingtagen skulle, som nævnt oven for, således have fremgået af lovbemærkningerne. Et sådant krav kan støttes på, at det er lovgiver, altså Folketinget, som skal træffe et sådant valg. Når det end ikke fremgår af lovbemærkningerne, vil medlemmerne i Folketinget ikke kunne have været opmærksom på problemet. Derfor må det ligges fast, at lovgiver ikke har ønsket af fravige EMRK ved lovændringerne af forældreansvarsloven i relation til afhandlingens problemstilling omkring domstolsprøvelse.

For så vidt angår afhandlingens problemstilling om *sagsbehandlingstider*, er det svært at forestille sig, at lovgiver på grund af konfliktens karakter vil fravige EMRK, selv om det i teorien kan være en mulighed. Idet en normkonflikt opstår i praksis, når en sagsbehandlingstid har været for lang, vil der i realiteten ikke være en konflikt mellem EMRK og forældreansvarsloven, og heller ikke mellem EMRK og retsplejeloven, idet reglerne generelt set ikke er i strid med EMRK.

Udgangspunktet må derfor være, at EMRK-forrangen også er gældende i relation til domstolsprøvelse og sagsbehandlingstider i forældreansvarssager. Dette betyder,

[237] Se også oven for i afsnit 4.

[238] Dog vil en konflikt i nogle tilfælde blive hindret, hvis en part gør brug af retsplejelovens § 152 a, og kræver, at tidspunkt for hovedforhandling fastsættes.

[239] Se også Maria Fonseca og Marianne Holdgaard, 2013, side 255 f.

at EMRK ved en eventuel normkonflikt i en forældreansvarssag, må gå forud for øvrige danske lovgivning.

Der er forskel på, hvordan en eventuel konflikt med EMRK inden for afhandlingens to hovedproblemstillinger skal løses. I forhold til sagsbehandlingstider kan en konflikt forudsætningsvis i et vist omfang afhjælpes ved en anvendelse af retsplejelovens § 152 a i forældreansvarssager, der behandles i retten. Der findes dog ikke en tilsvarende regel for de parter, hvis forældreansvarssager alene bliver behandlet ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen.

Er konflikten allerede opstået kan staten alene kompensere herfor, men domstolene kan således ikke hindre, at konflikten er en realitet. Det er usikkert, hvorvidt Statsforvaltningen og Ankestyrelsen har hjemmel til at lave en lignende kompensation, og må formodentlig afhænge af reglerne for myndigheders erstatningsansvar.[240] Her er der således ikke tale om regelmodsigelse, og det er derfor ikke relevant at inddrage sondringen om hvorvidt der i retsanvendelsen sker en indfortolkning i eller en tilsidesættelse af øvrig dansk lovgivning.

Løsningen af en eventuel konflikt i relation til *domstolsprøvels*e er noget mere kompliceret, idet Grundlovens § 63 er den centrale del af afhandlingens problemstilling herom.

Idet der ikke længere er en hjemmel i forældreansvarsloven, der giver parterne mulighed for at indbringe samværssagen direkte for domstolene, er parterne i stedet »henvist« til at bruge rundlovens § 63, såfremt de ønsker at få prøvet samværsafgørelsen. Grundlovens § 63 er så at sige parterne sikkerhedsnet for en domstolsprøvelse. Hvorledes den problematik retsteoretisk skal anskues er ikke helt klart.

Spørgsmålet er, om der både kan være en normkonflikt mellem Grundlovens § 63 og EMRK samt forældreansvarsloven og EMRK. Der kan argumenteres for, at der er principielt set ikke kan være en konflikt mellem EMRK og forældreansvarsloven, fordi der i forældreansvarsloven ikke findes en regel om domstolsprøvelse af samværssager. Modsat kan det anføres, at netop den manglende lovhjemmel udgør den mulige konflikt med EMRK. Det er imidlertid ikke muligt at bruge de oven for beskrevne mulige redskaber til at løse en sådan konflikt, herunder fx brugen af formodningsreglen eller fortolkningsreglen.

Men der er dog en adgang til domstolsprøvelse efter Grundlovens § 63. Spørgsmålet er herefter, om og i givet fald i hvilket omfang, der foreligger en konflikt mellem EMRK og Grundlovens § 63 formelt og reelt. Dette vil blive behandlet ne-

[240] Se om generelt om problematikker hermed Jonas Christoffersen, Det offentliges kompensationsansvar for krænkelser af internationale menneskerettigheder (II), U.2016B.232 og samme forfatter, *Det offentliges kompensationsansvar for krænkelser af internationale menneskerettigheder*, U.2005B.133. Se også Anders Ørgaard, *Kompensation for menneskerettighedskrænkelser*, ET.2008.233

den for sammen med de retningslinjer, der må antages at skulle gælde vil gældende ved en eventuel uoverensstemmelse.

6.3. Konflikt mellem EMRK og Grundloven

En inkorporering af EMRK på grundlovsniveau indgik i Inkorporeringsudvalgets overvejelser, men denne mulighed blev i lovbemærkningerne til inkorporeringsloven forkastet af principielle og praktiske årsager.[241] Ikke desto mindre er vurderingerne relevante. Det var ikke tilsigtet med inkorporeringsloven, at EMRK skulle inkorporeres på grundlovsniveau. Forudsætningen var således, at magtbalancen mellem domstolene og lovgiver ikke skulle forrykkes.[242]

Heraf følger, at Grundloven har *forrang* fremfor EMRK, idet EMRK ikke er inkorporeret med grundlovskraft. Danmarks tilslutning kan således ophæves ved almindelig lov. EMRK indgår derfor ikke i den øverste del af retskildehierarkiet på linje med Grundloven.

Der kan derfor retskildemæssigt sættes spørgsmålstegn ved, om formodningsprincippet også gælder for Grundloven, også når henses til, at forudsætningen om en løbende tilpasning af lovgivningen svært kan omfatte Grundloven.[243]

6.3.1. Ubetinget Grundlovs-forrang

Dette *retskildemæssige rangforhold* mellem EMRK og Grundloven ses i Højesterets praksis.[244] I U2010.1547H fastslog Højesteret, at den grundlæggende ordning i dansk ret i forholdet mellem international ret og national ret er, at folkeretten ikke har grundlovskraft. Dette betyder, at EMRK ikke kan føre til en tilsidesættelse af Grundloven. Det er således i modsætning til hvad, der gælder for konflikter mellem EMRK og øvrig almindelig lovgivning. Der kan dermed i udgangspunktet ikke ske en harmoniserende fortolkning af EMRK og Grundloven.

I sager om ytringsfrihed kommer dette særligt til udtryk. Det er karakteristisk for Højesterets prøvelse i disse sager, at Højesteret har holdt Grundloven og EMRK skarpt adskilt. Derfor er Grundlovens § 77 blevet fortolket for sig, og EMRK arti-

[241] Jens Elo Rytter, 2016, side 53.

[242] Se også Jens Peter Christensen, i *Dansk Statsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2. udg., side 41 f. og Peer Lorenzen, i Grundloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2. udg., 2006, side

[243] Jf. i samme retning Jonas Christoffersen, i Henrik Zahle (red.) 2. udg., 2006, side 30.

[244] Jens Peter Christensen, *Internationale konventioners betydning for Højesterets grundlovsfortolkning*, i U2013B.15ff, Børge Dahl, *Grundlovsskrivning*, i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003, side 105 og Jonas Christoffersen, U.2000B.593ff. Jonas Christoffersen anfører dog i sin artikel, at domstolene har ladet EMRK smitte af på fortolkningen af Grundloven, jf. U1999.1798H (Foreningsfrihed - Rockerborgen). Dette afviser Jens Peter Christensen og Børge Dahl i de nævnte skrifter. Se fx U1999.1536H (Ytringshedsfrihed – Kurt Thorsen). Se i en anden retning Mohammad Ashan og Søren Skibsted, 2002, side 103, der anfører, at EMRK artikel 10 har indvirket på Grundlovens § 77.

kel 10 er blevet fortolket for sig. Højesteretsdommer Jens Peter Kristensen anfører herom: »Man har altså ikke har indfortolket artikel 10 i Grundlovens § 77, eller fortolket Grundlovens § 77 i "i lyset af" artikel 10«. En indfortolkning af EMRK i Grundloven vil dog også være noget svær, idet beskyttelsen af ytringsfriheden er meget forskellig i de to bestemmelser.[245]

Der vil tilsvarende være retsområder, hvor der ikke opstår et spørgsmål om indfortolkning af EMRK i Grundloven, idet der i Grundloven ikke findes en bestemmelse, der er analog eller parallel med en af konventionens bestemmelser.[246]

En indfortolkning af EMRK i Grundloven er forfatningsretligt problematisk på den måde, at regeringen sammen med et almindeligt folketingsflertal vil kunne ændre Grundlovens indhold uden at følge den foreskrevne procedure i Grundlovens § 88 om grundlovsændring.[247]

Selv om EMRK ikke kan indfortolkes i Grundloven, så viser eksemplet med Grundlovens § 77 dog således, at Højesteret bestræber sig på at træffe afgørelse i overensstemmelse med konventionen og dennes praksis for at undgå en traktatmæssig krænkelse. Tilsvarende anføres at være udgangspunktet for tillige lovgiver. I virkelighedens verden forholder disse sager sig således anderledes. Det er rammende blevet anført af Jens Peter Christensen:

»[…]det danske statsstyre er mere bundet af de nævnte traktatmæssige forpligtelser end Grundloven. Grundloven lader sig trods alt ændre af de øverste danske statsorganer i samarbejde med vælgerbefolkning, mens dette ikke tilfældet for traktaterne.«[248]

Med dette forfatningsretlige udgangspunkt, hvor Grundloven har forrang frem for EMRK opstår spørgsmålet: Kan en konflikt mellem EMRK og Grundloven så overhovedet forekomme? Svaret synes ikke helt enkelt, men er desto mindre relevant for afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse af samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1. 1. pkt., såfremt der i denne relation foreligger en uoverensstemmelse med EMRK.

6.3.2. Konflikt mellem EMRK og Grundloven?

Svaret på, om der foreligger en *reel* konflikt mellem EMRK og Grundloven, afhænger af hvilken grundlovsbestemmelse, der er i anvendelse i den konkrete situation. Der kan sondres mellem Grundlovens forskellige regeltyper, der enten indeholder *krav* eller *rettigheder*.

Som et eksempel på et grundlovskrav, kan nævnes sagen om den tidligere Justitsminister Erik Ninn Hansen, der var blevet dømt ved Rigsretten for overtræ-

[245] Jf. i det hele Jens Peter Christensen, *Internationale konventioners betydning for Højesterets grundlovsfortolkning*, i U2013B.15ff. Se også Jens Peter Christensen, 2016, side 42.
[246] Jens Peter Christensen, i U2013B.15ff.
[247] Jens Peter Christensen, 2016, side 95.
[248] Jens Peter Christensen, 2016, side 43.

delse af ministeransvarlighedsloven. Erik Ninn Hansen indbragte sagen for Menneskeretsdomstolen med en klage over, at Rigsrettens sammensætning i henhold til Grundlovens § 59 ikke havde været uafhængig og upartisk i overensstemmelse med EMRK artikel 6. Klagen blev dog afvist, men uanset modstrid mellem Grundloven og EMRK artikel 6, så var Rigsretten forpligtet til at konstituere sig og pådømme i overensstemmelse med Grundloven. Her kommer grundlovsforrangen således klart til udtryk.

I de tilfælde hvor Grundloven giver borgeren en *bedre* beskyttelse end hvad der følger af EMRK, vil der således i sagens natur derimod ikke foreligge en konflikt. Det er klart, at den omvendte situation, hvor EMRK giver individet en bedre rettighedsbeskyttelse end Grundloven, heller ikke er i strid med Grundloven.[249] Et eksempel herpå er de politiske frihedsrettigheder fx i Grundlovens § 77. Her er der dermed tale en, der findes i beslægtede bestemmelser i EMRK, og som det allerede er anført, kan give en bedre rettighedsbeskyttelse end Grundloven. I langt de fleste tilfælde opstår der derfor ikke konflikt mellem Grundloven og EMRK. Konventionens bestemmelser har blot et videreækkende indhold end Grundlovens beslægtede bestemmelser.[250]

Sondringen mellem krav og rettigheder giver dermed for så vidt god mening ud fra et forfatningsretligt synspunkt, når en eventuel normkonflikt skal vurderes. Dette skyldes, at der principielt set alene opstår en reel konflikt mellem EMRK og en grundlovsbestemmelse, hvor der ikke kan foretages en harmoniserende fortolkning, som det fx er muligt med Grundlovens § 77, men ikke er muligt med Grundlovens § 59.

Det ovenstående er således meget relevant for afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse af samværsager. Spørgsmålet er, såfremt der efter de menneskeretlige krav til domstolsprøvelse, kræves noget mere end den domstolsprøvelse, der finder sted i samværssager efter Grundlovens § 63, om der da vil opstå reel konflikt mellem EMRK og Grundloven *eller* om der er tale om, at EMRK yde en bedre og mere vidtrækkende retsbeskyttelse end Grundloven?

Samværssager er tidligere omtalt efter *forældreansvarslovens 40, stk. 1 modsætningsvis* formelt er afskåret fra en domstolsprøvelse. Samværssager kan imidlertid stadig indbringes for domstolene i medfør af *Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt.*. Bestemmelsen foreskriver, at *»domstolene er berettigede til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser«*. Med en anden terminologi så vedrører bestemmelsen domstolskontrol af forvaltningens afgørelser.

EMRK artikel 6, stk. 1 om retten til en retfærdig rettergang forudsætter og beskytter retten til domstolsprøvelse. En rettighed, der er indfortolket i bestemmelsen udover dens direkte ordlyd – retten til en retfærdig rettergang forudsætter i sagens

[249] Jf. i det hele Jens Elo Rytter, 2016, side 53 f.

[250] Jens Peter Christensen, *Internationale konventioners betydning for Højesterets grundlovsfortolkning*, i U2013B.15.

natur en adgang til domstolsprøvelse. Derudover stiller EMRK artikel 8 om retten til familieliv mv. også krav til sagsbehandlingen af en samværssag. Disse krav skal danske domstole følgelig også inddrage og vurdere i domstolsprøvelsen.[251]

Grundloven indeholder ikke en bestemmelse fuldstændig svarende til EMRK artikel 6. Grundlovens § 63 indeholder dog en *parallel* beskyttelse af retten til domstolsprøvelse i EMRK artikel 6. Grundlovens § 63 giver domstolene kompetence til at efterprøve forvaltningens afgørelser, dvs. der er tale om en *kompetenceregel* for domstolene. Dette er derfor en *processuel* mulighed for borgeren. Der er imidlertid ikke tale om en materiel og indholdsmæssig rettighed som fx Grundlovens § 77 om ytringsfrihed, men Grundlovens § 63 giver dog således borgeren en *retsbeskyttelse* i forhold til adgangen til domstolsprøvelse af forvaltningsafgørelser. Der er således tale om en *Grundlovsrettighed* – selv om bestemmelsen ikke findes i Grundlovens kapitel VIII om frihedsrettighederne – der er beslægtet EMRK artikel 6.[252]

Dette betyder derfor, at retten til en domstolsprøvelse af samværssager er beskyttet i *både* EMRK og Grundloven. Der er dermed ikke ud fra en umiddelbar betragtning en konflikt mellem *ordlyden* af Grundlovens § 63 og EMRK artikel 6.

Dette er dog ikke ensbetydende med, at den *retspraksis*, som følger af Grundlovens § 63 er i overensstemmelse med EMRK artikel 6 og den dertilhørende konventionspraksis. Som det allerede er nævnt oven for i afsnit 4 og som det er anført i lovbemærkningerne til inkorporeringsloven, kan en konkret konflikt således opstå i praksis.

Tidligere dommer ved Menneskeretsdomstolen, Peer Lorenzen, har i overensstemmelse hermed anført:

»Selv om det nok stadig vil høre til sjældenhederne, at en lovbestemmelse som sådan rejser et konventionsproblem, kan rets- og administrativ praksis i henhold til lovbestemmelser, der åbner mulighed for skønsmæssige afgørelser, meget vel gøre det«.[253]

Det fremgår ikke af ordlyden af Grundlovens § 63 i hvilket omfang domstolskontrollen af forvaltningens afgørelser skal være. Domstolskontrollen er udviklet i retspraksis, dvs. at der er tale om dommerskabte ret.[254]

[251] Se den nærmere afgrænsning mellem anvendelsesområdet for EMRK artikel 6 og artikel 8 i kapitel 4, afsnit 3.

[252] Den juridiske menneskeretlige litteratur behandler ligeså begge bestemmelser samlet under retten til en retfærdig rettergang eller ved tilsvarende angivelser. Se fx Jens Elo Rytter, 2016, side 435 ff., Erik Werlauff, 2010, side 21 og Sten Bønsing, Almindelig Forvaltningsret, 3. udg., 2013,side 405 f.

[253] Peer Lorenzen, *Danske domstole og menneskerettighederne*, i Lov&Ret, 9. årgang, maj 1999, side 10. Se tilsvarende bet.nr. 1407/2001, side 138.

[254] Jens Peter Christensen, i *Dansk Statsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2. udg., 2016, side 241 f.

Denne domstolsprøvelse som konkret finder sted i praksis i samværssager efter Grundlovens § 63 kan således være forskellig fra de krav, der stilles til en domstolsprøvelse efter EMRK artikel 6. Her tænkes der således på selve intensiteten af domstolsprøvelsen af samværstvisten kan være for begrænset til at kunne opfylde kravene i artikel 6.

Dette åbner herefter op for en analyse og vurdering af, om den retsbeskyttelse, der sikres i EMRK, kan gives i praksis, såfremt, der er en normkonflikt mellem EMRK og Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. i forhold til domstolsprøvelse af samværssager.

6.3.3. Kriterier for inddragelse af EMRK

Når EMRK inddrages i retsanvendelsen i relation til Grundloven, består der således en klar retskildemæssig forskel i forhold til anden lovgivning. Selv om der gælder denne ubetingede grundlovsforrang, fremgår det alligevel af det ovenstående, at EMRK inddrages i retsanvendelsen ved spørgsmål om normkonflikter i forhold til Grundlovens bestemmelser.

I sådanne tilfælde, må der antages at skulle foretages en hensynsafvejning i vurderingen af, om EMRK skal inddrages i løsningen af den konkrete sag. Der kan ikke af retspraksis udledes nogle faste kriterier herfor. Der ses dog i den juridiske litteratur nogle forsøg på at udlede nogle konkrete kriterier for vurderingen af traktaters retskildemæssige status i dansk ret.[255]

Disse kriterier må formodes her tillige at være relevante ved inddragelsen af EMRK ved Grundlovsspørgsmål.

Henrik Zahle har opstillet en række kriterier under betegnelsen *analytiske delregler*.[256] Mohammad Ahsan og Søren Skibssted har nærmere opdelt disse delregler i syv punkter, der er en supplering og videreudbygning af Henrik Zahles kriterier:[257]

(1) International ret er relevant (hensynet til at undgå brud på international ret og at harmonisere national med international ret);

(2) retskildernes klarhed (hensynet til den internationale og den nationale retskildes klarhed);

(3) det internationale aspekts vægt (hensynet til en række forskellige internationale forhold, herunder diplomatiet og det internationale samarbejde);

[255] Henrik Zahle, Dansk forfatningsret, Bind 2, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2. udg., 1996, side 275 ff. og Mohammad Ashan og Søren Skibsted, 2002, side 96.
[256] Henrik Zahle, 1996, side 275 ff.
[257] Mohammad Ashan og Søren Skibsted, 2002, side 96.

(4) den internationale rets karakter (hensynet til, om den internationale retskilde har karakter af en international retssædvane eller traktat);

(5) traktater kan ikke udgøre lovhjemmel til at pålægge pligter;

(6) den danske lovgivningsproces (hensynet til en utilsigtet ufuldstændig national normering af traktatens retsdogmatiske indhold); og

(7) loven har forrang (hensynet til, at de nationale myndigheder har tilsigtet et folkeretsbrud).

Kriterierne er ikke kun anvendelige, hvor der består en konflikt. Udgangspunktet for anvendelsen er, at de kan indgå som en faktor ved fortolkningen af national ret.[258] Kriterierne vil blive anvendt i det næste afsnit i relation til afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse.

6.3.4. Centrale hensyn ved inddragelsen af EMRK

I en generel vurdering af, om danske domstoles retsanvendelse i en samværssag, der indbringes for dem i medfør af Grundlovens § 63, er i overensstemmelse, kan det være nødvendigt at opstille nogle centrale hensyn i forhold til spørgsmålet om EMRK artikel 6 skal inddrages. Danske domstoles inddragelse af EMRK artikel 6 vil således hindre et traktatbrud.

Nogle af punkterne fra de i afsnit 6.3.3 opstillede kriterier er relevante, og vil blive nærmere opdelt på den måde, der giver mest mening for den konkrete retsanvendelse af Grundlovens § 63 i samværssager.[259]

6.3.4.1. Grundlovens § 63 – formål og klarhed

Bestemmelsen blev indsat i 1849-Grundloven som § 77 med det formål at fastslå, at retssager mod forvaltningen nu kunne anlægges uden tilladelse fra forvaltningen selv (kongen).[260] Bestemmelsen giver, som den (som hoveregel) anvendes ved domstolene i dag, domstolene kompetence til at prøve »øvrigmyndighedens grænser«. Domstolene har derfor tillige i samværssager denne prøvelseskompetence.

Selve ordlyden af Grundlovens § 63 fremstår uklar. Grundlovens § 63 indeholder ikke nærmere anvisninger på omfanget af domstolsprøvelsen. Her har domstolene således selv i høj grad været retsskabende.

[258] Mohammad Ashan og Søren Skibsted, 2002, side 96.

[259] Denne opdeling er med inspiration fra Mohammad Ashan og Søren Skibsted, 2002, side 96 ff.., der anvender kriterierne på Børnekonventionen.

[260] Se Jens Peter Christensen, i *Grundloven med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1. udg., 2015, side 373.

Selv om der retskildemæssigt ikke kan ske en indfortolkning af EMRK artikel 6 i Grundlovens § 63, må domstolene dog kunne inddrage EMRK i en konkret samværssag, der indbringes for dem. På grund af bestemmelsens upræcise formulering vil en inddragelse i retsanvendelsen således ikke medføre en »regulær« tilsidesættelse af Grundloven.

Sådanne overvejelser – sammen med bestemmelsens forarbejder, der til dels ikke må kunne tillægges vægt på grund af, at de er fra 1849 og til dels fordi, at domstolenes rolle i denne prøvelse er større end den oprindeligt var tiltænkt[261] – må endvidere kunne antages at have betydning i forhold til hvorvidt domstolene *inddrager* (ikke indfortolker) EMRK i retsanvendelsen af Grundlovens § 63 i en konkret samværssag.[262] Herved kan det anføres, at dette ikke principielt adskiller sig fra almindelig lovfortolkning.[263]

6.3.4.2. EMRK artikel 6 – formål og klarhed

Modsat Grundlovens § 63 kan retten til en domstolsprøvelse ikke læses direkte af EMRKs ordlyd.

EMRKs retskildemæssige gennemslagskraft afhænger dog af – på grund af bestemmelsens ordlyd – om konventionspraksis om domstolsprøvelse, som den fortolkes af Menneskeretsdomstolen, er klar. Hvorvidt danske domstole skal udvise tilbageholdenhed eller anvende EMRK i en given samværssag beror derfor formentlig på om konventionspraksis om domstolsprøvelse er tilstrækkelig klar.[264]

6.3.4.3. Samfundsmæssige konsekvenser

Hvis det viser sig, at EMRK i forhold til retten til domstolsprøvelse yder en bedre rettighedsbeskyttelse, end hvad gælder efter Grundlovens § 63, er spørgsmålet hvorledes domstolene konkret skal forholde sig i en given samværssag.

Domstolene kan enten vælge at henskyde problematikken til lovgiver eller selv inddrage EMRK og træffe afgørelse for at undgå en krænkelse som domstolene fx har gjort inden for ytringsfrihedsområdet. Dette kunne ske ved i den konkrete sag at give en tilstrækkelig domstolsprøvelse i henhold til kravene fastlagt i konventionspraksis, men i øvrigt at overlade den generelle problematik til lovgiver. Dette gjor-

[261] Jens Peter Christensen, 2016, side 239 f.

[262] Se tillige Peer Lorenzen, 2006, side 37, der anfører – men dog vedrørende fortolkningen – at en forudsætning for, at Menneskeretsdomstolens konventionsfortolkning må kunne forventes at blive tillagt betydning for fortolkningen af tilsvarende bestemmelser eller begreber i Grundloven må formentlig være, at de danske bestemmelser eller begreber ikke efter deres ordlyd tilsigter en snævrere beskyttelsesområde.

[263] Se tilsvarende Jens Peter Christensen, 2016, side 39, der sammenfattende omkring grundlovsfortolkning anfører, at denne ikke adskiller sig på nogen afgørende eller karakteristisk måde fra anden lovfortolkning.

[264] Dette vil blive nærmere behandlet i kapitel 11.

de Højesteret fx i sagen om anvendelse af konstituerede dommere, jf. U1994.536H.[265]

Forskellen mellem ytringhedsfrihedsområdet og området for forældreansvarssager er dog for det for første, at straffelovens bestemmelser herom er stort set er uændrede siden 1930, hvilket jo fremgår ikke at være tilfældet med forældreansvarsloven, der senest er ændret i 2015. Endvidere har Højesteret vedrørende Grundlovens § 77 flere gange haft mulighed for at tage stilling til og inddrage EMRK i retsanvendelsen. Modsat valgte lovgiver at ændre retstilstanden efter Højesteret afsagde sin dom om konstituerede dommere i U1990.13H.[266]

Ved domstolsprøvelsen efter § 63, er der tale om en fast retspraksis, der, såfremt denne skal ændres, vil kunne få generelle konsekvenser for kompetencefordelingen mellem domstolene og Statsforvaltning og Ankestyrelse. En generel fuld prøvelse af samværssager ville være i strid med det formål lovgiver havde med ændringen af forældreansvarsloven i 2012, idet domstolene der fik frataget kompetencen til at træffe afgørelser i samværssager.

6.3.4.4. Hensynsafvejning

Det kan være vanskeligt at foretage en hensynsafvejning af de opstillede kriterier. De væsentlige hensyn må dog på den *ene side* være hensynet til at yde den rettighedsbeskyttelse, der følger af EMRK artikel 6, stk. 1 og på den *anden side* hensynet til det forfatningsretlige udgangspunkt om Grundlovsforrang, jf. lex superior-princippet.

Det må antages, at domstolene i en konkret samværssag, hvor EMRK påberåbes – i al fald første gang – vil være *tilbageholdende* med generelt tage stilling, og dermed overlade spørgsmålet om domstolsprøvelse til lovgiver på baggrund af, at der om en rettighed, der følger af Grundloven. Det må dog *kun* gælde, såfremt det viser sig, at konventionspraksis for EMRK artikel 6, 1 kræver, at domstolene træffer en selvstændig afgørelse i samværssagen, og *hvis* der ikke foreligger en klar konventionspraksis på området. Dette er således også i overensstemmelse med Højesterets afgørelser i U1990.181 og U1994.536H, hvor generel stillingtagen til EMRK ville have vidtrækkende konsekvenser for domstolsorganisationen. Sådanne generelle afvejninger af modstridende samfundshensyn bør foretages af lovgiver.[267]

[265]Dommen er nævnt foran i afsnit 5.4, note 198.

[266] Ændret ved lov nr. 403. af 13.6.1990 om ændring af retsplejeloven (Dommeres habilitet, SSP-samarbejdet og advokatselskaber m.v.)

[267] Se Jens Elo Rytter, *Dansk-europæisk menneskerettighedsbeskyttelse – om en fredelig forfatningsretlig revolution*, Juristen, nr. 6/7, 2010, side 194 og samme forfatter, *Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, En replik til rigsadvokat Jørgen Steen Sørensen*, Juristen, nr. 09, 2010, side 261. Se også Jens Peter Christensen, 2015, side 50, der anfører »I en forfatningskonflikt har hverken Højesteret eller lovgiver i en forfatningskonflikt det sidste ord. Det sidste ord har den grundlovgivende myndighed«

7. Sammenfatning

Det kan derfor sammenfattes, at inkorporeringen af EMRK ikke har løst alle de vanskeligheder, der før inkorporeringen var forbundet med at anvende EMRK som retskilde i dansk ret. Både formelt set og i praksis kan der således opstå tvivlsspørgsmål om løsningen af en potentiel eller reel krænkelse af konventionen.

Formodningsprincippet bør generelt set ikke anvendes af domstolene og øvrige retsanvendende myndigheder, hvor EMRK har betydning for den danske retstilstand.

Der kan navnlig opstå følgende situationer, hvor formodningen om konventionsmæssighed kan afkræftes. Dette gælder for det første, hvor der konkret i praksis er opstået en normkonflikt i relation til en lang sagsbehandlingstid. Formodningsprincippet gælder heller ikke, hvor der foreligger nyere konventionspraksis, som lovgiver ikke har nået at tage stilling til, inden en sag kommer for domstolene. Tilsvarende gælder princippet heller ikke, hvor der foreligger nyere konventionspraksis, som lovgiver har haft tid til at reagere på og implementere i lovgivningen. Formodningen om konventionsmæssighed kan også afkræftes i de tilfælde, hvor lovgiver helt har overset konventionspraksis. I en sådan situation er der ikke tale om nyere konventionspraksis. Endelig gælder formodningsprincippet ikke, hvis lovgiver har henskudt den nærmere stillingtagen af rækkeviden af konventionspraksis til domstole.

Allerede fordi formodningsprincippet ikke antages at kunne anvendes generelt, gælder der en ex officio forpligtelse for domstolene og de øvrige retsanvendende myndigheder, herunder Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, til at inddrage EMRK i retsanvendelsen. En reel beskyttelse af EMRK i Danmark sikres således alene ved, at de retsanvendende myndigheder, trods formodningsprincippet, både generelt og konkret vurderer overholdelsen af menneskerettighederne. Hvis ikke menneskeretten findes overholdt, må de retsanvendende myndigheder ex officio anvende EMRK.

Af størst betydning for retsanvendelsen er konventionspraksis. Formelt set er Danmark ikke bundet af afgørelser afsagt af Menneskeretsdomstolen vedrørende andre medlemslande. Af retspraksis fremgår det imidlertid, at danske domstole anvender afgørelser fra andre medlemslande. Dette er også forudsat i lovbemærkningerne til forskellige lovgivninger, herunder inkorporeringsloven. En fuldstændig sammenligning med danske forhold kan dog ikke foretages, når konventionspraksis fra andre medlemsstater anvendes. Det kræves imidlertid, at der findes identiske forhold eller, at forholdende tilsiger en analog anvendelse.

Hvis normkonflikt mellem EMRK og øvrig dansk lovgivning opstår, vil den kunne løses i praksis af de retsanvendende myndigheder enten ved en harmoniserende fortolkning, hvor bestemmelsen ordlyd kan rumme det, en tilsidesættelse af en dansk klar lovbestemmelse, eller ved analog anvendelse. Ved konflikt mellem

EMRK og Grundloven, vil der ikke på grund af Grundlovsforrangen kun ske hverken en tilsidesættelse eller harmoniserende fortolkning, men danske domstole vil bestræbe sig på opfylde den menneskeretlige forpligtelse ved at inddrage EMRK i retsanvendelsen – dog adskilt fra Grundlovsfortolkningen.

Retsanvendelsen af EMRK i en konkret sag beror derfor konkluderende på en inddragelse af alt relevant retskildemateriale, hvor en krænkelse søges hindret, med mindre alt andet klart af tilkendegivet af lovgiver.

Kapitel 4

Anvendelsesområdet for EMRK artikel 6 og 8 i forældre-ansvarssager

Formålet med dette kapitel er at give et overblik over EMRK artikel 6 og 8's anvendelsesområde i forældreansvarssager. Kapitlet indledes med en kort redegørelse af bestemmelsernes selvstændige anvendelsesområde, hvorunder bestemmelsernes vigtigste fortolkningsprincipper også belyses.[268] *Dernæst foretages en afgrænsning mellem EMRK artikel 6 og 8, hvor rækkevidden af bestemmelserne sættes i relation til afhandlingens problemstillinger. Redegørelsen for bestemmelsernes anvendelsesområde, og afgrænsningen herimellem er relevant for besvarelsen af hvilke krav der kan udledes af konventionspraksis om domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i forældreansvarssager, som analyseres i kapitlerne 6 og 10.*

1. EMRK ARTIKEL 6, stk. 1[269]

Selv om det ikke fremgår direkte af ordlyden af EMRK artikel 6, er en af grundpillerne i bestemmelsen adgangen til en domstol og retten til at få sin sag prøvet for en domstol. Det er ikke en betingelse, at der allerede verserer en retssag for, at bestemmelsen kan finde anvendelse.

Foruden en sådan menneskerettighed ville formålet med bestemmelsen følgelig falde til jorden. Dette blev tidligt slået fast i Golder v. Storbritannien[270]:

»It would be inconceivable […] that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. *The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings.* […] *To this are added* the guarantees laid down by Article 6 para. 1 (art. 6-1) as regards both the *organisation and composition of the court*, and the *conduct of the proceedings. In sum, the whole makes up the right to a fair hearing*.« (mine fremhævelser)

[268] For en dybdegående behandling af Menneskeretsdomstolens fortolkningsprincipper se fx Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 21 ff., Jens Elo Rytter, 2016, side 63 ff, Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, side 7 ff., Jacobs, White & Ovey, 2014, side 65 ff. samt Marianne Holdgaard, 1998, side 24 ff.

[269] Bestemmelsens stk. 2 og 3 er alene rettet mod straffesager, der således falder uden for denne afhandlings emnefelt.

[270] Sag af 21.2.1975, §§ 33-36. Se dog dissensen af dommer Sir Gerald Fitzmaurice, især § 40.

Det vil være særdeles svært at forsvare en bestemmelse om en retfærdig rettergang, der er bygget op på retsstatsprincippet *(»the rule of law«)*, hvis selve *adgangen* til en domstol ikke var en retsgaranti.[271]

Hele tankegangen bag et velfungerende retssystem er følgelig bygget op omkring retsstatsprincippet. I dette perspektiv skal EMRK artikel 6 ses. EMRK artikel 6, der som overbegreb har »retfærdig rettergang«, fair trial, er derfor et grundlæggende element i retsstatsprincippet, der også kan læses direkte ud af ordlyden i præamblen til EMRK.[272]

Artikel 6 indeholder en række *processuelle retsgarantier*, der tilkommer parterne, når der skal »træffes en afgørelse […] for uafhængig og upartisk domstol […] i en strid om […] borgerlige rettigheder«. Som det fremgår, vedrører anvendelsesområdet for EMRK artikel bl.a. civile rettigheder[273], der skal prøves af eller bliver prøvet af en domstol. En processuel retsgaranti, der kan læses direkte af bestemmelsens ordlyd er kravet, at afgørelsen af den civile sag skal være truffet *»inden en rimelig frist.«*

Begrebsmæssigt er det i denne forbindelse nødvendigt at sondre mellem adgangen til en domstol (»access to court«) og retten til en domstolsprøvelse (»right to court«) i EMRK artikel 6, stk. 1.[274] Begge krav skal opfyldes.

Selve *adgangen* til en domstol omhandler fx den situation, hvor individet i den nationale lovgivning helt er afskåret fra at indbringe en sag for en domstol, der opfylder kravene i artikel 6, eller hvor der fx i lovgivningen er urimelige søgsmålsfrister, der reelt umuliggør at få en sag behandlet for en domstol. Situationen vedrører derfor en rettighed, der ikke kan læses direkte af ordlyden af bestemmelsen.

Spørgsmålet om hvorvidt en *domstolsprøvelse, fx foretaget af Højesteret* opfylder kravene i artikel 6, er en anden side af adgangen til en domstol. Her verserer der allerede en retssag. En national domstol eller et domstolslignende organ kan opfylde kravene til en domstol i artikel 6, mens selve omfanget af den domstolsprøvelse, der finder sted, ikke nødvendigvis opfylder kravene.

Dertil kommer, at der skal foreligge *en domstol*, der kan karakteriseres som og opfylder kravene til en domstol i EMRKs forstand, som fx Højesteret. Dette betyder derfor, at visse typer af judicielle (og administrative) organer ikke opfylder kravet til en domstol i EMRK's forstand.

[271] »And in civil matters one can scarcely conceive of the rule of law without there being a possibility of having access to the courts.« Sag af 21.2.1975, § 34 (Golder-dommen).

[272] Se herom fx Jonas Christoffersen, 2011, side 59 f.

[273] Bestemmelsens retsgarantier gælder også for straffesager (»afgørelse angående en mod ham rettet anklage«), men dette behandles således ikke nærmere i denne fremstilling, jf. afgrænsningen foran i kapitel 1, afsnit 5.

[274] Jf. Golder v. Storbritannien, sag af 21.2.1975, § 36, hvor Menneskeretsdomstolen fremhævede, at EMRK artikel 6 »[…] embodies the "right to a court", of which right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only.«

Retten til domstolsprøvelse gælder i henhold til ordlyden i en strid om hans borgerlige rettigheder og forpligtelser. Artikel 6 finder anvendelse på civile rettigheder, der kan siges i det mindste på diskutabelt grundlag at være anerkendt efter nationale ret. Tvisten skal være reel og seriøs.[275]

Dette betyder, at visse civile rettigheder falder i henhold til konventionspraksis derfor ikke ind under bestemmelsens anvendelsesområde, fx er skattesager ikke omfattet af bestemmelsen. Hertil kommer, at rettigheden kan være i civil i bestemmelsens forstand, men alligevel er den ikke omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde på grund af, at den civile rettighed ikke er anerkendt i national ret. Det er således et krav, at forældremyndighed, bopælsret og samværsret anerkendes i henhold til national ret. [276]

Det forhold, at organet således ikke opfylder kravet til en domstol, eller at der er tale om en rettighed, der ikke er civil, betyder, at de processuelle retsgarantier i artikel 6 ikke er gældende, fx er skattesager ikke omfattet af bestemmelsen.[277]

Dette kan forklares på følgende måde: At der skal være tale om en domstol er på den ene side en materiel betingelse for, at EMRK artikel 6 kan finde anvendelse. På anden side er kravene til en domstol, herunder uafhængig og upartisk, essentielle retsgarantier i bestemmelsen. Der kan derfor i praksis være en glidende overgang mellem sager, hvor det vurderes, om et organ opfylder visse processuelle og materielle retsgarantier, og dermed kan betegnes som en domstol, og sager, hvor det skal vurderes, om EMRK artikel 6 i øvrigt er opfyldt, herunder om en domstol er uafhængig og upartisk. Dette skyldes navnlig, at det er de samme forhold, der undergives en vurdering.[278]

Kravet om rimelig sagsbehandlingstid i bestemmelsen forudsætter derfor, at der har været adgang til domstol, herunder at en domstolsprøvelse har fundet sted. Det hænger uløseligt sammen.

Sager, hvor der foreligger tvist om forældremyndighed, bopæl og/eller samvær er utvivlsomt omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde. [279] EMRK artikel 6,

[275] Se fx Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 347 f.

[276] Se fx B.N. v. Danmark, sag af 9.10.1989, hvor det ikke var en krænkelse af EMRK artikel 6, at en far til et barn født uden for ægteskab ikke kunne anlægge sag om forældremyndighedsspørgsmålet for danske domstole. Fælles forældremyndighed var på daværende tidspunkt ikke anerkendt efter dansk ret, og derfor var EMRK artikel 6 ikke anvendelig. Se

[277] Se den ledende dom Ferrazzini v. Italien, sag af 12.6.2001, §§ 20-31.

[278] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 376.

[279] Se fx faderskabssagen Rasmussen v. Danmark, sag af 28.11.1984, § 32, hvor Menneskeretsdomstolen udtalte: »It's true that the public interest may be affected by proceedings of the kind which Mr. Rasmussen wished to institute, but, in the Court's view, this factor cannot exclude the applicability of Article 6 (art. 6) to litigation which, by its very nature, is "civil" in character. And an action contesting paternity is a matter of family law; on that account alone, it is "civil" in character«. Se bl.a. også Süss v. Tyskland, sag af 12.4.2006 (forældremyndighed- og samværssag), Sanchez Cardenas v. Norway, sag af 4.1.2008 (forældremyndighedssag), Görgülü v. Tysk-

stk. 1. kræver derfor, at der både eksisterer en adgang til en domstolsprøvelse af forældreansvarssager, samt at den domstolsprøvelse, som de facto finder sted opfylder de menneskeretlige krav til omfanget heraf.

I næste afsnit redegøres derfor for EMRK 6's krav til en domstol. Dette er særligt relevant for kompetencefordelingen mellem Statsforvaltningen og domstolene i forældreansvarssager, idet Statsforvaltningen netop har enekompetencen til at træffe endelige afgørelser i samværssager. Det interessante spørgsmål i denne sammenhæng er, om Statsforvaltningen (og Ankestyrelsen som rekursmyndighed) opfylder kravene til en domstol set med menneskeretlige øjne.

1.1. Begrebet »domstol«

Forståelsen og indholdet af begrebet »domstol« - i de autentiske tekster »tribunal« - fastlægges alene af Menneskeretsdomstolen. Menneskeretsdomstolen har ikke fastlagt en konkret definition. Vejledning herom kan heller ikke findes i bestemmelsens ordlyd. Der er dog kommet nogle centrale elementer i begrebsfastlæggelsen til udtryk gennem konventionspraksis. Et vigtigt element er, at udtrykket domstol ikke skal forstås i dets traditionelle forstand.[280]

Det betyder, at organer uden for det traditionelle domstolssystem kan være en domstol i artikel 6's terminologi.[281] Om terminologien domstol anvendes er følgelig ikke afgørende.

Et dømmende organ kan anses som en domstol, hvis det opfylder grundlæggende krav om en uafhængighed af den dømmende magt og af sagens parter, en vis længde af udnævnelsesperiode for medlemmerne af organet, visse mindstegarantier i relation til sagsbehandlingen, dvs. de regler, der gælder i national ret samt de krav, der kan udledes af en retfærdig og offentlig rettergang. Organer, der organisatorisk hører til fx forvaltningen kan således godt være en artikel 6-domstol efter en konkret vurdering.[282]

I familieretlige sager kan et organ uden for domstolssystemet derfor være legimiteret, såfremt de ovennævnte krav i tilstrækkelig grad reelt opfyldes. Menneskeretsdomstolen har tilkendegivet, at et sådant organ, der ikke er en traditionel dom-

---

land, sag af 26.5.2004, (forældremyndighed- og samværssag - i forbindelse med adoption) samt Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige, sag af. 19.2.1998, (samværssag i forbindelse med tvangsfjernelse). Der er tale om en civil rettighed, selv om den nationale myndighed har kompetence til at træffe afgørelse på et skønspræget grundlag. Menneskeretsdomstole anerkendte fx i tvangsfjernelsessagerne W, B, O, R og H v. Storbritannien, alle af 8.7.1987, eksistensen af den fortsatte ret til samvær med børnene efter tvangsfjernelserne, uanset afgørelsen herom blev truffet ud fra myndighedernes vide skøn, og uanset at domstolenes prøvelse af skønnet var begrænset.

[280] Peer Lorenzen, 2011, side 494.

[281] Peer Lorenzen, 2011, side 495.

[282] Peer Lorenzen 2011, side 495 f.

stol, fx kan behandle tvangsfjernelsessager. I McMichael mod Storbritannien[283] udtalte Menneskeretsdomstolen generelt herom:

»..in this sensitive domain of family law there may be good reason for opting an adjudicatory body that does not have the composition or procedure of a court of law of the classic kind«.[284]

I relation til den konkrete sag fremhævede Menneskeretsdomstolen imidlertid, at Kommissionen havde fundet, at »Children's Hearing«, der i første instans behandlede tvangsfjernelsessagen, ikke opfyldte domstolskravet i EMRK artikel 6. Medlemmerne af dette organ var ikke tilstrækkelig uafhængige af den udøvende magt, ligesom at der ikke i den nationale lovgivning var lagt op til, at der skulle være tale om en domstol. »Children's Hearing« bestod nærmere af en formand og to øvrige personer, der var udpeget af et panel. Medlemmerne kunne til enhver tid afsættes af den udøvende myndighed, men kun med tilladelse fra en seniordommer. I praksis var medlemmerne udpeget for to år ad gangen, og herefter en 4-års forlængelse af perioden.

Menneskeretsdomstolen havde dog ikke fundet det nødvendigt nærmere at undersøge, hvorvidt »Children's Hearing« opfyldte kravene til en domstol i EMRK artikel 6's forstand, idet der blev foretaget en helhedsbedømmelse af den samlede proces, herunder den efterfølgende domstolsprøvelse for den nationale domstol.[285] Det vides derfor ikke, hvorvidt dette organ, der ikke er en traditionel domstol, opfylder domstolskravet i EMRK artikel 6.

1.2. Krav om en »uafhængig og upartisk domstol oprettet ved lov«

I selve definitionen af det menneskeretlige domstolsbegreb ligger således, at den nationale domstol skal være uafhængig og upartisk.[286] Kravene herom har et indbyrdes forhold[287], også selv om, at begreberne er et udtryk for to forskellige krav.[288] Mens selve upartiskheden således angår den eller de dommere, der skal træffe afgørelse i den konkrete sag, kan det anføres, at afhængigheden mere generelt angår noget strukturelt og organisatorisk.

Harris, O'Boyle & Warbrick eksemplificerer forholdet mellem de to krav meget godt: En domstol, der fx ikke er uafhængig af den udøvende magt, vil højst sandsynlig heller ikke være upartisk. På samme måde vil en dommer, der har en relation til én af parterne i sagen, formodentlig være hverken uafhængig eller upartisk. Menneskeretsdomstolen vurderer derfor, som allerede antydet, ofte kravene sammen og med brug af den samme argumentation i bedømmelsen.

[283] Sag af 24.2.1995.
[284] § 80.
[285] §§ 78-80. Se Kommissionens rapport nr. 31 af 31.8.1993, § 114.
[286] Peer Lorenzen, 2011, side 495.
[287] Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, side 446.
[288] Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn og Zwaak, 2006, side 613.

Menneskeretsdomstolen foretager i denne forbindelse en to-leddet test, der indeholder et objektivt og subjektivt element af uafhængigheden og upartiskheden. Det objektive element består nærmere i, om en parts tvivl herom kan være legitimeret, mens det subjektive element omhandler, hvorvidt der er bevis for, at den konkrete dommer i den konkrete sag har været påvirket af uvedkommende hensyn.[289]

Uafhængighedskravet er én af grundpillerne i domstolsbegrebet.[290] Spørgsmålet er hvad der forstås ved uafhængighed i menneskeretlig forstand. Det gælder i al fald, at ingen udenforstående, især den udøvende magt og sagens parter, ikke må have mulighed for at have indflydelse på den afgørelse, der skal træffes.[291] Der lægges konkret vægt, på at organets medlemmer ikke er undergivet instruktionsbeføjelser fra udenforstående med hensyn til udøvelse af deres konkrete afgørelsesmyndighed.[292] I fx Bryan v. Storbritannien[293] angav Menneskeretsdomstolen nogle momenter for, i en sag om nedrivning af en ulovlig opført bygning, domstolslignede proces. Menneskeretsdomstolen bemærkede i den konkret sat, at der var i den nationale lovgivning var forpligtelser til at sikre uafhængighed, retfærdig og offentlighed [294]

Disse forpligtelser var imidlertid ikke nok til, at den inspektør, der behandlede sagen, kunne betragtes som en domstol i EMRK artikel 6' forstand. Alene det forhold, at den udøvende magt i henhold til lovgivningen på et hvilket som helst tidspunkt under sagen kunne influere på sagens afgørelse, gjorde, at uafhængigheden ikke var til stede. Dette selv om, det sjældent blev praktiseret.[295]

Menneskeretsdomstolen lægger i sine afgørelser ikke alene vægt på, om kravene i realiteten er opfyldt, men også om det pågældende organ af omverdenen opfattes som et domstolsorgan (»presents an appearance of independece«). Dette skal ses i relation til den tillid, der skal være til domstolssystemet i et demokratisk samfund, der i modsat fald ellers vil kunne blive undergravet. Menneskeretsdomstolen bygger herved sin konventionspraksis på retsgrundsætningen »justice must not only be done, but also seen done«.[296]

Organer, der er sammensatte af offentligt ansatte, som er undergivet instruktionsbeføjelser af personer eller myndigheder, der hører under den udøvende magt, vil på denne baggrund ikke opfylde kravene til en domstol i EMRK artikel 6.[297]

[289] Jf. i det hele Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, side 446. Se også og Peer Lorenzen, 2011, side 506 f.
[290] Peer Lorenzen, 2011, side 501.
[291] Se herom fx Peer Lorenzen, 2011, side 501 og Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, side 448.
[292] Peer Lorenzen, 2011, side 505.
[293] Sag af 22.11.1995.
[294] § 46.
[295] § 38.
[296] Peer Lorenzen, 2011, side 495.
[297] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 376.

Derudover stiller Menneskeretsdomstolen som udgangspunkt krav om uafsættelighed og en vis længde af udnævnelsesperioden for medlemmerne af det pågældende organ samt bestemte krav om organets sammensætning. Det kræves ikke, at organet udelukkende eller overvejende består af (fag)dommere, men organets karakter og kompetenceområder kan dog muligvis spille en rolle. For så vidt angår uafsætteligheden, gælder der her ikke absolutte krav. Menneskeretsdomstolen lægger mere vægt på, om afskedigelser i praksis ikke sker i et nævneværdigt omfang.[298]

Den nationale domstol skal derudover være »oprettet ved lov«. Det vil sige, at retsgrundlaget for organet skal findes i formel lov. Retsgrundlaget skal nærmere regulere organets oprettelse, procesmåde og materielle kompetence (jurisdiktion). Det overordnede formål er at udelukke et domstolssystem, der er underlagt den udøvende magts skønsmæssige beføjelser samt at sikre, at der i den nationale stat eksisterer et domstolssystem etableret og vedtaget ved lov.[299]

Danske domstole, der træffer afgørelse i forældremyndigheds- og bopælssager og danske domstole, der efterprøver Statsforvaltningens eller Ankestyrelsens samværsafgørelse i henhold til Grundlovens § 63 opfylder dermed utvivlsomt domstolskravet i EMRK artikel 6.[300]

1.3. Domstolsbegrebet og administrative myndigheder

Statsforvaltningen og Ankestyrelsen har ikke karakter af at være domstole i EMRK 6' s forstand, idet der ikke gælder nogen organisatorisk og funktionel uafhængighed for myndighederne som helhed, og der gælder ikke nogen personlig uafhængighed for de ansatte, der behandler og træffer afgørelser i forældreansvarssagerne, herunder primært i samværssager.

Sagsbehandlingen ved Statsforvaltningen, foruden afholdelse af vejledningsmøder, sker på skriftligt grundlag, når der skal træffes en afgørelse om samværet for et barn. Afgørelserne træffes af sagsbehandlende fuldmægtige, der er uddannet jurister, men ikke har undergået en uddannelse som dommer. Ankestyrelsens sagsbehandling sker alene på skriftligt grundlag, dvs. uden offentlig og mundtlig forhand-

[298] Peer Lorenzen, 2011, side 501 ff.

[299] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 375 og Peer Lorenzen, 2011, side 523.

[300] Dette følger også allerede af Grundlovens § 3 om magtens tredeling, jf. § 61 om den organisatoriske uafhængighed og § 64 om den funktionelle og personlige uafhængighed. Dommerstillinger, der besættes ved konstitution kan måske give anledning til tvivl, men denne ansættelsesmåde vil næppe i sig selv udgøre en krænkelse, jf. Peer Lorenzen, 2011, side 501. Forfatteren henviser dog til et par afgørelser fra dansk retspraksis vedrørende dommerkonstitutioner. I én af afgørelserne (U1994.536H) fandt Højesteret det stridende mod art. 6, stk. 1, at en straffesag for en byret blev afgjort under medvirken af en konstitueret dommer, der også var ansat i Justitsministeriet i en afdeling hvortil hørte opgaver inden for strafferetsplejeloven. I 1998 blev regelsættet for dommerfuldmægtiges ansættelse ændret, idet der var tvivl om den generelle forenelighed med EMRK art. 6, jf. lov nr. 402 af 26.6.1998.

ling, og selve afgørelsen af forældreansvarssagen sker uden beskikkede medlemmer.[301]

Fra et nationalt perspektiv fremstår Statsforvaltningen og Ankestyrelsen heller ikke som uafhængige og upartiske domstole. I lovbemærkningerne til ændringen af forældreansvarsloven i 2012 anføres i relation til *Statsforvaltningen* nemlig således:

»[…]kompetencefordelingen ændres, sådan at samværssager og sager om anden kontakt *alene* kan behandles i *statsforvaltningernes administrative system*, ligesom det var tilfældet før den familieretlige strukturreform[…] Det foreslås således, at disse sagstyper *ikke* længere kan *indbringes for domstolene efter forældreansvarsloven*[…]«[302]

For så vidt angår *Ankestyrelsen* ses bl.a. følgende i samme lovbemærkninger:

»Den foreslåede ændring[…]*afskærer* social- og integrationsministeren (Ankestyrelsen) fra at behandle en klage over en midlertidig afgørelse om forældremyndighed eller barnets bopæl[…], *hvis* sagen om forældremyndighed eller barnets bopæl er *indbragt for retten*[…]«[303]

Dette, selv om der i retssikkerhedsloven fremgår følgende af § 68, stk.1:

»*Ankestyrelsen* er ikke bundet af parternes påstande og er uafhængig af instruktioner vedrørende afgørelsen af den enkelte sag.«[304] (min fremhævelse)

Tilsvarende fandt landsretten i FED2006.278, at der ikke forelå noget grundlag for at anse Den sociale Ankestyrelse for en domstol og derfor heller intet grundlag for at anse det for en overtrædelse af EMRK artikel § 6, at sagsbehandlingstiden i en arbejdsskadesag havde været 9 år. Det skal i denne forbindelse fremhæves, at Ankestyrelsen (Kammeradvokaten) gjorde gældende, at EMRK artikel 6 ikke fandt anvendelse, idet:

[…] styrelsen ikke er en domstol og heller ikke kan sidestilles hermed. Styrelsen er en del af det administrative system og underlagt almindelige forvaltningsretlige regler. De regler, som regulerer styrelsens sagsbehandling adskiller sig så væsentligt fra de regler, som gælder for domstole, at man end ikke kan sidestille Ankestyrelsens sagsbehandlingsform med domstolenes sagsbehandling navnlig i relation til uafhængighed og offentlighed.

[301] Se § 52 a i lovbekendtgørelse nr. 1345 af 23.11.2016 om retssikkerhed og administration på det sociale område og bekendtgørelse om forretningsorden for Ankestyrelsen § 7, stk. 3. Ved principielle afgørelser, jf. § 9, stk. 1. i forretningsordenen, sker det dog med medvirken af beskikkede medlemmer, men det er kun få antal sager, der behandles i denne form.
[302] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 600 af 18.6.2012, afsnit 3.3.1.2.
[303] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 600 af 18.6.2012, til nr. 17 og 18 (§ 39).
[304] Dette fremgår af forældreansvarslovens § 41 a, at denne bestemmelse finder anvendelse på Ankestyrelsens behandling af forældreansvarssager.

End ikke nationalt ret anerkender således Ankestyrelsen som en domstol. Kammeradvokatens anbringender herom beskriver meget rammende både Statsforvaltningens og Ankestyrelsens karakter af administrative myndigheder. Det fremgår klart af konventionspraksis, at Menneskedomstolen ikke alene lægger vægt på, om kravene er opfyldt i praksis, men også om det pågældende organ af omverdenen omfattes som et domstolsorgan. Dette ses fx i Hauschildt v. Danmark[305], der vedrørte en straffesag, hvor den byretsdommer, der domfældte Hauschildt, ni gange under sagens behandling havde truffet beslutning om varetægtsfængsling på grund af særlig bestyrket mistanke, og hvor de landsretsdommere, der havde truffet afgørelse i ankesagen, havde stadfæstet byretsdommerens kendelser om varetægtsfængsling.[306]

Menneskeretsdomstolen statuerede på denne baggrund en krænkelse af EMRK artikel 6:

»The Court is therefore of the view that in the circumstances of the case *the impartiality of the said tribunals was capable of appearing to be open to doubt* and that *the applicant's fears in this respect can be considered objectively justified*.«[307]

Statsforvaltningen og Ankestyrelsen opfylder således ikke Menneskeretsdomstolens krav om »appearance of independece«, hvorfor EMRK artikel 6 ikke finder anvendelse på forældreansvarssager, der bliver behandlet ved disse administrative myndigheder.

1.4. Bestemmelsens vigtigste fortolkningsprincipper

EMRK artikel 6 er undergivet en ret vidtgående fortolkningsfortolkning for at sikre, at de processuelle retsgarantier er *reelle*, *effektive* og har *praktisk* betydning.[308] Det fremgår således også af den i afsnit 1 nævnte Golder-sag, hvor adgangen til en domstol blev indfortolket i bestemmelsen udover EMRK artikel 6's ordlyd.

Formålsfortolkningen ses derudover fx i relation til, at manglende adgang til fri proces eller advokatbistand under visse omstændigheder kan udgøre en krænkelse af bestemmelsen på grund af manglende effektiv adgang til en domstol. Menneskeretsdomstolen har i nogle sager vedrørende familieretlige forhold statueret en krænkelse af EMRK artikel 6 af denne grund.

Dette var bl.a. tilfældet i ægteskabssagen Airey v. Irland[309], hvor klageren var uden midler og ikke kunne føre sagen som selvmøder, og i Nenov v. Bulgarien[310], der vedrørte en samværssag, hvor klageren, der var psykisk syg ikke havde en ad-

[305] Sag af 24.5.1989.
[306] På baggrund af retsplejelovens § 762 (som bestemmelsen nu hedder).
[307] § 53.
[308] Marianne Holdgaard, 1998, side 65 og Peer Lorenzen, 2011, side 369.
[309] Sag af 9.10.1979.
[310] Sag af 16.10.2009.

vokat, men dennes modpart havde én. De kontraherende stater kan på samme måde i andre situationer være undergivet en positiv forpligtelse, bl.a. med hensyn til at gøre den retfærdige rettergang effektiv eller til at fremme sagen med den fornødne hurtighed.[311] I den danske klagesag Kurt Nielsen v. Danmark[312] kan danske domstoles forpligtelse til at sikre en hurtig domstolsprøvelse fx udledes af følgende udtalelse:

"..Furthermore, the fact that delays to some extent were caused by the conduct of the defendants in the proceedings does not in itself lead to the finding that these delays cannot be attributed to the State. *Even in legal systems applying the principle that the procedural initiative lies with the parties, the latter's attitude does not absolve the courts from the obligation to ensure the expeditious trial required by Article 6 § 1…* " (min fremhævelse)

Fuldbyrdelsen af en endelig og bindende domstolsafgørelse er derudover en integreret del af retten til domstolsprøvelse, der ellers ville blive illusorisk, såfremt det nationale domstolssystem til skade for den ene part i en retssag fx tillod, at afgørelsen forblev uvirksom.[313] Hvis det således ikke er muligt at få fuldbyrdet afgørelsen, kan dette blive en afgørende faktor ikke kun i forhold til retten til en domstolsprøvelse, men også i relation til at kunne få afgjort sagen inden for en rimelig tid. EMRK artikel 6 finder derfor anvendelse på hele sagsforløbet, herunder fuldbyrdelsesstadiet.

Menneskeretsdomstolens vurdering af, om retsgarantierne i EMRK artikel 6 er overholdt betyder endvidere som hovedregel, at det konkrete begivenhedsforløb (processen), der klages over, underlægges en *helhedsbedømmelse*. Den samlede bedømmelse kan medvirke til, at der ikke statueres en krænkelse, selv om enkelte elementer isoleret bedømt kan anføres at indebære en krænkelse. [314]

Det er i denne forbindelse vigtigt at bemærke, at det alene er selve processen, der er under vurdering og ikke en stillingtagen til, om national ret er fortolket korrekt.[315] Det har den betydning, at de kontraherende stater, dvs. domstolsorganerne, har en *skønsmargin* i forhold til, hvordan de anvender de nationale regler. En konsekvens heraf er, at de forpligtelser, der følger af EMRK artikel 6's retsgarantier, i visse sammenhænge derfor er et resultat af en *»adfærd«*. Herved forstås, at de nationale domstole selv bestemmer hvilke regler, de anvender så længe det endelige resultat, dvs. processen, samlet set har været retfærdigt. [316] I dette perspektiv skal

[311] Peer Lorenzen, 2011, side 390 ff.

[312] Sag af 15.2.2000, § 25. Se bl.a. også A. m.fl. v. Danmark, sag af 8.2.1996, § 77 og Christensen v. Danmark, sag af 22.1.2009, § 97.

[313] Jon Fridik Kjølbro, 2010, side 404.

[314] Peer Lorenzen, 2011, side 410 og Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 459.

[315] Peer Lorenzen, 2011, side 411.

[316] Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, side 371.

især EMRK artikel 6's krav om en rimelig frist og dermed afhandlingens problemstilling rimelige sagsbehandlingstider, som tidligere beskrevet, ses.[317]

Gør en part under en forældreansvarssag gældende, at kravet om rimelig frist i EMRK artikel 6 og/eller artikel 8 er krænket, foreligger der en vis skønsmargin i forhold til den rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden som Statsforvaltningen, Ankestyrelsen eller domstolen skal foretage, men der skal være en anvendelse af de standarder, der er i overensstemmelse med disse kriterier udviklet i konventionspraksis. I den forbindelse bør begrundelsen i afgørelsen for, hvorvidt der foreligger en krænkelse indeholde en afvejning af de ovenstående kriterier. Tendensen i konventionspraksis er tilsyneladende, at Menneskeretsdomstolen fastholder de nationale domstoles afvejning, hvis den indeholder en begrundet vurdering af forholdet til konventionen.[318]

De kontraherende medlemsstaters skønsmargin hænger også sammen med den *komparative fortolkning* på den måde, at skønsmarginen er snæver på områder, hvor der er konsensus bland medlemsstaterne, hvorimod skønsmarginen er vid, hvor der ikke er konsensus. Hermed menes, at der både kan være konsensus blandt medlemsstaterne i forhold til at beskytte en rettighed, og om ikke at beskytte en rettighed. Grundlaget for en fortolkning af EMRK vil derfor ofte være et udtryk for en vurdering af hvilke standarder, der må anses som accepterede blandt medlemsstaterne og i øvrigt i folkeretten.

Denne komparative fortolkning har stor relevans for afhandlingens analyse af de menneskeretlige krav til domstolsprøvelsen af samværssager, bl.a. fordi Menneskeretsdomstolen i flere ledende afgørelser på det retsområde tager hensyn til »the systems of judicial control of administrative decisions found throughout the Council of Europe member States.«[319]

I denne forbindelse skal nævnes den *dynamiske fortolkning*, som Menneskeretsdomstolen anvender ved en fortolkning af i lyset af nutidens forhold (»present-day conditions«).[320] Dette dynamiske fortolkningsprincip gør, at Menneskeretsdomstolen fortolker konventionen i lyset af, om forholdene i de kontraherende stater har ændret si i et sådant omfang, at det nødvendiggør en nyfortolkning. Menneskeretsdomstolen ser på, om der er sket en udvikling af almindelige accepterede retlige og sociale standarder i de kontraherende stater.[321] Den dynamiske fortolkning bevirker derfor, at den konsensus, som eksisterer mellem medlemslandene i forhold til en given rettighed, kan være udslaget af en samfundsudvikling.

[317] Se kapitel 2, afsnit. 3.

[318] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 490.

[319] Se herom i kapitel 10, afsnit 2.2.

[320] EMRK bliver i kraft af dette fortolkningsprincip betegnet som et »living instrument«, jf. Tyrer v. Storbritannien, sag af 25.4.1978, § 31.

[321] Se herom fx Marianne Holdgaard, Family Life and Transsexuals – Developments in the Light of Changes in »Present- Day Conditions, EU-ret og Menneskeret, 2003, side og Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 24 og Jonas Christoffersen, 2011, side 22.

1.5. Forholdet til EMRK artikel 13

EMRK 6's forhold og afgrænsning til EMRK 13 skal kort berøres, idet bestemmelserne i nogle tilfælde vil kunne have en overlappende beskyttelse. Samspillet mellem EMRK artikel 6 og 13 er meget kompleks og genstand for en omfattende konventionspraksis.[322] I dette afsnit findes alene overordnede betragtninger af relevans for afhandlingens emne. Redegørelsen sker for at fastslå, at EMRK artikel 6 er den centrale bestemmelse for analysen i kapitel 10.

EMRK artikel 13 foreskriver, at enhver, hvis rettigheder efter EMRK er blevet krænket, har krav på en adgang til et effektivt nationalt retsmiddel.[323] Denne bestemmelse har derfor som formål at sikre, at der er adgang til procedurer i national ret, hvor individer skal kunne gøre sine rettigheder gældende.[324]

Den overordnede forskel mellem EMRK artikel 6 og 13 er, at artikel 6 finder anvendelse på alle rettigheder og forpligtelser, der er anerkendt efter national ret, mens EMRK artikel 13 således alene gælder for de rettigheder, der er beskyttet i konventionens forskellige bestemmelser.[325]

Særlig relevant for afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse er, at EMRK Artikel 6 anses som en lex specialis bestemmelse i forhold til EMRK artikel 13 i sager vedrørende spørgsmål om krænkelse af retten til en domstolsprøvelse. Dette ses fx i Sigma Radio Television v. Cypern[326], hvor Menneskeretsdomstolen udtalelse om forholdet mellem bestemmelserne forklares meget godt på følgende måde:

»the applicant complained under Article 13 of the Convention that its cases before the Supreme Court had not been adequately examined. The Court, however, notes that this complaint is the same in substance as that raised under Article 6 § 1 concerning the alleged insufficiency of the scope of jurisdiction of the domestic courts. The Court reiterates that the role of Article 6 § 1 in relation to Article 13 is that of a lex specialis, the requirements of Article 13 being absorbed by the more stringent requirements of Article 6 § 1.«[327]

[322] Se om afgrænsningen mellem EMRK artikel 6 og 8 i relation til den materielle del fx Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Publishers, 2009, side 370 ff.

[323] Det er dog ikke et krav efter bestemmelsen, at der foreligger en krænkelse af en materiel bestemmelse i konventionen, men alene, at der er en »arguable claim«, jf. Jonas Christoffersen, 2009, side 371.

[324] Jonas Christoffersen, 2011, side 14.

[325] Jens Elo Rytter, 2016, side 467.

[326] Sag af 21.10.2011.

[327] § 20.

Tilsvarende fremgangsmåde ses i familieretlige sager, hvor både EMRK artikel 6, 8 og 13 er påberåbt.[328]

Hvis der således er fælles grundlag mellem bestemmelserne, absorberer EMRK artikel 6 derfor EMRK artikel 13 ud fra den tankegang, at de processuelle rettigheder i artikel 6 er stærkere end i artikel 13.[329]

2. EMRK ARTIKEL 8

EMRK artikel 8 er én af konventionens vigtigste materielle bestemmelser på grund af detn brede anvendelsesområde.[330] Bestemmelsens stk. 1 beskytter foruden »retten til respekt for familielivet«, også retten til privatliv, hjem og korrespondance. I det følgende fokuseres alene på retten til familielivet.[331] De fortolkningsprincipper, der er behandlet oven for i afsnit 1.4 i relation til EMRK artikel 6, anvender Menneskeretsdomstolen tilsvarende under EMRK artikel 8.[332]

Menneskeretsdomstolens konventionspraksis bygger på FN's Børnekonventions artikel 3 om barnets bedste i sager, der vedrører forholdet mellem barn og forælder. Barnets bedste tillægges derfor særligt vægt – og i nogle sager afgørende betydning.[333]

Indgreb i retten til familieliv kan være legimiteret efter bestemmelsens stk. 2, hvis indgrebet har hjemmel i lov, er nødvendigt i et demokratisk samfund (proportionalitetsprincippet), og hvis der foreligger relevante hensyn bag indgrebet. I sager om samvær og forældremyndighed er der sjældent tvivl om, at indgrebet er sket med hjemmel i lov, og at indgrebet er varetaget under hensyn til »Sundheden eller sædeligheden« eller i en »beskyttelse af andres frihedsrettigheder«, der er nævnt i bestemmelsens stk. 2. Menneskeretsdomstolens efterprøver derfor som om indgrebet har været sagligt og tilstrækkelig, og om indgrebet under de faktiske omstændigheder har været proportionelt, som led i vurderingen af om indgrebet af været nødvendigt i et demokratisk samfund.

[328] Se fx W. v. Storbritannien, sag af 8.7.1987, § 85 og Eriksson v. Sverige sag af 22.6.1989, § 94.

[329] Jonas Christoffersen, 2011, side 20. EMRK artikel 13 gælder imidlertid selvstændigt i de sager, hvor kravet om rimelig frist er krænket. I Kudla mod Polen, sag 26.10.2000 fastslog Menneskeretsdomstolen, at EMRK artikel 13 kræver, at der er i national ret eksisterer effektive retsmidler mod klager over lang varig retssagsbehandling.

[330] Jens Vedsted-Hansen, 2011, side 642.

[331] For en generel og mere dybdegående behandling af EMRK artikel 8, se fx Jens Vedsted-Hansen, 2011 side 641 ff, og Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 589 ff. Konkret i forhold til bestemmelsens betydning og forhold til dansk ret i dansk forældreansvarssager, se Marianne Holdgaard, 2012, side 227-250.

[332] Se om EMRK 8's fortolkningsprincipper Andrea Büchler, *Family Forms and Parenthood, Theory and Practice of Artikle 8 ECHR in Europ*e, Andrea Büchler og Helen Keller (eds.), 1st edtion, Intersentia, 2016, side 3 ff.

[333] Jens Vedsted-Hansen, 2011, side 715.

I sager om forældremyndighed og samvær vil de nationale myndigheder som udgangspunkt have en vid skønsmargin ved vurderingen af om nødvendigskravet er opfyldt. Menneskeretsdomstolen erkender, at den ikke har særlige forudsætninger for at afveje modsatrettede hensyn i sager om forældremyndighed og samvær end de nationale myndigheder, der i det daglige har kontakt med parterne. Menneskeretsdomstolens opgave i denne henseende er derfor ikke at træde i stedet for de nationale myndigheder ved udøvelse af deres ansvar, når der træffer familieretlige afgørelser.[334]

Der foreligger dog en forskel i staternes skønsmargin i forhold til hvilken familieretlig sagstype, der er tale om under bestemmelsen. I forældremyndighedssager og tvangsfjernelsessager er staten overladt en bredere skønsmargin end i samværssager og andre sager, hvor der er begrænset kontakt mellem barn og forælder. Det betyder, at Menneskeretsdomstolens i samværssager normalt vil foretage en mere indgående prøvelse.[335] I fx Elsholz v. Tyskland[336], der vedrørte tvangsfjernelse og samvær, anførte Menneskeretsdomstolen således:

»…the Court recognises that the authorities enjoy *a wide margin of appreciation, in particular when assessing the necessity of taking a child into care*. *However*, a *stricter scrutiny is called* for in respect of any further limitations, such as restrictions placed by those authorities on parental *rights of access*, and of any legal safeguards designed to secure an effective protection of the right of parents and children to respect for their family life. Such further limitations entail the danger that the family relations between the parents and a young child would be effectively curtailed«[337]
(Mine fremhævelser)

Menneskeretsdomstolen sondrer i konventionspraksis mellem positive og negative forpligtelser med henblik på at beskytte de familierettigheder, der er omfattet af bestemmelsen. Den kontraherende stats forpligtelser for respekten for familielivet er overvejende negative, hvilket betyder, at staten først og fremmest skal undlade gøre indgreb i familielivet.[338]

Staten har dog visse positive forpligtelser med henblik på at sikre familielivet, hvilket bl.a. kommer til udtryk ved, at Menneskeretsdomstolen har indfortolket processuelle rettigheder i EMRK artikel 8, der ikke kan læses i bestemmelses direkte ordlyd, jf. tvangsfjernelsessagerne W. og R. v. Storbritannien.[339]

[334] Betænkning nr. 1475, *Barnets perspektiv, Forældremyndighed, Barnets bopæl, Samvær, Tvangsfuldbyrdelse*, afgivet af Udvalget om Forældremyndighed og Samvær, bilag 7, afsnit 3 og Jens Vedsted-Hansen, 2011, side 715.
[335] Jens Vedsted-Hansen, 2011, 716.
[336]S ag af 13.7.2000.
[337] § 49.
[338] Jens Vedsted-Hansen, 2011, side 706.
[339] Alle af 8.7.1987.

»It is true that *Article 8 (art. 8) contains no explicit procedural requirements, but* this is not conclusive of the matter. *The local authority's decision-making process clearly cannot be devoid of influence on the substance of the decision,* notably by ensuring that it is based on the relevant considerations and is not one-sided and, hence, neither is nor appears to be arbitrary.«[340]

Første gang Menneskeretsdomstolen præciserede rækkevidden af EMRK artikel 8 i forhold til disse processuelle rettigheder var i tvangsfjernelsessagerne O, H, W, B og R v. Storbritannien.[341] Menneskeretsdomstolen slog fast, at en vurdering af, om EMRK artikel 8 er i agttaget indeholder en hensyntagen til om sagsprocessen i den konkrete sag var været fair og med respekt for de rettigheder, der sikres efter bestemmelsen, hvorunder barnets bedste formodentlig må være inkluderet.[342]

En vurdering af den nationale sagsproces indgår derfor i Menneskeretsdomstolens samlede bedømmelse af, om retten til respekt for familielivet er krænket. Det vil sige, at staternes respekt for de processuelle rettigheder overordnet set indgår i den samlede vurdering af, om de materielle forpligtelser i bestemmelsen er overholdt.[343] Hvis den samlede sagsproces ikke opfylder EMRK artikel 8's krav herom, betyder det, at der foreligger en krænkelse af bestemmelsen, fordi afgørelsen ikke er »regarded "nessesary" with in the meaning of article 8«.[344]

I vurderingen af de processuelle rettigheder kan fx indgå om de nationale myndigheder i sager om forældremyndighed og bopæl har behandlet sagen med den fornødne hurtighed, idet tidsfaktoren ofte vil kunne have en afgørende betydning. Menneskeretsdomstolen fremhævede følgende herom i, tvangsfjernelsessagen,W v. Storbritannien[345]:

»the Court considers that in conducting its review in the context of Article 8 (art. 8) it may also have regard to the length of the local authority's decision-making process and of any related judicial proceedings. […] *in cases of this kind there is always the danger that any procedural delay*

[340] W, og R v. Storbritannien, begge 8.7.1987, § 62.

[341] Alle af 8.7.1987. Jonas Christoffersen, 2011, side 15, anfører, at der »i teorem [tales] om en processualisering af rettighederne, og at det kan drøftes, om det øgede fokus på processuelle aspekter af materielle rettigheder, sker på bekostning af en ringere beskyttelse af de materielle rettigheder, herunder fordi staternes skønsmargin udvides som følge af EMD's fokus på processuelle forhold.« Se også Jonas Christoffersen, 2009, side 455-521.

[342] § 62.

[343] Jonas Christoffersen, 2011, side 37. Menneskeretsdomstolen er gået fra en separat bedømmelse af de processuelle og materielle aspekter under EMRK artikel 8 til at foretage en integreret bedømmelse af aspekterne. Et udslag af den integrerede bedømmelse er følgende: »the more appropriate and careful the domestic procedure, the greater weight will be attached to the subsidiarity principle, and the wider will be the domestic measure of discretion«, jf. Jonas Christoffersen 2009, side 470 ff. Forfatteren anfører dog, at konventionspraksis herom ikke er konsekvent.

[344] W. v. Storbritannien, sag af 8.7.1987, § 64.

[345] Sag af 8.7.1987

will result in the de facto determination of the issue submitted to the court before it has held its hearing. And an effective respect for family life requires that future relations between parent and child *be determined solely in the light of all relevant considerations and not by the mere effluxion of time.«*[346]

Menneskeretsdomstolen fremhæver således risikoen for en sammenhæng mellem sagsbehandlingstiden og den materielle endelige afgørelse, der bliver truffet, hvis sagsbehandlingstiden er for lang. Især i sager, som fx tvangsfjernelsessager, er der en risiko for, at tidsfaktoren bliver afgørende for sagens udfald af hensyn til kontinuiteten for barnet, der fx ikke har set sine biologiske forældre i en lang periode. For, at retten til familielivet kan respekteres, når den fremdige relation mellem barn og forældre skal afgøres, kræver EMRK artikel 8, at dette alene sker i lyset af de relevante overvejelser, og ikke alene på grund af tiden, der er passeret.

Det skal dog bemærkes, at Menneskeretsdomstolen overlader de nationale myndigheder en vis skønsmargin i relation til de processuelle forpligtelser. Menneskeretsdomstolen anerkender, at der er tale om et følsomt område, hvor »local authorities are faced with a task that is extremely difficult. To require them to follow on each occasion an inflexible procedure would only add to their problems. They must therefore be allowed a measure of discretion in this respect«.[347]

Den positive forpligtelse, der gælder for de nationale myndigheder under EMRK artikel 8 – og i nær sammenhæng med de processuelle rettigheder – kommer også til udtryk i fx samværssager, hvor der er klaget over, at den nationale myndighed ikke har truffet alle nødvendige foranstaltninger for at få tvangsfuldbyrdet afgørelsen. Afvejningen af modstående interesser, herunder følgelig barnets bedste, er især svær i sådanne sager. Forpligtelsen til at etablere kontakt mellem barn og forælder er ikke absolut.[348]

Det ses bl.a. i Glaser v. Storbritannien[349], hvor der ikke forelå en krænkelse af EMRK artikel 8. Menneskeretsdomstolen havde fundet, den nationale domstol havde foretaget de nødvendige foranstaltninger for at kunne tvangsfuldbyrde afgørelsen, og at det alene var mor, der var årssagen til at, at tvangsfuldbyrdelsen aldrig fandt sted. Menneskeretsdomstolen konkluderede på den baggrund:

»*that in this very difficult situation the authorities struck a fair balance between the competing interests* and did not fail in their responsibilities to protect the applicant's right to respect for family life. Accordingly there has in the circumstances of this case been no violation of Article 8 of the Convention.«[350]

[346] § 65.
[347] Sag af 8.7.1987, § 62.
[348] Jens Vedsted-Hansen, 2011, side 718.
[349] Sag af 19.9.2000.
[350] § 87.

Det er navnlig barnets interesser og rettigheder efter artikel 8, der begrænser pligten til at håndhæve samværsafgørelser med magt. Det vigtige spørgsmål i denne sammenhæng vil derfor være, hvorvidt den kontraherende stat har taget de nødvendige skridt til at etablere kontakt, som man med rimelighed kan forlange i den enkelte sag.[351]

3. Afgrænsning mellem EMRK artikel 6 og artikel 8

Det fremgår af foranstående, at EMRK indeholder rettigheder af både processuel og materiel karakter. EMRK artikel 6 er, som beskrevet, en processuel bestemmelse med processuelle retsgarantier, der tilkommer parterne i forbindelse med afviklingen af en civil sag for en uafhængig og upartisk domstol.[352]

Modsat er EMRK artikel 8 altovervejende en materiel (indholdsmæssig) bestemmelse. Menneskeretsdomstolen har dog således i EMRK artikel 8 foretaget en indfortolkning af processuelle rettigheder – for at sikre beskyttelsen af de materielle rettigheder. Disse processuelle rettigheder flyder i nogle tilfælde sammen med de retsgarantier, der er beskyttet i EMRK artikel 6. Der kan derfor i denne forbindelse opstå afgrænsningsspørgsmål af betydning for den konkrete anvendelse af EMRK artikel 6 og 8 i forældreansvarssager.[353] Rækkevidden af bestemmelserne skal derfor kort redegøres for i dette afsnit.[354]

EMRK artikel 6 finder alene anvendelse på de forældremyndighedssager, der bliver behandlet ved domstolene efter retsplejelovens kapitel 42, og for de samværssager, der bliver indbragt for domstolene i medfør af Grundlovens § 63.

Dette betyder, at EMRK artikel 6 giver adgang til og kræver en domstolsprøvelse af danske forældreansvarssager. Det skal fremhæves, at problematikken, i relation til afhandlingens emne, er ikke selve adgangen til en domstolsprøvelse, men om omfanget af domstolsprøvelsen. Det centrale er, med andre ord, hvilke menneskeretlige krav, der stilles til intensiteten af domstolsprøvelsen af samværssager efter Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. Rækkevidden af de menneskeretlige til omfanget af domstolsprøvelsen er genstand for en dybdegående analyse i kapitel 10.

EMRK artikel 8's anvendelsesområde strækker sig lidt længere, idet bestemmelsens formål er at beskytte retten til familielivet i forældreansvarssager. Bestemmelsen finder anvendelse, uanset om sagsbehandlingen foregår ved Statsforvaltningen, Ankestyrelsen eller domstolene

Dette betyder konkret, at EMRK artikel 6 og EMRK artikel 8 inden for afhandlingens emne overlapper hinanden for så vidt angår kravet om rimelig frist i de sager, der bliver behandlet ved domstolene. EMRK artikel 8 kan derfor få selvstæn-

[351] Jens Vedsted-Hansen, 2011, side 718.

[352] Se fx Jonas Christoffersen, 2011, side 14.

[353] Se Jonas Christoffersen, 2011, side 14 f. og Jens Vedsted-Hasen, 2011, side 643.

[354] Se for en mere dybdegående behandling om afgræsningen mellem EMRK artikel 6 og 8 i tvangsfjernelses- og samværssager, Jonas Christoffersen, 2009, side 464 ff.

dig betydning i forældreansvarssager, herunder navnlig samværssager, der ikke bliver behandlet ved domstolene, men alene ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen.

Menneskeretsdomstolen synes ikke at være konsekvent med hensyn til hvilken bestemmelse kravet om rimelig frist underlægges en vurdering i de sager hvor en krænkelse af begge bestemmelser er gjort gældende.[355]

I fx Glaser v. Storbritannien[356], der også er beskrevet oven for, blev en klage over en lang behandlingstid i realiteten vurderet under begge bestemmelser. Artikel 6 var konkret ikke krænket for så vidt angår den samlede sagsbehandlingstid, mens sagsbehandlingstiden for fogedstadiet heller ikke indebar i en krænkelse af artikel 8, idet den nationale domstol havde truffet alle nødvendige foranstaltninger med henblik på at få fuldbyrdet samværsafgørelsen.[357]

I McMichael v. Storbritannien[358] anførte Menneskeretsdomstolen, at forskellen mellem formålene med EMRK artikel 6 og 8, afhængig af sagens konkrete omstændigheder, kan retfærdiggøre en bedømmelse under begge bestemmelser:

»the Court would point to the difference in the nature of the interests protected by Articles 6 para. 1 and 8 (art. 6-1, art. 8). Thus, Article 6 para. 1 (art. 6-1) affords a procedural safeguard, namely the "right to a court" in the determination of one's "civil rights and obligations"[…] whereas not only does the procedural requirement inherent in Article 8 (art. 8) cover administrative procedures as well as judicial proceedings, but it is ancillary to the wider purpose of ensuring proper respect for, inter alia, family life […] The difference between the purpose pursued by the respective safeguards afforded by Articles 6 para. 1 and 8 (art. 6-1, art. 8) may, in the light of the particular circumstances, justify the examination of the same set of facts under both Articles (art. 6, art. 8).[359]

Menneskeretsdomstolen fremhæver således i sin udtalelse forskellen mellem formålet med EMRK 6's retsgarantier, og de processuelle rettigheder i EMRK artikel 8. Retten til domstolsprøvelse, herunder selve sagsprocessen for den nationale domstol, er beskyttet i artikel 6, mens både sagsprocessen for den nationale domstol og for de administrative myndigheder er beskyttet i artikel 8.

Som det fremgår, er de processuelle rettigheder i EMRK artikel 8 accessoriske for bestemmelsens bredere formål, der tager sigte på en materiel beskyttelse af retten til familielivet. Det er denne forskel mellem bestemmelserne, der kan forklare, at Menneskeretsdomstolen bedømmer en krænkelse af en »overlappende« rettighed under begge bestemmelser.

[355] Se bl.a. Gobec v. Slovenien, sag af 3.1.2014 (artikel 8), Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige, sag af 19.2.1998 (artikel 6), Johansen v. Norge, sag af 27.6.1996 (artikel 6) og W. v. Storbritannien, sag af 8.7.1987 (artikel 8) samt Glaser v. Storbritannien, sag af 19.9.2000 (artikel 6 og 8).

[356] Sag af 19.9.2000.

[357] § 87 og § 97.

[358] Sag af 24.2.1995.

[359] § 91. I den konkrete sag, der vedrørte tvangsfjernelse, bedømte Menneskeretsdomstolen klagers anbringender om manglende kontradiktion under både EMRK artikel 6 og 8.

Det skal i denne forbindelse nævnes, at Menneskeretsdomstolen ikke er bundet af parternes påstande om hvilken bestemmelse, der er krænket.[360]

I Süus v. Tyskland[361] ses det indbyrdes forhold og vekselvirkningen mellem EMRK artikel 6 og 8 i forhold til kravet om rimelig frist:

»[…] the Court recalls that in cases concerning a person's relationship with his or her child, there is a duty to exercise exceptional diligence in view of the risk that the passage of time may result in a *de facto* determination of the matter. *This duty,* which is decisive in assessing whether a case concerning access to children had been heard within a reasonable time as required by Article 6 § 1 of the Convention […] *also forms part of the procedural requirements implicit in Article 8.«*[362]

Af citatet fremgår det, at i sager, der involverer forholdet mellem barn og forælder, har staterne en positiv forpligtelse til at udvise ekstraordinær omhu (»exceptional diligence«) i sagsbehandlingen på grund af risikoen for, at tidsforløbet bliver den afgørende faktor for sagens udfald.

Det er netop de kontraherende staters positive forpligtelse til at udvise ekstraordinær omhu i forbindelse med sagsbehandlingen af sager, der omhandler forholdet mellem barn og forældre, der således er en bestanddel af både den substantielle og processuelle beskyttelse af familielivet i EMRK artikel 8, og indgår tillige i vurderingen af, om rimelig frist kravet efter EMRK artikel 6 er iagttaget.

[360] Jonas Christoffersen, 2011, side 1055. Menneskeretsdomstolens begrundelse for at bedømme kravet under én af bestemmelserne er, at det ikke er nødvendigt at behandle klagen i forhold til den pågældende bestemmelse, idet en krænkelse eller en ikke-krænkelse er statueret under den anden bestemmelse. Se fx Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige af sag, 10.2.1998, § 50 og W. v. Storbritannien, sag af 8.7.1987, § 84.

[361] Sag af 10.11.2005.

[362] § 100.

.

Kapitel 5

Kompetencefordeling mellem Statsforvaltningen og domstole i forældreansvarssager

For at kunne vurdere i hvilket omfang der i dansk ret er en ret til en domstolsprøvelse i forældreansvarssager[363], er det relevant først kort at redegøre for kompetencefordelingen mellem Statsforvaltningen og domstolene i forældreansvarssager i lyset af en historisk udvikling. Der redegøres for i hvilket omfang forældreansvarssagerne kunne afgøres af domstolene før lovændringen af forældreansvarsloven i 2012, herunder hvilke hensyn, der har båret kompetencefordelingen gennem årene. Denne redegørelse sker samtidig med henblik på at give en forståelse for baggrunden for lovændringen af forældreansvarsloven i 2012, herunder i relation til lovens overordnede formål. Samtidigt er dette relevant for at kunne svare på, om formodningsprincippet kan og bør anvendes af domstolene i samværssager, der er indbragt for domstolene i medfør af Grundlovens § 63, stk.1, 1. pkt. Bevæggrundene for lovændringen i 2012 og for den retstilstand, som gælder i dag, behandles afslutningsvis i kapitlet.

1. Indledning

I 2007 gennemgik det familieretlige område en omsiggribende reform som følge af udmøntningen af kommunalreformen på det familieretlige område.[364]

Kommunalreformen medførte, at der blev lavet én fælles indgang til opløsning af ægteskab og uenighed om forældremyndighed og samvær, således at borgerne kun skulle henvende sig ét sted. Det blev besluttet, at sagerne skulle startes ved de nye statsforvaltninger i modsætning til tidligere, hvor sagerne kunne anlægges direkte ved domstolene.[365]

Formålet med den fælles indgang var at skabe et enstrenget og mere gennemskueligt ved at samle alle familieretlige sager ét sted. Sagerne skulle alene kunne indbringes for retten, såfremt der ikke under statsforvaltningernes vejledning og råd-

[363] Der skal gøres opmærksom på, at dette kapitel overordnet set har størst relevans for afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse. Det kan dog anføres, at kapitlet har indirekte betydning for afhandlingens problemstilling om rimelige sagsbehandlingstider, da effektivitetsbetragtninger, som det vil fremgå, har været et gennemgående hensyn for fordelingen af kompetencen mellem Statsforvaltningen og domstolene i forældreansvarssager gennem årene.

[364] Jf. lov nr. 525 af 24.6.2005, *Ændring af lov om forældremyndighed og samvær, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love. (Udmøntning af kommunalreformen på det familieretlige område)*. Loven trådte i kraft 1.1.2007.

[365] Advokaterne blev herved afskåret for at udtage stævninger på af vegne af klienterne.

givning kunne opnås enighed mellem parterne. Reformen indebar, at statsforvaltningerne i høj grad skulle anses som en forligsinstitution gennem bistand fra sagsbehandlere og børnesagkyndige, samt gennem rådgivning og konfliktmægling. Det overordnende formål var således at skabe mulighed for at få en samlet løsning på de problemer, der opstår i en familie ved samlivsophævelse.[366]

Et tilbageblik på kompetencefordelingen mellem Statsforvaltningen og domstolene over tid viser også, at der har været et gennemgående ønske om at undgå en unødvendig formalisering af familieretlige sager, hvor samlivet ophæves samt et ønske om forenkling af processer.

Derudover har en grundlæggende opfattelse været, at sager om bl.a. forældremyndighed og samvær vedrører så fundamentale spørgsmål, at retssikkerhedsmæssige hensyn gør sig gældende, hvorfor sådanne tvister bør løses af domstolene. Denne grundlæggende opfattelse synes således ikke sammenfaldende med Menneskeretsdomstolens. Som det er nævnt i kapitel 4, foretager Menneskeretsdomstolen i samværssager normalt en mere indgående prøvelse af om EMRK artikel 8 er overholdt, end i fx forældremyndighedssager.[367]

Ikke alle fremlagte forslag er blevet gennemført i fuld udstrækning, hvilket vil fremgå af de følgende afsnit, hvor der redegøres for de vigtigste forslag og gennemførte reformer i forhold sager om forældremyndighed, bopæl og samvær.

Afsnittene er kronologisk opdelt således, at tiden før strukturreformen behandles i afsnit 2, hvorefter perioden 2007-2012 behandles i afsnit 3. Til sidst i afsnit 4 behandles lovændringen af forældreansvarsloven i 2012.

2. Før 2007

Reglerne om forældremyndighed og samvær, der var gældende indtil 1. januar 1986, fandtes i myndighedsloven og ægteskabsloven fra 1922. Grundlaget for begge 1922-lovgivninger var betænkninger afgivet af familieretskommission i 1913 og 1921.[368]

Den dobbelte kompetence mellem domstolene og Statsforvaltning i familieretlige sager har efterhånden eksisteret i århundreder, hvor fx separation og skilsmisse kunne gives ved dom eller bevilling.[369]

2.1. Familieretskommissionen

Første gang, der blev sat fokus på det danske dobbeltsystem inden for sagsbehandlingen af familieretlige sager, var af familieretskommissionen i betænkningen fra 1913. Der blev argumenteret for en opretholdelse af den administrative behand-

[366] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 525 af 24.6.2005, afsnit 1.2..

[367] Afsnit 2.

[368] Svend Danielsen, *Forældremyndighed og samværsret, Myndighedslovens kapitel 2 og 3,* Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1986, side 21.

[369] Jf. historisk gennemgang i betænkning nr. 796, *Fremgangsmåden ved separation og skilsmisse (ægteskab 7),* afgivet af ægteskabsudvalget af 1969, København, 1977, side 9.

lingsmåde, idet fordele som ensartethed og kyndighed var til stede, samtidig med, at afgørelser om den personlige sfære ikke blev gjort til offentligt skue. Derudover fremhævedes det, at behandlingsmåden var billig og fri for generende former.[370]

På den anden side var der principielle betænkeligheder ved at opretholde den dobbelte kompetence mellem domstolene og statsamterne, især i de tilfælde, hvor separation eller skilsmisse blev givet mod den ene parts protest. Derfor foreslog familieretskommissionen, at bevillingssystemet skulle forlades i alle tilfælde, hvor der var en tvist mellem ægtefællerne, og dermed skulle administrationen overordnet set kun behandle sager, hvor der var enighed mellem ægtefællerne.

Trods dette forslag herom fra familieretskommissionen blev dobbeltsystemet ikke helt forladt i ægteskabsloven, bl.a. fordi det blev fremhævet, at »[…] den administrative afgørelsesmåde ved separation og skilsmisse er den tilvante og på grund af sin hurtighed, diskretion og billighed[…]«.

Retstilstanden efter ægteskabsloven var herefter følgende: Ved separation ved bevilling skulle ægtefællerne være enige om separation samt enige om forældremyndigheden og bidragspligten over ægtefællen og eventuelle børn. Bevillingsvejen blev derfor holdt åben i separationssager, hvis der var enighed mellem ægtefællerne om at overlade spørgsmålet til administrationen.

Efter administrativ praksis blev bevilling om separation dog som hovedregel ikke givet, hvis ægtefællerne ikke var enige omkring forældremyndighedsspørgsmålet. For så vidt angår bidragene, var det tilstrækkeligt, at ægtefællerne var enige om at overlade spørgsmålet om pligten og størrelsen til administrativ afgørelse. Skilsmisse på grund af separation kunne alene meddeles ved bevilling, og uenighed om bidrag, lejlighed mv. skulle da afgøres af administrationen.[371] For så vidt angår samværssager, blev samværsspørgsmålet som helhed afgjort af administrationen, og spørgsmålet blev kun taget op efter begæring, og blev afgjort uafhængigt af skilsmissesagen.[372]

2.2. *Ægteskabsudvalget af 1957*

Herefter gik omkring 40 år, før nye overvejelser om ændringen af kompetencefordelingen blev drøftet.[373]

[370] *Skilsmissesagen, skandinaviske synsvinkler*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1989, side 73.

[371] Jf. Svend Danielsen, 1989, side 73 ff., der redegør for de lovgivningsmæssige overvejelser om overførelse af opgaver fra administrationen til domstolene i Danmark siden år 1900. Af forfatternes redegørelse fremgår bl.a., at lovforslagene til ægteskabsloven indeholdte regler om retssagers behandling, men som dog udgik af forslaget, idet der blev stillet forslag om, at bestemmelserne skulle indgå i overvejelserne ved en forestående revision af retsplejeloven. Se også bet. nr. 796/1977, side 9 og 12 ff., der redegør for den historiske udvikling og for reformovervejelser omkring kompetencefordelingen.

[372] Betænkning nr. 369, *Ægteskabets indgåelse op opløsning samt forældremyndighed og samkvemsret*, Betænkning II, afgivet af Justitsministeriets ægteskabsudvalg, 1964, side 94.

[373] I den juridiske litteratur blev der dog fremført visse vurderinger og kritik af de gældende lovregler, jf. Svend Danielsen, 1989, side 75 med henvisninger til Viggo Bentzon, der i 1924, anførte, at der

Ægteskabsudvalget af 1957 afgav i 1964 en betænkning om ægteskabets indgåelse og opløsning samt forældremyndighed og samkvemsret, der indeholdte visse forslag til kompetenceændringer. Overordnet set var grundtanken i forslaget, at behandlingen af skilsmissesager burde forenkles, således at sagerne kunne få »et mere lettere forløb«.[374] Videre anførte udvalget:

»Det, der fra lovgivningens side kan og bør gøres for at forebygge overilede skilsmisser, bør ikke ske ved at gøre processen langsom, idet tiden under denne er psykisk meget belastende for parterne, men ved passende ordning af de materielle betingelser for at opnå separation eller skilsmisse.«[375]

Udvalget havde imidlertid ikke på sinde at foreslå »væsentlige ændringer i det gældende dobbeltsystemet, der havde virket i flere århundreder«. En sådan »radikal ændring af systemet bør efter udvalgets opfattelse kun komme på tale i forbindelse med oprettelse af *specialdomstole* til behandling af familieretlige sager«. Forslag herom blev ikke stillet af udvalget, men udvalget foreslå en ændring på to punkter:

»For det første foreslås dobbeltsystemet gennemført fuldt ud, således at ægtefællerne altid får mulighed for at vælge mellem de to fremgangsmåder, og for det andet foreslås betingelserne for at opnå bevilling gjort ensartede for alle separations- og skilsmissebestemmelserne og præciseret nøje i lovteksten«[376]

Med et udgangspunkt i disse effektivitetsbetragtninger foreslå udvalget bl.a. at forældremyndighedssager skulle behandles af domstolene i alle tilfælde, dvs. også i sager, hvor der forelå enighed mellem forældrene.

Derudover fremkom udvalget med et forslag, der på daværende tidspunkt var nyskabende, idet det blev foreslået, at ægtefællerne for at opnå bevilling også skulle være enige om samværet med børnene, dvs. samværet blev knyttet til som et vilkår. Kunne de ikke blive enige, var de afskåret fra at få bevilling, selv om der forelå enighed om øvrige vilkår. Opstod der denne strid mellem forældrene, fandt udvalget, at »[det retteste må] være, at domstolene og ikke administrationen tager sig af stridsspørgsmålet«.[377]

---

kun burde være tale en overgangsordning, ligesom O.A. Borum, der i 1941 dog tilsluttede sig den dagældende ordning, bemærkede, at egentlige retstvister mellem private hører under domstolene. Ernst Andersen udtrykte sig mere skarpt i 1956 ved at anføre, at det principielt var forkasteligt, at sager der hører under domstolene, afgøres af administrationen.

[374] Bet. nr. 369/1964, side 69.

[375] Bet. nr. 369/1964, side 69.

[376] Bet. nr. 369/1964, side 93. Udvalgets formand havde dog til senere og eventuel realisering skitseret et udkast til bestemmelser om en ægteskabsdomstol, hvor formålet hermed havde været at nå frem til en forenkling af det gældende system, hvor en skilsmissesag behandles af en både domstole, administrationen og skifteretten. Se betænkningens bilag 7.

[377] Bet. nr. 369/1964, side 94.

Udvalget anførte i betænkningen:

»Af *principielle grunde* og i overensstemmelse med det standpunkt, udvalget i øvrigt har indtaget under revisionen af ægteskabslovgivningen, *bør afgørelse af alle stridigheder henlægges til domstolene, hvor det er praktisk muligt.* På denne baggrund *bør ikke alene* det vigtige spørgsmål om fordelingen af forældremyndigheden over børn være et domstolsanliggende, *men også* spørgsmålet om, hvorvidt den af forældrene, der ikke får forældremyndigheden, skal have *samkvemsret, bør afgøres ved dom,* hvis forældrene ikke er enige. Det samme gælder spørgsmålet om senere ændringer af tidligere bestemmelser vedrørende forældremyndighed og samkvemsret.«[378] (mine fremhævelser)

Det om fordeling af forældremyndighed burde således ikke alene blive afgjort af domstolene, men også samværet skulle afgøres ved dom. Det, der kan udledes af udvalgets forslag, er en inddragelse af hensynet til både et mere forenklet system, og hensynet til de retssikkerhedsmæssige garantier, der medfølger ved en domstolsbehandling. Uenigheder om vigtige og principielle spørgsmål som forældremyndighed og samvær skulle på denne baggrund kunne afgøres af domstolene.

I forhold til samværstvister havde udvalget dog foreslået, at fastsættelse af samværet og udøvelse heraf fortsat skulle henlægges til administrationen, hvis ikke parterne selv kunne finde en ordning, idet detaljerede bestemmelser om tid og sted lettest vil kunne fastsættes af administrationen.[379] Heraf fremgår således, at begrundelsen for netop at have samværssager behandlet administrativt, er en hensyntagen til hurtighed, og måske også muligheden for løbende ændringer i samværet.

Forslaget led imidlertid samme skæbne som familieretskommissionens forslag fra 1913, idet tankerne om generelt at overføre sager fra administrationen til domstolene blev fraveget.[380] Der blev ikke indført domstolsprøvelse af både forældremyndigheds- og samværsspørgsmålet.

Ægteskabsloven af 1969, som byggede på ægteskabsudvalget af 1957's betænkning, var derfor i princippet bygget på det hidtil gældende dobbeltsystem, men en række sager blev dog overført til domstolene. Dette vedrørte bl.a. sager om forældremyndighed, hvor der var uenighed mellem ægtefællerne. I sådanne tilfælde skulle sagerne anlægges direkte ved domstolene. Det blev dermed helt udelukket for ægtefællerne at aftale, at administration skulle afklare forældremyndighedsspørgsmålet.[381]

I modsætning hertil skulle alle spørgsmål om samvær fortsat behandles af administration med rekurs til Justitsministerieret, dvs. at samværssager ikke kunne indbringes for domstolene i medfør af ægteskabsloven. Derfor var reglerne om

[378] Bet. nr. 369/1964, side 101.
[379] Bet. nr. 369/1964, side 103.
[380] Svend Danielsen, 1989, side 78.
[381] Se § 51 i lov nr. 256 af 4.6.1969 om ægteskabets indgåelse og opløsning (ægteskabsloven).

samvær fortsat placereret i myndighedsloven, mens reglerne om forældremyndighed således blev placeret i ægteskabsloven.[382]

Årsagen til, at lovforslaget i sin fulde form ikke blev til en realitet skulle findes i en lang række udtalelser som Justitsministeriet havde indhentet om ægteskabsudvalgets betænkning, hvor der blev givet alvorlige betænkeligheder ved den ordning som udvalget havde foreslået.[383] I lovbemærkningerne til ægteskabsloven i 1969 anførte Justitsministeriet, i relation til spørgsmålet om samværet, bl.a. følgende om udtalelsernes indhold:

»Det fremhæves bl.a. at *spørgsmålet om samkvemsret efter de gældende regler kun giver anledning til strid i en meget ringe del af ægteskabssagerne*, idet parterne enten selv bliver enige om, hvorledes samkvemsretten skal udøves eller ikke gør brug af denne ret. *Hvis spørgsmålet derimod som foreslået skal bringes på bane under separations- eller skilsmissesagen,* hvor parterne står skarpest over for hinanden, må *det alvorligt befrygtes,* at der i langt videre omfang vil kunne *opstå strid mellem parterne* om dette spørgsmål, således at *ægteskabssagen trækkes i langdrag*.«[384] (mine fremhævelser)

Som det fremgår, var en af betænkelighederne fremført af Justitsministeriet ved at overlade samværsspørgsmålet til domstolene, at ægteskabssagen vil kunne trækkes i langdrag. Det kan i denne forbindelse anføres, at Justitsministeriet da har fundet effektivitetshensyn i samværssager »vigtigere« end hensynet til enstrenget og gennemskueligt sagsbehandling i domstolsregi. Et hensyn for at behandle samværssager er således, at sagsbehandlingstiden i den samlede sag vil kunne blive forlænget.

2.3. Ægteskabsudvalget af 1969

Samme konklusion nåede Ægteskabsudvalget af 1969 frem til i betænkning om vilkårene for separation og skilsmisse, hvor der anførtes, at »man [bør] bevare det gældende princip om, at der ikke i forbindelse med separation eller skilsmisse skal træffes særlig afgørelse eller foreligge enighed mellem ægtefællerne om samkvemsspørgsmålet«.[385]

Det samme udvalg afgav i 1977 betænkning om fremgangsmåden ved separation og skilsmisse, der i lyset af nedsættelsen af udvalget vedrørende den statslige administration på amtsplan fandt det nødvendigt at behandle spørgsmålet om ægte-

[382] Lovbemærkningerne til § 50 i lov nr. 256 af 4.6.1969.

[383] Svend Danielsen, 1989, side 78.

[384] Lovbemærkningerne til § 50 i lov nr. 256 af 4.6.1969.

[385] Betænkning nr. 719, ægteskab 4, vilkårene for separation og skilsmisse, afgivet af ægteskabsudvalget af 1969, 1974, side 28. Efter Ægteskabsudvalget havde på begyndt sit arbejde fremkom en række indlæg om ægteskabssagernes behandling, jf. Svend Danielsen, 1989, side 81. Herom se fx Henrik Andrup, *Om forenkling af behandlingen af ægteskabssager*, i U.1975B.293ff. Ellen Margtrethe Basse, *Nogle forfatningsretlige synspunkter vedrørende ægteskabssagernes fremtidige forum*, i U1976B.45ff.

skabers opløsning.[386] Arbejdet i ægteskabsudvalget blev på den baggrund fremskyndet, idet der på daværende tidspunkt også forelå overvejelserne om nedlæggelse af statsamterne.[387]

Ægteskabsudvalget fremhævede i forhold til spørgsmålet om den delte kompetence i sagerne de fundamentale retsgarantier som et hensyn for, at alle ægteskabssager, herunder fx sager om forældremyndighed, skulle afgøres af en domstol med mulighed for appel til en højere ret. Den omvendte situation, hvor alle sagerne skulle afgøres i det administrative system, ville ikke er i overensstemmelse med den udvikling, der havde været gennem årene. Det ville i stedet en kræve en fundamental ændring af den gældende retstilstand, hvorfor *flertallet af udvalgets medlemmer foreslog et enstrenget system*, således at alle ægteskabssager, herunder sager om forældremyndighed og samvær, skulle behandles af de almindelige domstole. [388]

Mindretallet af medlemmerne foreslog en bevarelse af den eksisterende ordning.[389] Flertallet berørte kort overvejelserne om én specialret for ægteskaber, mens to medlemmer forslog sager henlagt til byretterne. Et enkelt medlem foreslog en oprettelse af et antal særlige familieretter.[390]

Betænkningen indeholder *grundige overvejelser for og i mod* en bevarelse af det dobbelte system.

For en bevarelse af den dobbelte kompetence anførte udvalget bl.a., at flertallet af befolkningen i de fleste tilfælde foretrækker en administrativ behandlingen, og alene 10 % af sagerne blev behandlet af domstolene. Dertil blev det bl.a. nævnt, at et ændret system ikke vil kunne forventes smidigere og billigere samt at klager til justitsministeriet over afgørelserne kun i forholdsvis få tilfælde medfører ændring. Udvalget anførte, at klagesagerne da kunne »afgøres hurtigere, og med en mindre indsats af personale, end der er tale om med hensyn til afgørelser, der efter den gældende ret træffes af domstolene, og som appelleres til landsretterne og eventuelt videre til Højesteret.

Det blev derudover særligt fremhævet, at sager om størrelsen af underholdsbidrag og omfanget af samkvemsretten på grund af deres skønsmæssige karakter fo-

[386] Betænkning nr. 796, ægteskab 7, *fremgangsmåden ved separation og skilsmisse*, afgivet af ægteskabsudvalget af 1969, København, 1977. Se side 7.

[387] Dorrit Sylvest Nielsen, *Rollefordelingen mellem domstole og statsforvaltningen i person- og familieretlige sager*, i Dorrit Sylvest og Lenneart Lynge Andersen (red.), Familieret og engagement. Hilsener til Svend Danielsen, 1. udg. Thomson Reuters, 2009, side 200. Se betænkning nr. 731 vedrørende den statslige administration på amtsplanet, afgivet af det af indenrigsministeren den 29. juni 1972 nedsatte udvalg, 1975.

[388] Bet. nr. 796/1977, side 15 og side 43 f.

[389] Bet. nr. 796/1977, side 43 ff. En tværfaglig arbejdsgruppe under Dansk Retspolitisk forening fremkom i 1980 med et forslag vedrørende fremgangsmåde: mor-far-barn skal skilles. Arbejdsgruppen var enig med Ægteskabsudvalgets flertal i, at der var behov for en enstrenget løsning. Se herom i Svend Danielsen, 1989, side 83.

[390] Side 43 f.

rekommer bedre egnet til administrativ behandling, idet det er »hensigtsmæssigt, at der i sager af denne karakter sikres en vis ensartethed i afgørelserne«.[391]

Imod en bevarelse af den dobbelte kompetence udtalte udvalget bl.a., at den gældende kompetencefordeling utvivlsomt var uoverskuelig i sin opbygning navnlig på grund af, at sagerne blev behandlet af forskellige myndigheder, og at dette virkede tidskrævende og belastende. Dette var en væsentlig ulempe ved systemet, selv om det kun var i relativt få tilfælde, at en sådan ulempe viste sig.

Derudover blev det anført af udvalget, at »det i dag [er] et alment anerkendt princip, at alle egentlige tvister mellem ægtefæller bør afgøres af domstolene«. På denne baggrund fremhævede udvalget, at det ville være en lidet konsekvens fortsat at henlægge »så vidtrækkende spørgsmål som fastsættelse af underholdsbidrag og samkvemsret til en administrativ myndighed – og for så vidt angår sagens realitet – alene med administrativ rekurs.« Udvalget påpegede endvidere, at der havde været en skepsis ved den dobbelte kompetence i forhold til anerkendelse af administrative afgørelser fra et internationalt synspunkt i forhold til den tilslutning, der havde været til konventioner.[392]

Hensynet til domstolens grundlæggende retsgarantier har således også i denne betænkning været det bærende hensyn, og i hvilket lys flertallets holdning om ændring af kompetencefordelingen skal ses.

Imidlertid blev heller ikke dette forslag om at overføre ægteskabssagerne til domstolene en realitet. En skriftlig redegørelse fra regeringen til Folketinget fik stor tilslutning af Folketinget i 1980, hvoraf det fremgik, at statsamterne burde bevares altovervejende i deres nuværende skikkelse og med de opgaver, som lovgivningen havde henlagt til dem, og som med visse tilpasninger, fortsat burde løses som statsopgaver.

Regeringens forslag om bevarelsen af statsamterne var en erkendelse af, at statsamterne havde løst deres opgaver til fuld tilfredshed, og at det – trods grundige overvejelser herom – ikke viste sig muligt at pege på bedre eller billigere løsninger.

For ægteskabssagernes vedkommende var regeringen af den opfattelse, at ordningen, der gav mulighed for at vælge mellem domstolsbehandling og administrativ behandling, skulle bevares. Regeringen fremhævede tillige her, at det var almindelig anerkendt, at statsamterne på dette felt havde løst deres opgaver fuldt tilfredshedsstillende. Derfor var regeringen af den opfattelse, at der ikke var et tilstrækkeligt grundlag for at antage, at en ordning, der alene åbner mulighed for en domstolsbehandling, er mere fordelagtig for borgerne.

Regeringen anførte i forlængelse heraf, at den forenkling, som kunne opnås ved at gennemføre en domstolsbehandling i alle ægteskabssager, vedrørte kun et forholdsvis lille antal af de sager, der blev behandlet af domstolene såvel som af statsamterne. Derudover fremhævede regeringen, at der næppe kunne ses bort for risikoen for, at sagsbehandlingen ved retterne ville blive tungere og mere langvarig

[391] Bet. nr. 796/1977, side 15 f. og 46 f.
[392] Bet. nr. 796/1977, side 17f. og 44 f

end den administrative. Regeringen mente, at dette utvivlsomt var tilfældet for behandlingen af klager over afgørelser i 1. instans.

Sammenfattende fandtes der hverken at »findes bedre eller billigere løsninger end statsamterne«.[393]

2.4. Justitsministeriets arbejdsgruppe om forældremyndighed og samværsret

Diskussionen om et enstrenget system var dog på trods af Folketingets beslutning om bevarelsen af statsamterne ikke helt slut. I 1981 blev der nedsat en arbejdsgruppe under justitsministeriet, der som formål skulle se på en revidering af forældremyndighedsreglerne, herunder om der kunne udformes regler om domstolsbehandling af alle sagerne, hvor der var tvist om placeringen af forældremyndigheden.[394] Det var ikke en del af arbejdsgruppens kommissorium også at overveje muligheden for, at forældrene kunne henskyde afgørelsen af tvister til statsamtet.[395]

Arbejdet mundede ud i betænkning om forældremyndighed og samværsret i 1983.[396] Arbejdsgruppen foreslog at alle tvister om forældremyndighed skulle overføres fra statsamtet til domstolene. Det betød, at ikke alene forældremyndighedstvister i forbindelse med separation og skilsmisse skulle behandles ved domstolene, men også tvister mellem forældre, der ikke levede sammen eller som ønskedes at ophæve samlivet, skulle behandles ved domstolene.[397] Disse to familieformer blev således i denne forbindelse ligestillet. Arbejdsgruppens forslag var på linje med en konklusion, som Ægteskabsudvalget af 1969 var fremkommet med i en betænkning om samliv uden ægteskab i 1980[398], men imod principielle synspunkter herom i Børnekommissionens betænkning fra 1981.[399]

I forlængelse af forslaget om alle forældremyndighedstvister skulle henlægges til domstolene, havde arbejdsgruppen drøftet, om domstolene burde inddrages i sager om samværsret. Herom blev det anført:

»*På grund af det store antal sager om samværsret og disses karakter må det anses for udelukket at indføre en adgang til at indbringe samtlige sager om samværsret for domstolene.* De *retssikkerhedsmæssige betragtninger*, som ligger bag forslaget om, at kun domstolene bør afgøre tvister om forældremyndigheden, *kunne imidlertid tilsige*, at der skabtes *adgang til at indbringe de afgø-*

[393] Jf. i det hele Svend Danielsen, 1989, side 83 f.

[394] Svend Danielsen, 1989, side 84. I

[395] Se arbejdsgruppens opgaver indledningsvist i Betænkning nr. 985, *forældremyndighed og samværsret*, afgivet af en arbejdsgruppe under justitsministeriet, København, 1983. Se også side 56.

[396] Betænkning nr. 985/1983.

[397] Bet. nr. 985/1983, side 54 ff.

[398] Betænkning nr. 915, *samliv uden ægteskab (ægteskab 8)*, afgivet af ægteskabsudvalget af 1969, København, 1980, side 68 f.

[399] *Børnekommissionens betænkning*, København, 1981, side 153. Børnekommissionens opgave var at analysere småbørnenes situation og komme med forslag til, hvordan deres opvækstvilkår kunne forbedres.

relser om samværsret for domstolene, som fandtes at være *lige så indgribende for forældrene*, som afgørelser om, hvem forældremyndigheden skal tilkomme.«[400]

Arbejdsgruppen fremhævede således noget nyt de retssikkerhedsmæssige betragtninger i relation til *den indgribende karakter* en afgørelse om samvær kan have. De retssikkerhedsmæssige betragtninger, der lå bag forslaget om domstolsbehandling, havde endvidere medført overvejelser om sager om ophævelse af samværsret skulle kunne prøves ved en domstol efter, at familieretsdirektoratet som rekursmyndighed havde truffet afgørelse i sagen. Den administrative rekurs skulle være udnyttet, og kun afgørelser, som indebar, at samværsretten blev ophævet, skulle kunne prøves af domstolene.

Flere forhold talte imidlertid efter udvalgets opfattelse imod en domstolsprøvelse af sådanne sager om samvær. Bl.a. anførtes det, det kun var et yderst begrænset antal sager, der ville være omfattet af en eventuel adgang til domstolsprøvelse på grund af, at der i administrativ praksis var fokus på at opretholde samværsretten.[401] Derudover blev det nævnt:

»[…] at der er risiko for, at en adgang til domstolsprøvelse af disse afgørelser om samværsret ville føre til en række retssager – eventuelt gennem flere instanser – med deraf følgende uro og usikkerhed for barnet og uden nævneværdig udsigt til et andet resultat«

Hensynet til, at barnet ikke skal skulle trækkes igennem en langvarig retssag, var dermed en også udslagsgivende faktor for, at samværssager heller ikke ved denne lovændring skulle overføres til behandling ved domstolene.

Arbejdsgruppens forslag blev videreført i forslag til lov om ændring af myndighedsloven i folketingsåret 1984-1985.[402] Den 1. januar 1986 trådte loven i kraft, hvorefter reglerne om forældremyndighed alene fandtes i myndighedsloven.[403]

Svend Danielsen anførte i 1989 i relation til denne lovændring af myndighedsloven, at »Det forekommer sikkert muligt at fastslå, at det fra politisk hold er accepteret, at i hvert fald forældremyndighedstvister under et tostrenget system er et domstolsanliggende«.[404] Igen ses en inddragelse af grundlæggende hensyn, hvor domstolens retsgarantier har været årsagen til, at forældremyndighedstvister i 1986 blev overført til domstolene. Det samme hensyn slog ikke igennem med samværssager, hvor det i hovedtræk kan anføres, at der er foretaget en hensynsafvejning mellem bl.a. hensynet til en effektiv sagsbehandling over for hensynet til domstolenes retsgarantier. Hensynet til en effektiv sagsbehandling blev det tunge lod på vægtskålen for samværssagernes fortsatte behandling i administrativt regi.

[400] Bet. nr. 985/1983, side 56.
[401] Bet. nr. 985/1983, side 56 f.
[402] Jf. forslag til lov om ændring af myndighedsloven, lov nr. 230 af 6.6.1985.
[403] Reglerne om forældremyndighed i ægteskabsloven blev herved overført til myndighedsloven. Se herom i bet. nr. 985/1983, side 26 f.
[404] Svend Danielsen, 1989, side 85.

Herefter gik mere end 20 år før der igen var overvejelser om at ændre kompetencefordelingen mellem statsamterne og domstolene.

To øvrige reformer fra tiden herimellem skal dog først nævnes.

2.5. Ny lov om forældremyndighed og samvær

I 1995 blev myndighedslovens regler om samvær, forældremyndighed og børnesagkyndig rådgivning udskilt til ny lov. Reglerne, der samtidig var blevet revideret, blev overført til lov nr. af 387 af 14.6.1995 om forældremyndighed og samvær, der trådte i kraft 1. januar 1996.[405]

En interessant ændring for samværssagernes behandling ved statsamterne skete i forbindelse med den nye lov. Der er som antydet ikke tale om en kompetenceændring mellem statsamterne og domstolene, men ikrafttrædelsen af den nye lov betød, at det blev muligt at anmode statsamtet om at træffe afgørelse om samværsspørgsmålet, uafhængigt af forældremyndighedsspørgsmålet. Tidligere var enighed om samværets omfang i den dagældende myndighedslov en forudsætning for fælles forældremyndighed. I lovbemærkningerne til den nye lov om forældremyndighed blev det anført:

»[det vil] formentlig i en række tilfælde kunne undgås, at forældre, der har aftalt fælles forældremyndighed, må anmode om ophævelse af den fælles forældremyndighed, såfremt de ikke kan blive enige om omfanget af barnets samvær med den af forældrene, der ikke har barnet boende«. [406]

Den foreslåede udvidelse medførte, at der blev mulighed for at få behandlet tvister om samvær forud for og uafhængigt af en afgørelse om fordeling af forældremyndigheden. En anmodning om en samværsresolution vil da skulle indgives til statsamtet, så snart det efter en samlivsophævelse lå fast, hos hvem barnet skulle bo i en kortere eller længere tid, uden at afvente separationen eller skilsmissen. Spørgsmålet om barnets bopæl kunne bero på en aftale eller de faktiske forhold. Skulle der føres retssag om forældremyndighedsspørgsmålet, kunne samværssagen behandles uafhængigt heraf i statsamtet og/eller der skulle ikke være en afventning på separation- og skilsmissesagen. [407]

Det blev dog samtidig i et ændringsforslag til den nye lov om forældremyndighed og samvær fremhævet, at der også fremover ville være mulighed for, at forældrene under en retssag om forældremyndigheden kunne indgå forlig om, hvem for-

[405] Loven er bygget på betænkning nr. 1279, *fælles forældremyndighed, samværsvanskeligheder og børnesagkyndig rådgivning*, afgivet af justitsministeriets forældremyndighedsudvalg, København, 1994.

[406] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 387 af 14.6.1995 om forældremyndighedsloven, afsnit 2.2 og lovbemærkningerne til § 16.

[407] Lovbemærkningerne til lov nr. 387 af 14.6.1995, § 16.

ældremyndigheden skulle tilkomme, og at der i øvrigt samtidig af parterne kunne laves en aftale om samvær.[408]

At der kan indgås forlig om samvær tilskrevet retsbogen er – uanset kompetencefordelingen mellem statsamtet og domstolene – vigtig at have i mente i forhold til forældrenes mulighed for at finde en fælles og samtidig »løsning« af både forældremyndigheds- og samværsspørgsmålet.

2.6. Reform af den civile retspleje

I 2001 afgav Retsplejerådet sin delbetænkning om reform af den civile retspleje.[409] Retsplejerådet havde foretaget en generel gennemgang af instansordningen, byrettens sammensætning om almindelige regler om sagsbehandlingen i første instans. Herunder havde Retsplejelovrådet gjort sig overvejelser om fordele og ulemper ved at oprette selvstændige forvaltningsdomstole med henblik på sager om prøvelse af forvaltningsafgørelser. Dette er således meget interessant i kraft af, at samværssagernes domstolsprøvelse i 2001 alene kunne ske i henhold til Grundlovens § 63,stk. 1, 1. pkt.

Retsplejerådet konkluderede, at der var flere ulemper end fordele ved at oprette selvstændige forvaltningsdomstole, og foreslog derfor ikke en oprettelse heraf. Af ulemper nævnte rådet bl.a., at forvaltningsdomstole ikke ville give en mere kvalificeret behandling af forvaltningssagerne, tværtimod ville der være risiko for det omvendte, ligesom betydelige ressourcer skulle overføres til domstolene.[410]

Rådet fremhævede bl.a., at domstolskontrollen med forvaltningen er tilrettelagt radikalt anderledes i Danmark end i lande, hvor der er selvstændige forvaltningsdomstole. I Danmark har håndhævelsen af generelle og tværgående juridiske regler og principper således have en særlig vægt, uden at domstolene imidlertid er afskåret fra om nødvendigt at gennemføre en intensiv kontrol også af anvendelsen af mere specielle (forvaltningsretlige) regler. Retsplejerådets opfattelse er, at den danske ordning er en mindst lige så god - og ofte bedre - beskyttelse af borgerne, end hvis kontrollen var overladt til forvaltningsspecialister ved specialdomstole. Spørgsmålet om indførelse af selvstændige forvaltningsdomstole, var efter Retsplejerådets mening, et helt fundamentalt spørgsmål om indretningen af domstolskontrollen med forvaltningen. Derfor burde kontrollen af forvaltningens afgørelser forblive ved de almindelige domstole og ikke henlægges til selvstændige forvaltningsdomstole.

Retsplejerådets afvisning af selvstændige forvaltningsdomstole bundede først og fremmest i dette grundlæggende valg med hensyn til, hvordan domstolskontrollen med forvaltningen bør organiseres.

[408] [408] Ændringsforslag til i forbindelse med *betænkning over Forslag til lov om ændring af forældremyndighed og samvær*, nr. 176 af 23.5.1995, afgivet af retsudvalget.

[409] *Reform af den civile retspleje I, Instansordningen, byrettens sammensætning om almindelige regler om sagsbehandlingen i første instans*, nr. 1401/2001, afgivet af retsplejerådet.

[410] Bet. nr. 1401/2001, side 135.

Retsplejerådet tillagde det således stor betydning, at retsplejen henhører under én domstolsordning og ikke to særskilte og uafhængige domstolsorganisationer. Privatret og offentlig ret, burde efter Retsplejerådets opfattelse, ses under ét og ikke fjerne sig for meget fra hinanden.[411]

Det skal også nævnes, at rådet afviste den kritik, der havde været omkring, at en retssag om prøvelse af forvaltningsafgørelser ofte er tung, tidskrævende og bekostelig, samt at prøvelsessagerne udgjorde en så lille del af domstolene samlede sagsmængde, at domstolene ikke kunne hævdes at være specielt forvaltningsretligt sagkyndige.[412]

Denne reformovervejelse fik således heller ikke nogen indflydelse på sagsbehandlingen, domstolsprøvelsen eller kompetencefordelingen i samværssager.

3. 2007-2012

I 2004 afgav Strukturkommissionen sin betænkning om den kommende kommunale struktur i Danmark. Strukturkommissionen havde haft til opgave at vurdere fordele og ulemper ved alternative modeller for indretninger af den offentlige sektor og på denne baggrund komme med anbefalinger til ændringer, som ville være holdbare over en længere årrække.[413]

For at kunne udmønte den del af aftalen, der vedrørte det familieretlige område, nedsatte ministeren for familie- og forbrugeranliggender den 3. september 2004 en arbejdsgruppe om én fælles indgang til opløsning af ægteskab og afklaring af uenighed om forældremyndighed. Hvis arbejdsgruppen fandt det hensigtsmæssigt, kunne den derudover foreslå, at domstolene i forbindelse med afgørelsen af en forældremyndighedssag skulle kunne træffe afgørelse om samvær.[414]

3.1. Strukturreformen på det familieretlige område

Strukturreformen og udmøntningen heraf på det familieretlige område betød flere grundlæggende ændringer i sagsbehandlingen af forældremyndigheds- og samværssager. Statsamterne blev nedlagt, og i stedet blev der oprettet fem nye »statsforvaltninger«.[415] Der blev i denne forbindelse lavet det, der betegnes som én fælles indgang for alle sager om separation, skilsmisse og forældremyndighed i hver af de fem nye (geografisk afgrænset) statsforvaltninger.

Den fælles indgang gjorde, at det ikke længere var muligt at indbringe en tvist om forældremyndighed direkte for domstolene, som det fuldt ud havde været muligt fra 1986. Alle sager skulle fra 1.1.2007 starte i Statsforvaltningen med det formål at skabe et gennemskueligt system for parterne, og med fokus på øget forligs-

[411] Jf. i det hele bet, nr. 1401/2001, side 139 f..
[412] Bet. nr. 1401/2001, side 139 med en henvisning til Jon Andersen, Lov&Ret, nr. 8, 1999, side 14.
[413] Strukturkommissionens betænkning (hovedbetænkningen), nr. 1434, januar 2004.
[414] De almindelige bemærkninger til lov nr. 525 af 24.6.2005, afsnit 1.1.
[415] Ved lov nr. 542 af 24.6. 2005 om Regional statsforvaltning.

bestræbelser.[416] De nye statsforvaltninger kunne dog ikke træffe afgørelser i forældremyndighedssagerne, idet kompetencen fortsat var hos domstolene.

Sagsprocessen blev imidlertid ikke kun ændret på dette punkt. Kompetencefordelingen mellem statsforvaltningerne og domstolene blev for første gang i dansk ret ændret, således at tvister om samvær nu kunne afgøres ved domstolene sammen med afgørelsen om forældremyndighed i bestemte tilfælde. Forinden var der, som tidligere beskrevet, alene mulighed for at indbringe samværssagen for domstolene i medfør af Grundlovens § 63, stk. 1, 1 pkt.[417]

Ændringen af lov om forældremyndighed og samvær medførte derfor som noget nyt, at en forælder i en retssag om forældremyndighed kunne anmode om, at også spørgsmål om samvær og anden kontakt skulle afgøres under sagen. Adgangen til domstolsprøvelse af samværssager blev imidlertid til begrænset til førstegangssager om forældremyndighed.[418] Det vil sige, at samværssager, der *ikke* også blev ført i forbindelse med forældremyndighedsspørgsmålet, kunne uanset fortsat ikke efterprøves ved domstolene. Det skal bemærkes, at således ikke var muligt at indbringe samværsspørgsmålet sammen med en bopælstvist for domstolene.

Det blev i lovbemærkningerne om dette nye (delvise) enstrengede system anført, at det er:

»[…]en naturlig og nødvendig følge af en familieretlig strukturreform, hvor enkle procedurer og helhedsløsninger prioriteres, at skabe adgang til at få en samtidig og samlet løsning eller afgørelse af forældremyndigheds- og samværsspørgsmålet, uanset om dette sker i statsforvaltningen eller i retten.«

Det vurderedes i forlængelse heraf at være af stor betydning både for børn og forældre, at der ikke først skulle afsiges en dom om forældremyndigheden i retten og derefter træffes en afgørelse om samværet i statsforvaltningen, men at der i stedet kunne findes en samlet løsning enten i statsforvaltningen eller i retten. Samtidig vurderedes det, at den samlede tid, sagen er under behandling hos myndighederne, ofte ville kunne nedbringes.[419]

I lovbemærkningerne blev menneskerettighedssynspunkter tillige inddraget:

»Det er vigtigt for børn og forældre samt ud fra *retssikkerheds- og menneskerettighedssynspunkter*, at domstolenes kompetence til at træffe afgørelse i uløselige tvistsituationer bevares. Dermed kan mulighederne for en domsforhandling, hvor forældrene og eventuelle vidner afgiver forkla-

[416] Lov nr. 525 af 24. juni 2005 om ændring af lov om forældremyndighed og samvær, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love (Udmøntning af kommunalreformen på det familieretlige område). Se også oven for i afsnit 1.
[417] Se kapitel 1, afsnit 3.
[418] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 525 af 24. juni 2005, afsnit 3.6 og lovbemærkningerne til § 30 a.
[419] De almindelige lovbemærkningerne til lov nr. 525 af 24. juni 2005, afsnit 3.6.

ring under strafansvar, og hvor dommeren får et umiddelbart indtryk af parterne, fortsat udnyttes.«[420] (min fremhævelse)

Menneskerettighederne inddrages dermed for første gang i sammenhæng med kompetencefordelingen i sager om forældremyndighed og samvær som et vigtigt hensyn og argument for sagernes behandling ved domstolene. Det må skulle ses i lyset af EMRKs inkorporering i dansk ret i 1992. De tidligere lovreformer er fra før 1992. Det var dermed også første gang, at både effektivitetshensyn og retssikkerhedsmæssige hensyn – set i sammenhæng med menneskeretlige hensyn – har spillet en rolle for samværssagernes sagsbehandling i dansk ret og for den generelle kompetencefordeling i forældremyndigheds- og samværssager. Derfor indføres den begrænsede adgang til domstolsprøvelse i samværssager.

3.1. Forældreansvarsloven

I 2007, dvs. samme år, som udmøntning af strukturreformen trådte i kraft, blev lov om forældremyndighed og samvær ophævet og erstattet af *forældreansvarsloven*.[421] I lovbemærkningerne til denne nye forældreansvarslov blev samme hensyn taget i betragtning, idet der i relation til EMRK blev bemærket:

»Det følger desuden af konventionens artikel 13 sammenholdt med artikel 8, at der skal være adgang til effektive retsmidler i sager, der indebærer indgreb i retten til familieliv. Der er derfor vigtigt, at forældrene er sikret klageadgang og adgang til domstolsprøvelse.«[422]

Retten til domstolsprøvelse italesættes her som et menneskeretligt krav. Bemærkningen om EMRK kom i forbindelse med en gennemgang og stillingtagen til lovforslagets forhold til Børnekonventionen.

Den nye forældreansvarslov betød samtidig, at muligheden for at få prøvet samværstvisten for domstolene blev udvidet, idet nye regler om bopæl trådte i kraft. Før var der ikke mulighed for få pådømt enkeltspørgsmål som fx bopælen, idet det-

[420] De almindelige bemærkninger til lov nr. 525 af 24.6.2005, afsnit 3.1.3.

[421] Lov nr. 499 af 6. juni 2007, Forældreansvarsloven med ikrafttrædelse 10.10.2007. Loven er bygget på betænkning nr. 1475 fra 2006 om barnets perspektiv, der var blevet udarbejdet på baggrund af en kritik om, at lovgivningen havde sit udgangspunkt i hensynet til forældrenes behov, og ikke i hensynet til barbet. For at sikre udgangspunkt i hensynet til barnet, blev forældreansvarslovens § 4 derfor ændret således, at det af loven fremgår, at alle afgørelser skal træffes ud fra hvad der bedst for barbet. Bestemmelsen gjorde op med den tidligere lovs forskellige nuanceringerne af begrebet »barnets bedste«. Derudover blev der indsat en ny bestemmelse i § 5, som fastslår, at der i forhold vedrørende barnet skal tages hensyn til barnets egne synspunkter alt efter barnets alder og modenhed, og at barnets perspektiv i en konkret sag i øvrigt skal søges i "øjenhøjde". Se herom i de almindelige lovbemærkninger, afsnit 2 og lovbemærkningerne til §§ 4 og 5.

[422] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 499. af 6. juni 2007, afsnit 2.1.2.2.

te hørte under den fælles forældremyndighed. Domstolene kunne derfor ikke efter det dagældende regelsæt træffe afgørelse om barnets bopæl, skolegang mv.[423]

Herefter fulgte der ca. fem år, hvor kompetencefordelingen mellem statsforvaltningerne og domstolene forblev uændret.

4. Efter 2012

Som en del af en politisk aftale i forbindelse med vedtagelsen af forældreansvarsloven i 2007, blev der i 2011 gennemført en *evaluering af forældreansvarsloven* som en opfølgning på loven.[424] Evalueringen var et forskningsprojekt som Ankestyrelsens Familieretsafdeling havde stået for.[425]

Der havde derudover været en inddragelse af relevante aktører i øvrigt. Bl.a. blev der nedsat faglig ekspertgruppe om evalueringen af forældreansvarsloven, som bestod af repræsentanter for Domstolsstyrelsen, Den Danske Dommerforening, Dommerfuldmægtigforeningen, Danske Familieadvokater, Indenrigs- og Sundhedsministeriet, statsforvaltningerne og Familiestyrelsen.[426]

4.1. Evaluering af forældreansvarsloven

Evalueringen tog sit udgangspunkt i ni overordnede temaer, herunder retternes fastsættelse af samvær. Evalueringens omdrejningspunkt vedrørende samvær, var domstolenes rolle i forhold til sager, hvor der evt. skulle fastsættes overvåget samvær. På baggrund af forskellige bidrag til evalueringen blev temaet dog gjort bredere og omfattede også spørgsmålet om domstolenes kompetence i sager om fastsættelse af samvær generelt ligesom den generelle kompetencefordeling i alle forældreansvarssager også blev drøftet.[427]

Evalueringen af forældreansvarsloven havde på dette punkt fokus på at afdække fordele og ulemper ved den dagældende kompetencefordeling i samværssager.

I den faglige ekspertgruppe, der var blevet nedsat, var der overvejende enighed om, at det på baggrund af erfaringerne siden lovens ikrafttræden, ville være mest hensigtsmæssigt, at alle sager om samvær fremover skulle behandles administrativt af statsforvaltningerne med rekurs til Familiestyrelsen. Domstolene skulle således ikke fremover have denne kompetence.[428]

[423] Se herom i de almindelige lovbemærkninger til lov nr. 499. af 6. juni 2007, afsnit 3.3 og lovbemærkningerne til § 17. Se også § 38, stk. 2 i lov nr. 499. af 6. juni 2007.

[424] Politisk aftale indgået den 5. december 2006 mellem den daværende regering (Venstre og Det Konservative Folkeparti), Socialdemokraterne, Dansk Folkeparti, Det Radikale Venstre, Socialistisk Folkeparti og Enhedslisten.

[425] Rapport om *Evaluering af forældreansvarsloven*, udgivet af Familiestyrelsen, november 2011.

[426] Familiestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven, 2011, side 12.

[427] Familiestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven, 2011, side 128.

[428] Familiestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven, 2011, side 132.

Den overvejende del af ekspertgruppen fremførte følgende som det væsentligste argument herfor:

»[…]*samværssager [er] efter deres karakter og ud fra de nu indvundne erfaringer ikke egner sig til behandling ved de civile retter,* hvor opgaven er som en del af den dømmende myndighed at afgøre konkrete, velafgrænsede tvister mellem parterne på baggrund af de påstande, parterne nedlægger. Der er peget på, at samværssagerne ofte har en *anden karakter,* idet de typisk er langt mere uafgrænsede og detaljerige, at sagerne forandres undervejs, at forældrene ofte er usikre i deres ønsker, og *at praktiske frem for retlige hensyn ofte er afgørende*[…]Hertil kommer, at det *ikke sjældent* forekommer, at *samværspåstanden for retten alene vedrører nogle enkelte punkter, eller at forholdene ændres umiddelbart efter dommen.* Dette er *i konflikt* med, at den enkelte rets behandling af sagen er afsluttet med dommens afsigelse, hvilket indebærer, at retten ikke i disse tilfælde kan genåbne sagen og ændre dommen. Parterne må her i stedet henvises til at indlede sagen på ny ved statsforvaltningen.

Det er i denne forbindelse yderligere bemærket, at det *kan være forbundet med principielle betænkeligheder,* at statsforvaltningen umiddelbart efter, at en dom er afsagt, skal tage stilling til en ansøgning om ændring af det samvær, der er fastsat af retten.«[429] (mine fremhævelser)

Imod dette argument, blev det fra advokatsiden anført, at rettens adgang til både at tage stilling til spørgsmål om forældremyndighed, bopæl og samvær var båret af et væsentligt hensyn til barnet og forældrene samt muligheden for at få en samlet løsning (med det samme). Det var opfattelsen, at domstolene var gode til at håndtere samværssager, og at det bærende problem alene var det overvågede samvær.[430]

I forlængelse heraf blev det i evalueringen anført, at de fleste dommere, de havde talt med, var kritisk indstillede over for domstolenes mulighed for at træffe afgørelser. Fx havde nogle fremhævet, at det er uigennemtænkt og kunstigt, at retten kun har kompetence til at træffe visse afgørelser inden for et begrænset område, mens andre havde fremhævet, at samværsafgørelser, herunder også afgørelser om overvåget samvær, forudsætter et detaljeringsniveau, som harmonerer dårligt med domstolenes måde at arbejde på. [431]

Statsforvaltningernes holdning til samværssagernes behandling blev også fremført i evalueringen, hvor følgende var blevet bemærket:

»Samlet set peges der fra statsforvaltningernes side på, at det fremover vil være mest hensigtsmæssigt, om samværssagerne alene blev behandlet i det administrative system.«[432]

Baggrunden for at statsforvaltningerne havde fundet det mest hensigtsmæssigt, at sagerne skulle behandles i det administrative var bl.a., at det fra statsforvaltninger-

[429] Familiestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven, 2011, side 133.
[430] Familiestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven, 2011, side 133.
[431] Familiestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven, 2011,side 133 f.
[432] Familiestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven, 2011, side 134.

nes side ofte blev oplevet, at domstolene ikke i tilstrækkeligt omfang har taget stilling til samværsspørgsmålet. Dette betød en ny sag (om den samme materie) i statsforvaltningen, hvilket blev oplevet som sagsforlængende, og i modstrid med intentionen om en samlet løsning ét sted.[433]

Sammenfattende om rollefordelingen i samværssager blev det anført, at evalueringsbidragene havde tegnet et forholdsvis klart billede af, at der i systemet var et overordnet ønske om, at rollefordelingen i samværssagerne overvejes på ny. Det blev dog understreget, at der i evalueringsbidragene også var aktører, der fandt det problematisk at foretage en ny ændring af rollerne i samværssager, men at det i den faglige ekspertgruppe fra myndighedsside samstemmende var fremhævet, at sagerne egnede sig bedst til et administrativt system.[434]

Det skal nævnes, at statsforvaltningernes holdning til samværssagernes behandling udelukkende i det administrative system skal ses i relation til, at der blandt statsforvaltningerne var enighed om et fuldstændigt enstrenget system, hvorunder alle forældreansvarssager – således ikke kun samværssager – skulle behandles.

I ekspertgruppen fra statsforvaltningsside blev følgende foreslået:

»*at det vil være hensigtsmæssigt, hvis statsforvaltningerne fik mulighed for at træffe endelige afgørelser om forældremyndighed og barnets bopæl*. Et sådant (egentligt) enstrenget system ville efter denne opfattelse medføre *større gennemsigtighed for borgerne*, som i dag har svært ved at gennemskue de forskellige myndigheders kompetence i sagerne. Det er videre anført, at en sådan kompetenceændring også vil medføre *bedre forhandlings- og forligsmuligheder*, og at statsforvaltningerne i konsekvens heraf vil kunne forlige1 endnu flere sager, *ligesom den samlede sagsbehandlingstid*, inden borgerne får afklaret deres (endelige) retsstilling, *må forventes at kunne afkortes betydeligt*. Det er også påpeget, at en sådan ændring vil indebære, at *barnet ikke* skal inddrages flere gange af forskellige myndigheder i det samme sagskompleks.«[435] (mine fremhævelser)

Familiestyrelsen anbefalede dog med afsæt i lovbemærkningerne til 2007-love, hvor kommunalreformen blev udmøntet på dette familieretlige område, at det ville kræve et selvstændigt analysearbejde, såfremt der skulle stilles et forslag om en overordnet ændring af rollefordelingen, idet der ville være tale om en grundlæggende ændring af det familieretlige system. Dette skal ses i relation til, at evalueringen af forældreansvarsloven ikke havde haft som formål nærmere at afdække eller analysere en ændret kompetencefordeling mellem statsforvaltninger og domstole overordnet set. Familiestyrelsen angav, at der herunder også ville skulle indgå, at domstolene på området traditionelt set har truffet afgørelse i egentlige tvistsager, hvor særlige retssikkerhedsmæssige betragtninger i forhold til parterne og sagernes

[433] Familiestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven, 2011, side 134.
[434] Familiestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven, 2011, side 140.
[435] Familiestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven, 2011, side 137 f.

karakter har begrundet det.[436] Dette selvstændige analysearbejde blev dog ikke foretaget.

4.2. Ændring af forældreansvarsloven

Statsforvaltningernes argumentation for et fuldstændigt enstrenget system blev imidlertid, for så vidt angår samværssagernes behandling, inddraget ved en lovændring af forældreansvarsloven i 2012. Lovændringen af forældreansvarsloven medførte nemlig, at tvister om samvær ikke længere kunne indbringes direkte for domstolene sammen med en forældremyndigheds- og/eller bopælssag i medfør af forældreansvarsloven.[437] Det blev dog i lovbemærkningerne fremhævet, at »et retsforlig om forældremyndighed eller barnets bopæl også - som forud for strukturreformen - vil kunne omfatte et forlig om samværet, som vil kunne tvangsfuldbyrdes af fogedretten«.[438]

Det blev i lovbemærkningerne til 2012-loven anført, at formålet var at sikre, at samværssagerne ikke trak unødigt i langdrag på grund af det forumskifte, der skete mellem statsforvaltning og domstolene. Den delte kompetence i samværssager havde medført, at det ikke var helt muligt bl.a. at indfri forventningerne om kortere sagsbehandlingstid. Der var ofte behov for, at samværssagen startede på ny pga., at forholdene var ændret umiddelbart efter rettens dom. Dette kunne medvirke til, at samværssagen trak ud, idet det var nødvendigt at genoptage sagen. Samværssagen skulle derfor igen behandles i statsforvaltningen.[439] Der havde dog også været eksempler på, at den delte kompetence gjorde det muligt at finde en samlet løsning for familierne, og at intentionerne bag den familieretlige strukturreform derfor var blevet indfriet på dette punkt.

Det blev som et argument for at fjerne alle samværssager fra domstolene i lovbemærkningerne anført:

»En sådan forskydning af myndighedernes rolle vil ikke ændre den overordnede målsætning om én indgang og forligsbestræbelser, men der vil for den (relativt lille) gruppe af sager, der sendes videre til domstolene, være tale om, at det ikke længere er muligt at opnå samlede løsninger i dette forum«.[440]

[436] Familiestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven, 2011, side 143.

[437] Se lov nr. 600 af 18.6.2012, *Ændring af forældreansvarsloven, retsplejeloven og lov om Det Centrale Personregister (Ændringer som følge af evalueringen af forældreansvarsloven).*

[438] De almindelige bemærkninger til lov nr. 600 af 18.6.2012, afsnit 3.3.1.2.

[439] De almindelige bemærkninger til lov nr. 600 af 18.6.2012, afsnit 3.3.1.2. Det fremgår dog af Familiestyrelsens »Bilag til Evaluering af forældreansvarsloven«, at langt størstedelen af samværssagerne i perioden 1. februar 2010 til 31. januar 2011 blev afsluttet i Statsforvaltningen, mens kun et meget lille antal, svarende til ca. 5 pct. af alle samværssager, blev indbragt for retten sammen med en sag om forældremyndighed eller barnets bopæl. Se *Bilag til Evalueringen af forældreansvarsloven*, Familiestyrelsen, september 2011, side 115 og 119.

[440] De almindelige lovbemærkningerne til lov nr. 600 af 18.6.2012, afsnit 3.3.1.2.

Kompetenceændringen skulle yderligere sikre, at statsforvaltningen til enhver tid har kompetence til at behandle akut opståede sager, hvilket ikke var tilfældet før.[441] Lovforslaget havde til hensigt at skabe gennemskuelighed, forenkling af sagsforløbet og for visse sager også en forkortelse af den samlede sagsbehandlingstid.[442] Der anvendes således her den samme argumentation som ved indførslen af den adgang til den samtidige domstolsprøvelse af forældremyndigheds- og samværssager ved i 2007.[443]

Selv om lovgiver således var opmærksom på det menneskeretlige krav om domstolsprøvelse i 2007- hvilket blev nævnt direkte i lovbemærkningerne – har lovgiver imidlertid ikke inddraget menneskeretssynspunkter ved denne seneste ændring af kompetencefordelingen i 2012.[444] Det kan derfor anføres, at effektivitetsbetragtninger, dvs. ønsket om kortere sagsbehandlingstider, og hensynet til, at barnet ikke skal igennem langtrukne sager samtidig med at samværssagens karakter ikke er fundet egnet til domstolsprøvelse, derfor i dag er en af de overvejende årsager til, at der alene findes et enstrenget system for samværssager.

Retstilstanden i dag er derfor – som før 2007 – at tvister om samvær som altovervejende udgangspunkt alene behandles ved Statsforvaltningen med rekurs til Ankestyrelsen, mens forældremyndigheds- og bopælssager, hvor en løsning herom ikke kan findes i Statsforvaltningen, kan indbringes direkte for domstolene i medfør af forældreansvarsloven.[445]

[441] De almindelige lovbemærkningerne til lov nr. 600 af 18.6.2012, afsnit 3.3.1.2 og lovbemærkninger til nr. 15 og 16 (§ 38)

[442] De almindelige bemærkninger til lov nr. 600 af 18.6.2012,afsnit 6. Danske Advokater og Danske FAMILIEadvokater havde dog i sit høringssvar i forbindelse med lovforslaget modsat bl.a. anført: »Herudover bemærker Danske Advokater og Danske FAMILIEadvokater, at den ordning, der er lagt op til med hensyn til kompetencen til at træffe afgørelse om samvær, hvor kompetencen ændres, så det i disse sager fremover alene kan behandles i statsforvaltningerne, vil indebære, at der kan gå end- og meget lang tid, før der foreligger en afgørelse om samvær[…]« Se *Høring over udkast til lov om ændring af forældreansvarsloven m.v.*, 14.3.2012

[443] Se oven for i afsnit 3.

[444] Afsnit 6 i de almindelige bemærkninger og lovbemærkninger til nr. 15 og 16 (§ 38) i lov nr. 600 af 18.6.2012.

[445] I 2013 blev de fem statsforvaltninger samlet i én Statsforvaltning i henhold til lov. nr. 647 af 23.6.2013, *om ændring af lov om regional statsforvaltning, lov om børns forsørgelse, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love som følge af ændret organisering af statsforvaltningerne (Ændret organisering af statsforvaltningerne, regelforenklinger og omkostningsdækkende egenbetaling på det familieretlige område m.v.).* Formålet med den nye struktur var bl.a. at sikre en samlet og holdbar løsning for statsforvaltningerne, således at borgerne kunne få højere kvalitet i sagsbehandlingen og kortere sagsbehandlingstider. Reformen medførte ikke den store ændring for det familieretlige område, der forblev i statsforvaltningerne, men som således blev samlet i én landsdækkende Statsforvaltning. Ved lov nr. 1741 af 22.12.2015 blev Ankestyrelsen derudover klagemyndighed for alle familieretlige sager.

Kapitel 6

Målestok for »rimelig« sagsbehandlingstid

Til besvarelsen af i hvilket omfang der i dansk ret er en formel ret til en rimelig sagsbehandlingstid i forældreansvarssager, er både kravet om god forvaltningsskik, og det menneskeretlige krav om rimelig frist relevant. I dette kapitel er kravene genstand for en analyse med henblik på at udlede hvilke parametre, der som en målestok for sagsbehandlingstidens rimelighed, enten kan retfærdiggøre eller ikke kan retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid. Indledningsvist redegøres der kort for sagsbehandlingsfrister i forældreansvarssager. Dernæst redegøres der kort for Folketingets Ombudsmands opgaver og bedømmelsesgrundlag, idet kravet om god forvaltningsskik skal ses i denne kontekst. Afslutningsvis analyseres parametrene for en sagsbehandlingstids rimelighed i henhold til god forvaltningsskik og det menneskeretlige krav om rimelig frist. Kapitlet udgør sammen med kapitlerne 7 og 8, afhandlingens kerne vedrørende problemstillingen om rimelige sagsbehandlingstider.

1. Generelt om sagsbehandlingsfrister i dansk ret

Der findes ikke mange lovbestemte sagsbehandlingsfrister i dansk ret.[446]

Spørgsmålet om hvorvidt sagsbehandlingstiden i en given sag har været for lang kan derfor ikke generelt bevares med *en absolut tidsfrist.*

Begrundelsen for ikke at have lovregulerede sagsbehandlingstider er overordnet set, at der findes utallige forskellige sagstyper, hvis konkrete omstændigheder kan variere i det uendelige.[447]

[446] Se fx servicelovens § 50, stk. 7, der foreskriver, at en børnefaglig undersøgelse skal afsluttes senest 4 måneder efter, at kommunalbestyrelsen bliver opmærksom på, at et barn eller en ung kan have behov for særlig støtte. Se også bl.a. forvaltningslovens § 16, stk. 2, der foreskriver en sagsbehandlingsfrist på 7 arbejdsdage for anmodning om aktindsigt) og forvaltningslovens § 23, stk. 2, der foreskriver, at en begæring om skriftlig begrundelse skal besvares snarest muligt. Hvis begæringen ikke er besvaret inden 14 dage efter, at begæringen er modtaget af den pågældende myndighed, skal parten underrettes om grunden hertil samt om, hvornår begæringen kan forventes besvaret.

[447] Se også Hans Gammeltoft-Hansen, *God forvaltningsskik*, Folketingets Ombudsmands Beretning 2010, side 12.

Herudover kan en lovbestemt sagsbehandlingsfrist, der i givet fald skulle anvendes af samtlige myndigheder, fx statsforvaltningen, kunne medvirke til, at fristen i almindelighed vil blive forholdsvis lang, og modsat hvad der var hensigten, er der en risiko for, at normen for forvaltningsmyndighederne ville være at udnytte fristen fuldt ud.[448] Med andre ord, vil sager, som i realiteten og konkret kan afgøres hurtigere end tidsfristen, risikere at blive underlagt en længere sagsbehandlingstid.

1.1. Lovbestemte frister for forældreansvarssager

Forældreansvarsloven indeholder alene én lovbestemt tidsfrist, jf. lovens § 29 a. Bestemmelsen stiller krav om, at Statsforvaltningen »*hurtigst muligt og inden 3 uger*« efter anmodning om fastsættelse af samvær, skal træffe en midlertidig afgørelse om »kontaktbevarende samvær«. Formålet med bestemmelsen er sikre, at barnets kontakt til mor eller far bevares under Statsforvaltningens behandling af tvist en om forældremyndighed, bopæl og/eller samvær. Bestemmelsen skal ses i relation til, at kontakten mellem barn og forælder kan være afbrudt som følge af samlivsbruddet mellem forældrene.[449] Det skal for overblikkes skyld igen fremhæves, at denne regel alene gælder for Statsforvaltningen i forhold til én bestemt sagstype, nemlig samvær.

Det skal også fremhæves, at retsplejeloven indeholder frister for afsigelse af domme. Domme i sager, der behandles ved byretten af 1 dommer uden medvirken af sagkyndige og domme i ankesager, der behandles ved landsretten, skal afsiges senest 4 uger efter optagelsen til dom. Domme i andre sager, der behandles ved byretten, landsretten eller Sø- og Handelsretten, skal afsiges senest 2 måneder efter optagelsen til dom, jf. retsplejelovens § 219, stk. 3. Der er således ikke tale om lovbestemte tidsfrister i forhold til hele sagsprocessen for domstolene, men det skal dog ses som et virkemiddel fra lovgivers side til at sikre, at der ikke går længere tid end højst nødvendigt, før dommen afsiges.[450]

1.2. Administrative fastsatte frister forældreansvarssager

Det fremgår derudover af § 9 i bekendtgørelse om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær, at Statsforvaltningen skal træffe en midlertidig afgørelse om samvær *»hurtigst muligt«*. I samme bekendtgørelse, jf. § 15, fremgår det, at Statsforvaltningen skal træffe en midlertidig afgørelse om forældremyndighed og barnets bopæl *»hurtigst muligt og så vidt muligt inden 4 uger«*.

[448] Betænkning nr. 657, Begrundelse af forvaltningsafgørelser og administrativ rekurs mv., 1972, side 72 f., hvor udvalget overvejede om der skulle indsættes lovbestemte frister for den administrative rekurs. Udvalget anførte, at det er» meget tvivlsomt om fastlæggelsen af generelle regler om behandlingstiden og da særligt om en generel frist er et egnet middel til at opnå den ønskede hurtighed i den administrative behandling.

[449] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 270 af 25.3.2015, afsnit 3.3.2.1 og lovebemærkningerne til nr. 4.

[450] De almindelige bemærkninger til lov nr. 414 af 10.6.1997 om ændring af retsplejeloven, afsnit 4.8.2.

Her er der dog alene tale om vejledende retningslinjer for sagsbehandlingstidens længde grund af de vage formuleringer. Der er således ikke tale om en lovbestemt frist på samme måde som den i forældreansvarslovens § 29 a.

1.3. Myndighedernes og domstolenes egne sagsbehandlingsfrister

Foruden de oven for beskrevne frister har Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstolene nogle andre parametre at arbejde efter. Der findes nemlig nogle interne sagsbehandlingsfrister, der skal overholdes, og som i sagens natur har betydning har for de berørte parter, der har en forældreansvarssag verserende i det administrative system og/eller ved domstolene.

De interne regulerede sagsbehandlingsfrister er et styringsredskab for kortere sagsbehandlingstider inden for både en retssikkerhedsmæssig- og økonomisk ramme, der overordnet set er karakteriseret ved, at sagerne skal afgøres inden for en forudbestemt tidsperiode. [451]

Der er følgelig ikke tale om objektive fastsatte frister. Det betyder, at målsætningen om en bestemt sagsbehandlingstid nødvendigvis ikke er et udtryk for, hvad der retligt set eller i forhold til god forvaltningsskik er en rimelig sagsbehandlingstid, men det er dog en indikation om hvad de regeludstedende myndigheder anser for at være en sædvanlig sagsbehandlingstid og rimelig sagsbehandlingstid under den givne sagsproces.

De interne regulerede sagsbehandlingsfrister er en del af målsætningerne i Statsforvaltningens og Ankestyrelsens resultatplaner og i domstolens handleplaner, der hvert år følges op af årsrapporter, der beretter om og konkluderer på om målene er opfyldt.

Statsforvaltningen og Ankestyrelsens resultatplaner er udarbejdet i samarbejde med de hvervgivende ministerier, hvorunder mål for kortere sagsbehandlingstider således typisk indgår.

Mål for sagsbehandlingstiderne i 2017 for forældreansvarssagers vedkommende fremgår imidlertid ikke af Ankestyrelsens nyeste resultatkontrakt for 2017, men i tidligere år har der været fokus herpå.[452] Hvorfor dette er udgået fremgår ikke.

I Statsforvaltningens resultatkontrakt for 2017 findes derimod målsætninger for sagsbehandlingstiderne i forældreansvarssager hos Statsforvaltningen.[453]

Udgangspunktet for mål- og resultatstyringen ved domstolene er strategien »Danmarks Domstole – for ret og retfærdighed«, der indeholder fire overordnede

[451] Se fx Resultatplan Statsforvaltningen – 2017, side 2, hvor det økonomiske incitament fremgår: »Resultatplanen for 2017 har fokus på mål, som skal understøtte Statsforvaltningens fortsatte positive udvikling og konsolidering. Derudover er formålet et stadigt fokus på øget kvalitet og borgertilfredshed, samt at effektiviseringer og produktivitetsforbedringer forløber planmæssigt, så økonomien er i balance.«

[452] Resultatplan – Ankestyrelsen – 2017, Ankestyrelsens resultatkontrakt 2012-2015, Tillæg vedr. familieretsafdelingen, Ankestyrelsens resultatkontrakt 2013-2016, Ankestyrelsens mål- og resultatplan for 2015-2018.

[453] Resultatplan Statsforvaltningen – 2017, side 5.

målsætninger for perioden 2013-2018.[454] Mål for kortere sagsbehandlingstider i forældremyndigheds- og bopælssager ved byretterne og ved landsretterne er en del af domstolenes handleplan for 2017.[455]

1.3.1. Typer af sagsbehandlingsfrister

Derudover findes andre typer af frister, som har betydning for borgerne. Det gælder de frister, der oplyses på de respektive myndigheders og domstolenes hjemmeside samt i breve med en oplysning om og en tilkendegivelse af hvad tidsperspektivet for den givne sag er eller kan forventes at være.[456]

For Statsforvaltningen og Ankestyrelsens vedkommende oplyses om tre forskellige sagsbehandlingsfrister: gennemsnitlige liggetider, gennemsnitlige sagsbehandlingstider og maksimale sagsbehandlingstider.[457]

Den *gennemsnitlige liggetid* udtrykker den gennemsnitlige alder af de åbne sager på et givent sagsområde på den dato, hvor man beregner liggetiden. Liggetiden siger noget om de igangværende sager. Det vil sige de sager, der er ved at blive realitetsbehandlet her og nu, og som endnu ikke er klar til at blive afsluttet.

Den *gennemsnitlige sagsbehandlingstid* siger noget om de afsluttede sager. Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid er den tid, det gennemsnitligt tog at behandle en sag fra den dag, sagen blev modtaget ved den første henvendelse, til den dag sagen blev afsluttet. [458]

Den *maksimale sagsbehandlingstid* er et udtryk for den maksimale tid som det forventeligt vil det tage at behandle en konkret forældreansvarssag.[459] På Statsfor-

[454] Mål og indsatsområder for Danmarks Domstole 2013-2018. Se domstolenes hjemmeside: http://www.domstol.dk/om/publikationer/HtmlPublikationer/Profil/For%20ret%20og%20retfaerdighed/kap04.htm (hentet 18.1.2017).

[455] Danmarks Domstoles Handlingsplan 2017, side 1 f. Det fremgår, at landsretternes målsætninger er forskellige på grund mange verserende sager og lange gennemløbstider.

[456] For at der er tale om en realistisk billede kræver det følgelig, at hjemmesiderne opdateres jævnligt. Det ses fx, at berammelsestiderne i Kolding Byret ikke er opdateret siden 5.8.2015: http://www.domstol.dk/kolding/organisation/Aktuelle%20sagsbehandlingstider/Pages/default.aspx (hentet 19.1.2017).

[457] Se Statsforvaltningens hjemmeside om gennemsnitlig liggetider og sagsbehandlingstider: http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=9030 (hentet 19.1.2017) og maksimale sagsbehandlingstider: http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=9152 (Hentet 19.1.2017) samt Ankestyrelsens hjemmeside om sagsbehandlingstider: https://ast.dk/om-ankestyrelsen/sagsbehandlingstider (hentet 18.1.2017), liggetider: https://ast.dk/om-ankestyrelsen/sagsbehandlingstider/gennemsnitlige-liggetider (hentet 18.1.2017) og maksimale sagsbehandlingstid: https://ast.dk/born-familie/for-borgere/din-sag-om-foraeldremyndighed-og-samvaer (hentet 18.1.2017).

[458] Se herom på Statsforvaltningens hjemmeside: http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=9028 (hentet 19.1.2017).

[459] Se Statsforvaltningens hjemmeside: http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=9152 (hentet 18.1.2017).

valtningens hjemmeside oplyses der endvidere om selve *ventetiden* for at komme til det første indledende møde.[460]

For så vidt angår domstolene, fremgår bl.a. selve sagsbehandlingstiden, alder på verserende sager samt ventetiden (berammelsestiden) af domstolenes hjemmeside.

Afgørelsestiden vedrører den tid det har taget for at få en dom efter endt hovedforhandling. Det fremgår ikke fra hvornår sagsbehandlingstiden beregnes, men det må formodes at være fra sagens anlæg.[461]

De verserende sager må logisk vedrører de sager, der endnu ikke er afsluttet på beregningstidspunktet.[462]

Berammelsestiden er den tid det forventes at vare fra retten modtager sagen til første retsmøde, eller fra sagen er klar til berammelse og indtil der kan afholdes retsmøde.[463] Berammelsestiderne varierer afhængig af de enkelte byretter. Berammelsestiderne ses ikke at være oplyst for Østre Landsret, Sø- og Handelsretten eller Højesteret.

2. Folketingets Ombudsmand

Ombudsmandsinstitutionen blev en bestanddel af dansk ret med grundlovsrevisionen i 1953, hvor der blev indsat en særskilt bestemmelse herom. Bestemmelsen blev i 1954 udmøntet i en særskilt lov: Ombudsmandsloven.[464] Loven regulerer i store træk Ombudsmandens generelle virksomhed og kompetence, herunder forholdet til Folketinget, domstolene, nævn, ombudsmandskontrollens genstand og bedømmelsesgrundlag samt rejsning af sager og sagsbehandlingen heraf.

Om selve kerneområdet for Ombudsmandens virke er beskrevet i Retsudvalgets betænkning over Forslag til lov om Folketingets Ombudsmand. Her understreges

[460] Statsforvaltningens hjemmeside: http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=9152 (hentet 19.1.2017).

[461] Domstolenes hjemmeside: http://www.domstol.dk/om/talogfakta/statistik/Documents/Civile%20sager/2016/Byretter%20-%20civile%20sager%20-%20sagsbehandlingstid%20for%C3%A6ldreansvarssager%20-%201%20hlv%202016.pdf (hentet 4.2.2016)

[462] Domstolenes hjemmeside: http://www.domstol.dk/om/talogfakta/statistik/Documents/Civile%20sager/2016/Byretter%20-%20civile%20sager%20-%20verserende%20og%20uberammede%20sager%20-%201%20hlv%202016.pdf (hentet 4.2.2016)

[463] Se fx beskrivelsen herom under Viborg Byret: http://www.domstol.dk/viborg/talogfakta/aktuellesagsbehandlingstider/Pages/default.aspx (hentet 19.1.2017).

[464] Lov nr. 203 af 11.6.1954. I 1996 gennemgik Ombudsmandsloven en stor revision, der blev udmøntet i en ny hovedlov, baseret på *Betænkning om Ombudsmandsloven*, nr. 1272, 1994. Se lov nr. 473 af 12.6.1994, *Ombudsmandsloven*, der senest er ændret ved lov nr. 568 af 18.6.2012. Loven er sammenskrevet i lovbekendtgørelse nr. 349 af 22.3.2013 om Folketingets Ombudsmand.

det, at »kerneområdet for Ombudsmandens virksomhed til enhver tid skal være varetagelse af den enkelte borgers interesser i forhold til de offentlige myndigheder, ligesom der lægges afgørende vægt på, at »Folketingets Ombudsmand personligt kan præge ombudsmandsinstitutionens virksomhed«.[465]

Generelt herom kan det anføres, at langt de fleste ombudsmandsundersøgelser har en myndighed som adressat, og at det af praksis fremgår, at den overvejende del af Ombudsmandens virksomhed vedrører en efterprøvelse af forvaltningens afgørelser med henblik på at en konstatering af, om de er hæftet med retlige mangler i traditionel forstand. Denne efterprøvelse er sammenligning med den efterprøvelse, der sker ved domstolene efter Grundlovens § 63. Det er imidlertid også karakteristisk – og relevant for afhandlingens problemstilling om rimelige sagsbehandlingstider – at Ombudsmanden tager sagsområder op, der ikke – eller kun sjældent – behandles ved domstolene.[466] Ombudsmandens bedømmelsesgrundlag for sin kontrol af de offentlige myndigheder viser også denne særlige karakter, hvilket behandles i de følgende afsnit.

2.1. Bedømmelsesgrundlag

Folketingets Ombudsmand overordnede opgave er at kontrollere alle dele af den offentlige myndighed, på baggrund af enten en klage fra borgere eller af egen drift, jf. Ombudsmandslovens § 7, § 13 og § 17. Ombudsmanden skal ifølge lovens § 21 »bedømme om myndigheder eller personer, der er omfattet af Ombudsmandens virksomhed, handler i strid med gældende ret eller på anden måde gør sig skyldige i fejl eller forsømmelser ved udøvelsen af deres opgaver«. Ombudsmandens bedømmelsesgrundlag er, som det fremgår af bestemmelsen, opdelt i to.

2.1.1. »Gældende ret«

Den første del *»gældende ret«* sigter mod den målestok, domstolene anvender i forbindelse med domstolsprøvelsen af forvaltningens afgørelser i henhold til Grundlovens § 63.[467]

Det er ikke muligt at give en udtømmende beskrivelse af begrebet gældende ret i ombudsmandslovens § 21, men en generel karakteristik kan dog fremdages.[468]

[465] Betænkning nr. 57 af 2.11.1997 over Forslag til lov om Folketingets Ombudsmand, afgivet af retsudvalget. Helle Bødker Madsen, *Forvaltningsret, Almindelige emner*, 6. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2016, side 461 anfører, at ombudsmandens funktion ikke lader sig beskrive alene på grundlag af ombudsmandsloven og forarbejderne, men at det også er nødvendigt at inddrag ombudsmandens egen praksis for at kunne få et dækkende indtryk af ombudsmandens funktion.

[466] Helle Bødker Madsen, 2016, side 463.

[467] Jon Andersen m.fl., *Ombudsmandsloven med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2. udg., 2013, side 187.

Gældende ret omfatter for det første i sagens natur alle anerkendte retskilder, dvs. grundlov, lov, bekendtgørelser og andre administrative forskrifter, kollektive overenskomster, interne regler, retssædvaner, retspraksis, forholdets natur osv. Herunder er følgelig inkluderet EMRK og anden international ret som fx Børnekonventionen.[469] Ombudsmanden udviser ingen tilbageholdenhed i forhold til sådanne retlige spørgsmål.[470] I denne sammenhæng skal nævnes FOB2005.425, der også omtalt i kapitel 3, hvor Ombudsmandens fastslog, at forvaltningen har en ex officio forpligtelse til at inddrage EMRK i retsanvendelsen af konkrete sager.[471]

Ombudsmandens efterprøvelse omfatter også myndighedernes sagsbehandling på grundlag af forskellige lovgivninger, herunder fx forvaltningslovens regler om inhabilitet, partshøring og tavshedspligt samt specielle sagsbehandlingsregler i speciallovgivningen. Derudover efterprøver Ombudsmanden afgørelsens materielle indhold, der inkluderer hjemmels- og fortolkningsspørgsmål, faktum, inddragelse af kriterier, men som udgangspunkt ikke selve skønsafvejningen. Vurderingen af afgørelsens materielle indhold er løsrevet fra vurderingen af selve sagsbehandlingen. [472]

Under selve vurderingen af sagsbehandlingsregler i forældreansvarsloven indgår derfor en kontrol af forældreansvarslovens § 29 a, om fristen for at træffe afgørelse om kontaktbevarende samvær hurtigst muligt og inden 3 uger er overholdt, samt en kontrol af, om »fristerne« i bekendtgørelse om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær for at træffe midlertidig afgørelse om forældremyndighed, bopæl og samvær er overholdt.[473] Hvis disse frister ikke iagttages af Statsforvaltningen, vil det formentlig kunne give anledning til en kritik af Ombudsmanden.[474]

2.1.2. God forvaltningsskik

Den anden del af Ombudsmandens bedømmelsesgrundlag, der vedrører om myndighederne *»på anden måde gør sig skyldige i fejl eller forsømmelser ved udøvelsen af deres opgaver«* sigter mod god forvaltningsskik.[475]

Ved siden af de egentlige retsregler, findes der således et andet system af regler og principper, der indgår i grundlaget for Ombudsmandens vurdering.[476] Det kan forklares således, at dér hvor retsreglerne ikke slår til eller når ud, er det den gode

[469] Jon Andersen m.fl., 2013, side 188 f.
[470] Jon Andersen m.fl., 2013, side 278.
[471] Se afsnit 2.1.
[472] Se mere om ombudsmandens bedømmelsesgrundlag i fx Jon Andersen m.fl., 2013, side 187 f. og Helle Bødker Madsen, 2016, side 494 ff.
[473] Se afsnit 2.
[474] Der findes, som beskrevet i kapitel 2, afsnit 3.7 ikke praksis fra ombudsmanden vedrørende sagsbehandlingstider i forældreansvarssager foruden en ombudsmandsundersøgelse fra 1988. På dette tidspunkt var forældreansvarslovens § 29 a ikke gældende.
[475] Jon Andersen m.fl., 2013, side 281.
[476] Jf. bemærkningerne til § 21 i lov nr. 473 af 12.6.1994.

forvaltningsskik, som kommer til syne og gælder.[477] Kravet om god forvaltningsskik under sagsbehandlingen er udviklet gennem praksis fra Folketingets Ombudsmand.

Tidligere ombudsmandsmand Hans Gammeltoft-Hansen beskriver normen følgende måde:

»Den gode forvaltningsskik udspringer af etikken. Det vil sige at god forvaltningsskik bygger på nogle grundlæggende værdiforestillinger i menneskesyn og samfundsopfattelse. Og den viser sig i form af en mangfoldighed af handleregler og adfærdsmønstre mellem mennesker og mellem grupper af mennesker«[478]

Begrebet »god forvaltningsskik« indeholder således, under én samlet betegnelse, uskrevne principper, der dikterer en norm for Statsforvaltningens og Ankestyrelsens handlemåde i de situationer, hvor retsreglerne ikke finder anvendelse. Der er derfor ikke tale om egentlige retlige krav.[479]

De eksisterende regler og principper for god forvaltningsskik kan være svære at få et klart overblik over. Det kan derfor være nødvendigt at foretage en generel sondring mellem god forvaltningsskik som *»en forlængelse af retsreglerne«*, fx at partshøre i videre omfang end påkrævet efter forvaltningslovens kapitel 5[480] og *»forvaltningskik uden forbindelse til retsregler«*. I den sidstnævnte kategori findes retningslinjer for sagsbehandlingstiden, idet det generelt er uden tilknytning til eksisterende retsregler.[481]

Det betyder derfor, at Ombudsmandens vurdering af, om en sagsbehandlingstid i en konkret forældreansvarssag er rimelig – udover fristerne nævnt i afsnit 2 – således beror på et uskrevet grundlag. I FOB2015-10 udtalte Ombudsmanden fx herom:

»Der er ikke i forvaltningsloven fastsat generelle regler om, hvor hurtigt en borger har krav på at få svar på en ansøgning. Af god forvaltningsskik følger det imidlertid bl.a., at sager i den offentlige forvaltning skal behandles *inden for rimelig tid, at sager ikke må trække unødigt ud, og at borgere, der har henvendt sig, skal have underretning, hvis sagen trækker ud, samt oplysning om årsagen hertil.«*

[477] Hans Gammeltoft-Hansen, *God forvaltningsskik – god opførsel i forvaltningen*, Folketingets Ombudsmands Beretning, 2010, side 9.
[478] Hans Gammeltoft-Hansen, 2010, side 10.
[479] Se kapitel 2, 3.7, hvor det er anført, at den retskildemæssige status af god forvaltningsskik kan give anledning til tvivl og er omdiskuteret i retsteorien.
[480] Se Ombudsmandens Beretning fra 1987, side 91, hvor det er anført, at pligten til partshøring, under hensyntagen til en part i familieretlige sager, herunder navnlig samværssager, tilsiger, at parten i videre omfang blive gjort bekendt med oplysninger og synspunkter fra den anden part, uanset om de måtte være af betydning for sagens afgørelse, idet det ikke kan udelukkes, at parten går ud fra, at oplysningen har (haft) betydning for sagens afgørelse.
[481] Folketingets Ombudsmands beretning, 2010, side 10 ff.

Kravet om sagsbehandling inden for en rimelig tid er således en bestanddel af den gode forvaltningsskik, herunder borgerens ret til at få underretning hvis sagen trækker ud.

Det forhold, at et krav om en rimelig sagsbehandlingstid er indeholdt i den gode forvaltningsskik betyder, at der opstår en særlig retskildemæssig situation. Et krav om en rimelig sagsbehandlingstid indgår således under begge dele af Ombudsmandens bedømmelsesgrundlag på grund af, at EMRK er en del af gældende dansk ret. Der kan derfor også opstå den situation, at Ombudsmandens og Menneskeretsdomstolens vurdering af en rimelig sagsbehandlingstid i en forældreansvarssag er forskellig fra hinanden, hvis der anvendes forskellige parametre. Det betyder samtidig, at der således kan opstå en normkonflikt i de tilfælde, hvor Menneskeretsdomstolens krav til sagsbehandlingstiden yder en bedre beskyttelse end de krav, der gælder efter Ombudsmandens praksis. I en sådan situation har EMRK forrang fremfor Ombudsmandens praksis, hvilket også allerede følger af, at EMRK som dansk lov er overordnet Ombudsmandens praksis.[482] Problematikken kan dog også ses i en anden kontekst end normkonflikt, og anskues sådan at alle retlige forhold og krav skal indgå i en afgørelse. Det vil følgelig altid være sådan, at alle retlige krav i sagen skal overholdes. Dette vil betyde, at både krav der følger af menneskerettighederne og af god forvaltningsskik skal overholdes.

Er situationen, at Ombudsmandens praksis giver den bedste beskyttelse foreligger der ikke en normkonflikt, som begrebet bruges i denne afhandlingskontekst. Ombudsmandes praksis vil derfor være den, der gælder for vurderingen af sagsbehandlingstidens rimelighed.

Internationale regler kan også indgå i Ombudsmandens bedømmelsesgrund i sammenhæng med god forvaltningsskik.[483] Dette var tilfældet i FOB 2013-2, hvor Ombudsmanden henviste til barnets bedste i henhold til Børnekonventionens artikel 3, stk. 1. Sagen omhandlede en skoles afgørelse om et barn, der ikke længere skulle undervises i sin 1. klasse, men i stedet modtage enkeltmandsundervisning. Faderen havde klaget over, at skolen havde iværksat enkeltmandsundervisning med for kort varsel. Ombudsmanden udtalte, at det ville havde været bedst stemmende med god forvaltningsskik, hvis skolen havde fastsat et lidt senere begyndelsestidspunkt for den midlertidige enkeltmandsundervisning, og at skolen ville, hvis den havde givet et lidt længere varsel, i højere grad have tilgodeset barnets tarv (børnekonventionens artikel 3, stk. 1) – også uden derved i væsentlig grad at have tilsidesat klassekammeraternes tarv.

2.1.2.1. Sagsbehandlingstider og rimelighedsvurdering

Ombudsmanden har i sin beretning fra 1988, der indeholder en egen drift undersøgelse af 70 familieretlige sager fra det daværende familieretsdirektorat og statsam-

[482] Se herom i kapitel 2, afsnit 2.

[483] Se også Helle Bødker Madsen, 2016, side 498.

terne, fremhævet hvilke generelle parametre, der skal inddrages i vurderingen af, om en sagsbehandlingstid har været rimelig.

Forinden disse forskellige parametre analyseres, er det imidlertid nødvendigt først at behandle spørgsmålet omkring selve beregningen af den sagsbehandlingstid, der skal underlægges en rimelighedsvurdering.

Ombudsmanden berører i 1988-beretningen ikke direkte spørgsmålet om *beregningen af sagsbehandlingstiden*. Først og fremmest må det således være nødvendigt for Ombudsmanden at fastlægge start- og sluttidspunktet for det der kan kaldes den absolutte sagsbehandlingstid.

Den absolutte sagsbehandlingstid bliver angivelig tilkendegivet og vurderet forskellig i forhold til, om Ombudsmanden behandler en individuel klage eller om der er tale om en egen drift undersøgelse. Det må dog formodes, at starttidspunktet i begge tilfælde skal beregnes fra borgerenes første henvendelse til Statsforvaltningen.[484]

Hvis der er tale om en *individuel klage* må sagsbehandlingstiden antages at skulle beregnes fra sagen startede i Statsforvaltningen, og til en afgørelse er truffet af Ankestyrelsen, idet der foreligger krav om, at administrativ rekurs skal være udnyttet, jf. ombudsmandslovens § 14.

§ 14 afskærer Ombudsmanden fra at realitetsbehandle en klage over en sagsbehandlingstid, hvis der foreligger en administrativ klagemulighed for så vidt angår sagsbehandlingstiden.[485] Dette er tilfældet for forældreansvarssager i henhold til forældreansvarslovens § 41, stk. 1 (samværssager) og § 41, stk. 4 (forældremyndigheds- og bopælssager). Den absolutte sagsbehandlingstid i en individuel klagesag vil således altid omfatte både sagsbehandlingstiden hos Statsforvaltningen og Ankestyrelsen.

Hvis der er tale om en *egen drift undersøgelse* er udgangspunktet et andet.

Ombudsmandens vurdering af sagsbehandlingstiden i de konkrete foreliggende sager, der omtales i 1988-beretningen, var taget med det udgangspunkt, at fire måneder var anset for »normalt«, hvorfor sager med kortere sagsbehandlingstider ikke blev underlagt en vurdering af Ombudsmanden. Perioden var af Ombudsmanden blevet valgt under indtryk af dels, hvad der var normalt på det omhandlende område, og dels de sagsbehandlingstider som ombudsmandsinstitutionen havde erfaring med fra andre områder.

Ombudsmanden fremhæver i denne forbindelse meget rigtigt, at en sådan norm ikke kan anvendes som en egentlig målestok for, om der er grundlag for at kritisere sagsbehandlingstiden i den enkelte sag. En sagsbehandlingstid udover fire måneder kan være retfærdiggjort i særlige forhold, ligesom kortere sagsbehandlingstider, konkret vurdereret efter omstændigheder kan være kritisable. Normen på de fire

[484] I Folketingets Ombudsmands beretning, 1988, side 257, anføres det i relation til ombudsmandens egen drift undersøgelse af de familieretlige sager, at perioden, der undersøges er fra borgerens første henvendelse til myndigheden.

[485] Jon Andersen m.fl., 2013, side 130.

måneder var derfor i undersøgelsen blevet brugt til at udskille nogle sager til en mere indgående vurdering.[486]

En tilsvarende type af norm, som kan inddrages, er den tilkendegivelser det administrative organ selv angiver som den sædvanlige eller gennemsnitlige sagsbehandlingstid. Dette ses anvendt i en nyere sag fra Ombudsmanden, som dog vedrører sagsbehandlingstiden på et andet sagsområde

I FOB2014.41 inddrog Ombudsmanden dog den sædvanlige sagsbehandlingstid i vurderingen af, om der var grundlag for at kritisere sagsbehandlingstiden i en sag om kontrol af prisen på fjernvarme hos Energitilsynet. Ombudsmanden bemærkede, at tilsynet havde oplyst at have et mål for den gennemsnitlige sagsbehandlingstid. Ombudsmanden anførte, at selv om dette mål alene angav et gennemsnit, gav målet dog en indikation af, hvilken sagsbehandlingstid, der måtte anses for sædvanlig på tilsynets område. Sagsbehandlingstiden i den konkrete sag havde været ca. 10 gange så lang som målsætningen.

Ombudsmanden vil derfor kunne inddrage den sædvanlige sagsbehandlingstid i vurderingen af en sagsbehandlingstids rimelighed i en forældreansvarssag.

I den forbindelse skal det bemærkes, at Ombudsmanden ikke synes at være helt konsekvent med hvilke parametre, der indgår i rimelighedsvurderingen. Formuleringerne herom er heller ikke helt stringente, hvilket antageligt ses i relation til, at de udvikles over tid.

I 1988-beretningen nævner Ombudsmanden følgende parametre:

»Hvad der er acceptabel sagsbehandlingstid, må vurderes konkret under hensyn til, hvor mange ekspeditioner, en forsvarlig oplysning af sagen kræver, om der foreligger faktiske hindringer for ekspeditionerne, om særligt tidskrævende undersøgelser er påkrævede, om sagen efter sin art er hastende samt forholdet mellem myndighedens ressourcer og arbejdsopgaver«.[487]

I sagen FOB2014.41, er der tale om tilsvarende parametre som i 1988-beretningen, men der inddrages også andre parametre:

»Ved vurderingen af sagsbehandlingstiden i en konkret sag må man – ud over eventuelle særregler på området – tage udgangspunkt i den samlede sagsbehandlingstid. Derudover må man tage andre forhold i betragtning. Her tænkes bl.a. på sagens karakter, omfanget af de undersøgelser, som myndigheden skal foretage, den sædvanlige sagsbehandlingstid for den pågældende sagstype, myndighedens eventuelle udmeldinger om en forventet sagsbehandlingstid for sagen og de løbende ekspeditioner i sagen.«

I fx FOB2006.233, der vedrørte sagsbehandlingstiden hos Justitsministeriet i en sag, hvor en person havde skrevet til ministeriet og opfordret til gå ind i en sag om en forsvarsadvokat, der havde udleveret fortrolige dokumenter om et vidne til sin

[486] Folketingets Ombudsmands beretning, 1988, side 290.
[487] Folketingets Ombudsmands beretning, 1988, side 290.

klient, synes beskrivelsen af parametre at være mere præcise end det, der fremgår af 1988-beretningen og af FOB2014.41:

»Ved vurderingen af en myndigheds sagsbehandlingstid må man, ud over den absolutte sagsbehandlingstid, tage andre forhold i betragtning. Her tænkes f.eks. på sagens kompleksitet, både for så vidt angår det faktiske og det retlige grundlag, og partens interesse i at der træffes en afgørelse inden for kort tid i forhold til parterne i myndighedens øvrige sager sammenholdt med de ressourcer som myndigheden har til rådighed, den sædvanlige sagsbehandlingstid samt de løbende ekspeditioner i sagen. Andre forhold - som f.eks. at en sag giver anledning til principielle overvejelser - vil endvidere kunne bevirke at sagen trækker ud.«[488]

I fx FOB2011-5-3, der vedrørte en uacceptabel og særdeles kritisabel sagsbehandling i sag om voldsoffererstatning fremhævede Ombudsmanden yderligere dette parameter:

»Det er […] fast antaget, at myndigheder har pligt til at besvare rykkere fra sagens parter som er rimeligt begrundet i sagsbehandlingstiden. Sådanne rykkere skal i almindelighed besvares med det samme. Jeg henviser også til Justitsministeriets vejledning om forvaltningsloven pkt. 208 (vejledning nr. 11740 af 4. december 1986).«

Ombudsmandens egen drift undersøgelse af familieretlige sager i beretningen fra 1988 og de nævnte nyere eksempler på ombudsmandsudtalelser i andre sagstyper viser således, at Ombudsmanden ikke har stringent tilgang til hvilke parametre, der inddrages i rimelighedsvurderingen. Forklaringen herpå er formentlig, at indholdet af god forvaltningsskik er en dynamisk størrelse. God forvaltningsskik hører, som beskrevet, til de almenetiske anskuelser og handlereglers område, hvilket betyder, at de kan ændre indhold over tid.

Heri ligger, at parametrene i 1988 kan have udviklet sig også fordi indretningen af det administrative system for de familieretlige sager har ændret sig. Dette skal ikke forstås således, at de skifter karakter, men tyngdepunkter og hovedvægter kan skifte.[489] Derfor kan de nævnte parametre for rimelighedsvurderingen formentlig ikke anses som udtømmende, men dog som parametre, der ligger åbne i vurderingen af familieretlige sager hos Ombudsmanden – som en del af den gode forvaltningsskik.[490]

Der er således i Ombudsmandens praksis tilkendegivet følgende parametre som kan indgå i vurderingen af afgørende sagsbehandlingenstidens rimelighed:

[488] Samme formulering ses i fx FOB2004.153 vedrørende sagsbehandlingstiden i Sundhedsvæsenets Patientklagenævn og nævnets manglende underretning om sagens behandling.

[489] Hans Gammeltoft-Hansen, *God forvaltningsskik i samspillet med borgerne*, i Finansministeriets debatbog om Etik, ansvar og værdier i den offentlige sektor, 2000.

[490] Se også Bent Christensen, 1971, side 121.

- hvor mange ekspeditioner, en forsvarlig oplysning af sagen kræver,
- om der foreligger faktiske hindringer for ekspeditionerne,
- om særligt tidskrævende undersøgelser er påkrævede,
- om sagen efter sin art er hastende
- forholdet mellem myndighedens ressourcer og arbejdsopgaver«
- sagens karakter
- omfanget af de undersøgelser, som myndigheden skal foretage,
- den sædvanlige sagsbehandlingstid for den pågældende sagstype,
- myndighedens eventuelle udmeldinger om en forventet sagsbehandlingstid for sagen og de løbende ekspeditioner i sagen
- at myndigheder har pligt til at besvare rykkere fra sagens parter, jf. Justitsministeriets vejledning om forvaltningsloven
- sagens kompleksitet, både for så vidt angår det faktiske og det retlige grundlag,
- at en sag giver anledning til principielle overvejelser - vil endvidere kunne bevirke at sagen trækker ud.

Derudover er udgangspunktet er at tage afsæt i den absolutte sagsbehandlingstid.

Der tages afsæt i disse forhold i vurderingen neden for i den udstrækning det må forventes at have betydning i forældreansvarssager, herunder hvilke parametre Ombudsmanden konkret har inddraget i sin egen drift undersøgelse af de familieretlige sager.

Indledningsvist vil der dog kort blive redegjort for resultatet af Ombudsmandens undersøgelse.

2.1.2.2. Ombudsmandens egen drift undersøgelse af familieretlige sager

Ombudsmandens egen drift undersøgelse af bl.a. sagsbehandlingstiden i familieretlige sager inkluderer, som tidligere, beskrevet alene samværssager.[491] Dette skal ses

[491] Se kapitel 2, afsnit 3.7.

i forhold, at forældremyndighedssager i 1987 blev afgjort af domstolene, og således ikke indgik i vurderingen.[492]

I forhold til selve resultatet af Ombudsmandens undersøgelse fremgår det, at langt hovedparten af de afgørelser, der var indeholdt i de undersøgte sager, var behandlet inden for den norm på 4 måneder. I de fleste sager (antal) var den almindelige sagsbehandlingstid på 2-3 måneder, hvilket Ombudsmanden fandt at være tilfredsstillende. Ombudsmanden fandt 23 tilfælde af sagsbehandlingstider, der var på 4 måneder eller derover, som han udskilte til en mere indgående bedømmelse.[493]

Ud af de 23 sager, fandt Ombudsmanden, at der havde været en plausibel begrundelse herfor, fx fandtes en sagsbehandlingstid på 15 måneder rimelig. Men i de sidste 10 sager var dette ikke tilfældet. Ombudsmanden bemærkede, at der var indeholdt 150 afgørelser i de 70 sager, der var blevet undersøgt, og alene 10 sager således havde en for lang sagsbehandlingstid. Ombudsmanden var på denne baggrund derfor blevet bekræftet i sit indtryk af en tilfredsstillende hurtig ekspedition af sagerne. Ombudsmanden hæftede sig dog ved, at i 7 af de 10 tilfælde, hvor der havde været en for lang sagsbehandlingstid, havde sagen været behandlet i Familieretsdirektoratet. De sidste tre sager var således behandlet af statsamtet.

Fire af sagerne med en sagsbehandlingstid på over 4 måneder vedrører samværssager, hvor der ikke fandtes at være en god forklaring på den lange sagsbehandlingstid. Sagsbehandlingstiden længde fremgår af tre af sagerne. Der var tale om sagsbehandlingstider på henholdsvis 5 måneder, 5 ½ måneder og ca. 8 måneder. [494]

Sammenfattende for hele undersøgelsen, der også omhandlede en vurdering af andre forhold end sagsbehandlingstiden, konstaterede Ombudsmanden:

»[…]at det undersøgte retsområde administreres omhyggeligt og med en rimelig afbalancering af på den ene side hensynet til smidig sagsbehandling over for efterlevelse af retssikkerhedsmæssige krav i lovgivningen.«[495]

2.1.2.3. Parametre for rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden

Det skal indledningsvis nævnes, at der kan være sager, hvor den absolutte sagsbehandlingstid isoleret set kan give anledning til Ombudsmandens kritik.[496]

Ombudsmanden har fx i FOB2014-41, der vedrørte sagsbehandlingstiden i Energitilsynet, udtalt, at en sagsbehandlingstid på 5 ½ år i en konkret afgørelsessag

[492] Se kapitel 5, afsnit 2.4.

[493] Folketingets Ombudsmands beretning, 1988, side 290.

[494] Folketingets Ombudsmands beretning, 1988, side 290 f.

[495] Folketingets Ombudsmands beretning, 1988, side 307.

[496] Se også Bent Christensen, *Ombudsmandens bedømmelsesgrundlag*, i Festskrift til Folketingets Ombudsmand Professor, Dr.jur., Stephan Hurwitz, 20. juni1971, Juristforbundets Forlag, 1971, side 121 f., der redegør for sager, hvor den absolutte sagsbehandlingstid var så lang, at den i sig selv var kritisabel.

og i enkelt instans – uanset årsagerne hertil – måtte karakteriseres som særdeles lang.[497]

Et moment i vurderingen kan være om der fx er tale om relativt enkelte ekspeditioner. Det kan fx være tilfældet hvis det tager lang tid at svare på en henvendelse, jf. FOB2006.233.[498]

Dette betyder omvendt, at en sagsbehandlingstid, der er væsentligere længere ikke nødvendigvis i sig selv er i strid med god forvaltningsskik, såfremt ét eller flere af ovennævnte faktorer kan retfærdiggøre en lang sagsbehandling.[499]

Følgende parametre må formodes at blive inddraget i Ombudsmandens rimelighedsvurdering af en sagsbehandlingstid i en konkret forældreansvarssag.

A) Sagens karakter

Ombudsmanden nævner i 1988-beretningen, at der skal tages hensyn til om sagen efter sin art er hastende. Det må derfor klart antages, at der vil blive lagt vægt på, at der oftest i forældreansvarssager er tale om sager af indgribende karakter for sagens parter. Parternes behov for en hurtig afgørelse må således antages have stor betydning.[500]

Det må antages, at der fx især i de sager, hvor der ikke er kontakt mellem barn og forælder, stilles der skærpende krav til sagsbehandlingstiden. Dvs. at samværssager og navnlig chikanøs adfærd i disse sager må tale for en stram vurdering af sagsbehandlingstiden. Tilsvarende kan midlertidige afgørelser have hastende karakter. Det gælder dog fx ikke alle samværssager.

Ombudsmanden har i flere sager fra undersøgelsen i 1988-beretningen vurdereret om den lange sagsbehandlingstid har medført et økonomisk tab for de berørte personer, eller om skaden ved sagsbehandlingstiden har været stor, dvs. om der ikke var lidt et økonomisk tab eller sket en skade, hvis sagsbehandlingstiden havde været kortere.

I en sag omhandlede juleferiesamvær, havde der været en sagsbehandlingstid på 5 ½ måneder. Ombudsmanden bemærkede, at skaden ved en længere sagsbehandlingstid ikke var stor, da afgørelsen var truffet flere måneder før jul.

I sagen B-7, der vedrørte børnebidrag, bemærkede Ombudsmanden at sagsbehandlingstiden på lidt over 5 måneder ikke havde haft økonomisk skadesvirkning for klageren.

I sagen B-15 anførte Ombudsmanden i samme retning, at den lange sagsbehandlingstid på 7½ måned ikke havde medført et tab for klageren, idet familieretsdirektoratet havde tiltrådt statsamtets afgørelse.[501]

[497] Udtalelsen er også behandlet oven for i afsnit 2.1.2.1.

[498] Udtalelsen er også behandlet oven for i afsnit 2.1.2.1.

[499] Bent Christensen, 1971, side 120.

[500] Jf. også Jon Andersen m.fl., 2013, side 292.

[501] Ombudsmandens beretning, 1988, side 290. Se fx også FOB2008.488, hvor ombudsmanden havde fundet det beklageligt, at en sag om en ansøgers levevej tog knap to år at behandle. En landmand

Det skal fremhæves, at denne faktor ikke har haft selvstændig betydning for, om sagsbehandlingstiden var rimelig. Ombudsmanden fandt i alle sagerne sagsbehandlingstiden kritisabel, men det er dog følgelig et vigtigt element, der kan være en afledt konsekvens af sagsbehandlingstidens længde.[502]

B) Forholdet mellem myndighedernes ressourcer og arbejdsopgaver

Forholdet mellem myndighedernes ressourcer og arbejdsopgaver nævnes som et parameter i 1988-beretningen, men Ombudsmanden ses ikke umiddelbart at inddrage parameteret i vurderingen af sagsbehandlingstidernes rimelighed i undersøgelsen fra 1988.

I fx FOB2004.154 indgik parameteret dog direkte i rimelighedsvurderingen. Her udtalte Ombudsmanden, at der i vurderingen kan inddrages »[...]de ressourcer som myndigheden har til rådighed«.[503]

Den konkrete sag omhandlede en person, der var indklaget for Sundhedsvæsenets Patientklagenævn. Sagsbehandlingstiden på et halvt år i nævnet gav anledning til kritik, idet sagen ikke var kompliceret. Ombudsmanden anførte følgende omkring accepten af en sagsbehandlingstid:

»[Der kan] efter min opfattelse ved vurderingen af den generelt acceptable sagsbehandlingstid på et område ikke tages hensyn til myndighedens (og medarbejdernes) subjektive forhold idet vurderingen må hvile på et objektivt grundlag. At myndigheden således i almindelighed har utilstrækkelige ressourcer, eller at der på et sagsområde kommer flere sager end forventet, kan således nok for myndighedens medarbejdere være subjektivt undskyldende momenter, men kan ikke bevirke en forlængelse af den tid som må anses for en i almindelighed acceptabel sagsbehandlingstid på området.«

Dette betyder, at omfanget af Statsforvaltningen og Ankestyrelsens ressourcer, som kan have betydning for pågældende ansattes (subjektive) arbejdsforhold, og i sagens natur sagsbehandlingstiden af forældreansvarssager, følgelig ikke kan retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid.

Ombudsmanden udtalte endvidere i FOB2008.380, at der skal hos myndigheden skal være ordnede forhold, herunder at der skal være effektive arbejdsgange, således, at en forvaltningsmyndighed kan behandle sagerne på betryggende måde, bl.a. i forhold til at behandle sagerne inden for rimelig tid.

Statsforvaltningens og Ankestyrelsens arbejdsforhold og omfanget af ressourcer vil således ikke kunne retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid. Ombudsmandens vurdering af sagsbehandlingstidens rimelighed hviler således alene på objektivt grundlag.

---

havde i sagen søgt om miljøgodkendelse til udvidelse af kvægbestanden, og det havde taget kommunen 8 måneder at påbegynde sagsbehandlingen af sagen.

[502] Ombudsmandens beretning, 1988, side 290 f.

[503] S også FOB.2011-5-3.

Dog kan de begrænsede ressourcer have betydning for udformningen af Ombudsmandens reaktion i en konkret sag: kritik, henstilling om en anden og mere hensigtsmæssig tilrettelæggelse af arbejdet, ændret prioritering af ressourcerne eller eventuelt henstilling om tilvejebringelse af ressourcer på det berørte område.[504]

C) Sagens kompleksitet og hensynet til en forsvarlig oplysning

Der må også overordnet set skulle foretages en vurdering af sagens kompleksitet, både retligt og faktisk. Ombudsmanden nævner som et parameter i undersøgelsen fra 1988 om familieretlige sager »hvor mange ekspeditioner en forsvarlig sagsoplysning af sagen kræver«. Det må således tillægges vægt ,at den konkrete sagoplysning i den konkrete sag er påkrævet.

Af Ombudsmandens undersøgelse fremgår det, at 13 sager med en sagsbehandlingstid på over 4 måneder var begrundet i enten mange og/eller tidskrævende ekspeditioner eller mere komplicerede interne undersøgelser. En af sagerne havde fx en sagsbehandlingstid på 15 måneder.[505]

Der vil derfor i en konkret forældreansvarssag formentlig blive lagt vægt på, om der foretaget partshøringer, herunder antallet af partshøringer og partsindlæg, indhentelse af oplysninger eller gennemførelse af andre tids- og ressourcekrævende sagsskridt, karakteren af uenigheden, fx hvis der er anklager om vold og misbrug, og som kræver grundig undersøgelse.

Herunder må indgå Statsforvaltningen og Ankestyrelsens undersøgelse af sagens omstændigheder. Såfremt der skal foretages en børnesamtale, iværksættes børnesagkyndig undersøgelse og indhentes udtalelser mv. fra andre myndigheder, dagsinstitutioner osv., vil det klart være forhold, der kan retfærdiggøre en vis længde af sagsbehandlingstiden.

I sagen S-25 fra Ombudsmandens undersøgelse havde sagen været behandlet i både statsamtet og familieretsdirektoratet. Der forelå i sagen en række vanskelige spørgsmål, som krævede en ret omfattende sagsoplysning, hvilket kunne retfærdiggøre en sagsbehandlingstid på 5 måneder i statsamt, mens den samme sagsbehandlingstid hos direktoratet ikke kunne retfærdiggøres. Ombudsmanden bemærkede, at der for direktoratet ikke var sket nogen nævneværdig ny sagsoplysning.[506]

Med andre ord, særlige sagsbehandlingsskridt kan selvfølgelig være legitimeret uden at det sker tilstrækkeligt hurtigt.

Hvis en forældreansvarssag har ligget urørt hen i lang tid uden nogen form for ekspeditioner, kan det være problematisk i forhold til kravet om god forvaltningsskik.[507] Af undersøgelsen fremgår det, at der i tre sager havde været inaktive perioder, hvilket var medvirkende til, at Ombudsmanden fandt sagsbehandlingstiderne kritisable.

[504] Jon Andersen m.fl., 2013, side 292.
[505] Ombudsmandens beretning, 1988, side 290.
[506] Ombudsmandens beretning, 1988, side 290 f.
[507] Se Hans Gammeltoft-Hansen, 2010, side 12.

I to af sagerne var kontradiktion blev foretaget for sent af Familieretsdirektoratet. I sagen B -20 var der en samlet sagsbehandlingstid på 5 ½ måned, hvorunder klagen først blev sendt til kontradiktion 1½ måned efter modtagelsen, og i sagen S-8 var kontraktionsbrevet først sendt knap 5 måneder efter modtagelsen. Den samlede sagsbehandlingstid var på 8 måneder. To dage senere forelå kontraktionssvaret, men afgørelsen blev først truffet 3 måneder herefter. I sagen B-22 var sagen klar til realitetsbehandling 2½ måned før afgørelsen blev afsendt.[508]

D) Den sædvanlige sagsbehandlingstid

Der vil blive lagt på selve afgørelsestypen, fx om der er tale om en midlertidig afgørelse, hvor den sædvanlige sagsbehandlingstid må gå lidt hurtigere, end når der er tale om samværssag eller forældremyndighedssag. Det må derudover formodes, at der også vil blive inddraget Statsforvaltningens og Ankestyrelsen opstillede mål og resultatkontrakt for sagsbehandlingstiderne.[509]

Ombudsmanden har flere gange kritiseret myndighederne for ikke at opfyldte egne frister, jf. FOB.2014.41. I fx FOB2000.205 kritiserede Ombudsmanden, at Direktoratet for Kriminalforsorgen ikke havde overholdt egne frister i forbindelse med behandlingen af en sag fra en indsat fra Statsfængslet. I endvidere FOB2015-10 kritiserede Ombudsmanden Socialforvaltningen i Københavns Kommune for, at procenten for overholdelse af en 6 ugers frist vedrørende afgørelse om hjælp til dækning af tandbehandling mv. var meget lav. I perioden 2013-2014 svingende overholdelsesprocenterne på mellem 10 % og 68 %. Derudover kritiserede Ombudsmanden, at der i perioden juni til og med november 2014 havde været et fald i overholdelsesprocenten, på trods af, at Socialforvaltningen i august måned havde iværksat tiltag med henblik på at nedbringe sagsbehandlingstiderne.

E) Faktiske hindringer for ekspeditionerne

Af Ombudsmandens beretning fra 1988 indgår fire sager, hvoraf det synes at kunne udledes at, der har været faktiske hindringer for ekspeditionerne. I tre af sagerne havde Ombudsmanden på denne baggrund fundet sagsbehandlingstiden rimelig.

I to af disse sager var sagsbehandlingstiden begrundet i parternes adfærd, konkret, at parterne havde været for sene til at sende oplysninger, jf. B-19 med en sagsbehandlingstid på 7 ½ måned i statsamtet og B-34 med en sagsbehandlingstid

[508] Ombudsmandens beretning, 1988, side 290 f.

[509] Se fx FOB2000.205, hvor ombudsmanden kritiserede Direktoratet for Kriminalforsorgen for ikke at have overholdt egne frister i forbindelse med en behandling af en indsats fra Statsfængslet sag. Se derudover fx også FOB2015-10 kritiserede Ombudsmanden Socialforvaltningen i Københavns Kommune for, at procenten for overholdelse af en 6 ugers frist vedrørende afgørelse om hjælp til dækning af tandbehandling mv. var meget lav. I perioden 2013-2014 svingende overholdelsesprocenterne på mellem 10 % og 68 %. Derudover kritiserede Ombudsmanden, at der i perioden juni til og med november 2014 havde været et fald i overholdelsesprocenten, på trods af, at Socialforvaltningen i august måned havde iværksat tiltag med henblik på at nedbringe sagsbehandlingstiderne.

på 4 fire måneder i Familieretsdirektoratet. I den tredje sag B-23 havde det taget statsamtet 19 måneder at behandle sagen. Den lange sagsbehandlingstid beroede på en afventning af en faderskabssag.[510]

I sagen S1 blev sagsbehandlingstiden ikke fundet rimelig, selv om der havde været en faktisk hindring for ekspeditionen. Der forelå i sagen tvivl om et barns erklæring mod samvær var oprigtigt ment. Familieretsdirektoratet bad på denne baggrund statsamtet om at indkalde pigen til en ny samtale. Klagen var blevet modtaget i april, men først i oktober, dvs. 6 måneder senere blev samtalen afholdt. Ombudsmanden bemærkede, at der var gået nogen tid med at få overtalt moderen til at pigen skulle udtale sig på ny, men at der dog vanskeligt kunne findes en forklaring på, at den centrale ekspedition i sagen var blevet foretaget så sent. Moderens modvilje mod den nye samtale var således en medvirkende årsag til den lange ekspeditionstid, men kunne ikke retfærdiggøre den samlede sagsbehandlingstid.[511]

F) Orientering til parterne, hvis forældreansvarssagen trækker ud

Justitsministeriets vejledning om forvaltningsloven fra 1986 indeholder visse punkter for forvaltningens håndtering af, at en sagsbehandlingstid formodes at trække ud. Statsforvaltningen og Ankestyrelsen skal derfor give parterne besked om, hvor langt sagen er i processen, og hvornår der forventes at blive truffet en afgørelse. Hvis Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen vurderer, at der foreligger særlige omstændigheder, som gør, at sagen tager længere tid at behandle end sædvanligt, skal parterne have besked herom.

Såfremt parterne rykker for en afgørelse med begrundelse i sagsbehandlingstiden, skal Statsforvaltningen svare med det samme og orientere parterne om, hvor langt sagen er i processen, og hvornår der forventes at foreligge en afgørelse.[512]

3. Menneskeretsdomstolen

Mens kravet om god forvaltningsskik i forhold til sagsbehandlingstiden i forældreansvarssager alene gælder for sager, der bliver behandlet i Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, gælder EMRKs krav om »rimelig frist«, som beskrevet i kapitel 4, både ved sager, der bliver behandlet ved Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstolene.[513]

Menneskeretsdomstolen har, som det er beskrevet i kapitel 1, en ganske omfattende praksis omkring retten til at få sin sag afgjort inden for en rimelig frist. Dette gælder navnlig EMRK artikel 6. Der findes i dag samlet set over 10.000 afgørelser

[510] Ombudsmandens beretning, 1988, side 290.

[511] Ombudsmandens beretning, 1988, side 291.

[512] Vejledning om forvaltningsloven, nr.11740 af 4.12.1986, pkt. 206-208. Se herom fx også FOB.2011-5-3, FOB2010-4-3 og FOB 2006.145.

[513] Se afsnit 3.

fra Menneskeretsdomstolen alene vedrørende rimelig frist-kravet.[514] Der er her således tale om en målestok for sagsbehandlingstidens rimelighed, der i al fald i forhold til danske forældreansvarssager, kan anføres at være noget mere omfangsrig, detaljerig og klar end Ombudsmandens praksis.

Kravet om rimelig sagsbehandlingstid i EMRK er begrundet i to grundlæggende hensyn:

1) hensynet til, at borgere ikke unødigt længe skal leve i usikkerhed og

2) hensynet til generelt at sikre et effektivt og troværdigt retssystem.[515]

Der gælder således overordnet set et krav om forsvarlig retspleje.

3.1. Sagens begyndelse

Menneskeretsdomstolen fastlægger først længden af den sagsbehandlingstid, der skal underlægges en rimelighedsvurdering. Det er afgørende er hvornår tvisten henholdsvis opstår og afsluttes. I fx Johansen v. Norge, bemærkede Menneskeretsdomstolen, at tvisten om tvangsfjernelse startede på tidspunktet, hvor beslutning om tvangsfjernelse blev truffet af de administrative myndigheder.[516]

I forhold til EMRK artikel 6, der alene gælder for danske domstole, sondrer Menneskeretsdomstolen som udgangspunkt mellem sager, hvor der ikke har været forudgående administrativ behandling og sager, hvor der har været en forudgående administrativ behandling.

Er sagen anlagt ved domstolene uden forudgående administrativ behandling, beregnes fristen som udgangspunkt fra tidspunktet for sagens anlæg, jf. fx den såkaldte Blødersag, A. m.fl. mod Danmark[517], hvor mange personer, der var blevet smittet med HIV ved blodtransfusioner i 1980'erne, havde lagt sag an mod Sundhedsministeriet m.fl.. I sagen blev fristen dog beregnet fra et senere tidspunkt, idet der havde været problemer med at identificere de enkelte klagere. Det var først fra det tidspunkt, hvor den enkelte klager var endeligt identificeret, at fristen begyndte at løbe for denne.[518]

Har sagen derimod først været behandlet ved en administrativ myndighed, ser Menneskeretsdomstolen på, om den forudgående administrativ behandling er et

[514] Om rimelig frist kravet i EMRK artikel 6 se fx Peer Lorenzen, 2011, side 469 ff., Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 551 Jacobs, White & Ovey, 2014, side 273 f. samt Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, side 439 ff. Om tidsforløbets betydning under EMRK artikel 8 se fx Jens Vedsted-Hansen, 2011, side 718.

[515] Bottazzi v. Italien, 28.7.1999, § 22. Se også Jens Elo Rytter, 2016 side 463.

[516] Sag af 27.6.1996, §§ 12 og 88.

[517] Sag af 8.1996, § 61.

[518] Se § 64.

krav for at kunne indbringe sagen for domstolen. I Iversen v. Danmark[519], der vedrørte krav om erstatning for personskade efter kæbeoperation, bemærkede Menneskeretsdomstolen, at det efter dansk ret ikke er et krav, at sagen først skulle indbringes for Patientklagenævnet forinden domstolsprøvelsen. Derfor skulle sagsbehandlingstiden først beregnes fra sagens anlæg for byretten.[520]

Det er således national ret, der afgør, hvorvidt en forudgående administrativ behandling skal medtælles i samlede sagsbehandlingstid i forhold til fristkravet i EMRK artikel 6, stk. 1. Selv om tidskravet følgelig har størst betydning for de nationale domstole, gælder således tidskravet principielt set også for alle offentlige myndigheder, der medvirker i eller træffer afgørelser i civile sager.[521]

At den administrative myndigheds sagsbehandlingstid under visse betingelser skal medtælles i den samlede sagsbehandlingstid, betyder dermed, at EMRK artikel 6, stk. 1, indirekte, finder anvendelse på, og stiller krav om sagsbehandlingstiden hos den administrative myndighed. Fristkravet gælder dermed for sagens samlede sagsbehandlingstid, hvad enten det er EMRK artikel 6 eller 8, der finder anvendelse i den konkrete sag.

I den forbindelse følger det af konventionspraksis, at hvis en domstolsprøvelse af en administrativ myndigheds afgørelse er betinget af en forudgående administrativ prøvelse, følger det af adgangen til en domstolsprøvelse, at den forudgående prøvelse skal ske med den fornødne hurtighed.[522]

Hvis der går for lang tid mellem sagens afgørelse hos den administrative myndighed, og til der anlægges sag for domstolene, kan dette betyde, at fristen først beregnes fra sagens anlæg ved domstolene, og således ikke fra sagens start hos den administrative myndighed, jf. Poulsen v. Danmark, der omhandlede klagerens ret til invalide- og erhvervsevnetabserstatning i forbindelse med en arbejdsskade. Klageren havde inden sagsanlægget klaget over Arbejdsskadestyrelsens afgørelse til Den Sociale Ankestyrelse. Fra sagen var afsluttet i Arbejdsskadestyrelsen og til klageren anlagde sag ved domstolene, var der gået ca. 8 år. Menneskeretsdomstolen lagde efter oplysningerne i sagen om dansk ret til grund, at indbringelse af sagen for Arbejdsskadestyrelsen var en betingelse for sagsanlægget ved domstolene. Der var dog ikke pligt til også at indbringe sagen for den Sociale Ankestyrelse, hvorfor fristen blev beregnet fra sagens anlæg ved landsretten.

3.2. Sagens afslutning

Sagen (tvisten) afsluttes på det tidspunkt, hvor der foreligger en endelig administrativ afgørelse eller dom i sagen i henhold til henholdsvis EMRK artikel 8 og 6.

[519] Sag af 28.9.2006.

[520] Se §§ 55-59. Se tillige Christensen v. Danmark, sag 22.1.2009, §§ 74-80 Se bl.a. også Peer Lorenzen, 2011, side 471 ff.

[521] Peer Lorenzen, 2011, side 469.

[522] Jon Fridrik Kjølbro, 2010,side 414.

Såfremt sagen har været under ankebehandling for domstolene, stopper fristberegningen ved ankeinstansens domsafsigelse. Dommen er således ikke endelig, så længe der er mulighed for at anke sagen.[523] Hvis der søgt om tredjeinstansbevilling, og der gives afslag herpå, stopper tiden med at løbe det på det tidspunkt, hvor afslaget gives, jf. Johansen v. Norge.[524]

Efter omstændighederne kan en periode efter en endelig afgørelse også tages i betragtning, hvis det fx er nødvendigt at anmode om en tvangsfuldbyrdelse af afgørelsen, jf. fx Nuutinen v. Finland[525], hvor sagsbehandlingstiden for tvangsfuldbyrdelsessagen talte med i den samlede sagsbehandlingstid.[526]

Det forhold, at der anmodes om en genoptagelse, udskyder derimod ikke afslutningstidspunktet, men hvis begæringen tages til følge, vil det kunne medføre en udskydelse af afslutningstidspunktet.[527]

Spørgsmålet er, om en sag skal betragtes som en eller to sagsperioder. Ved vurderingen af, om der er tale om én samlet periode eller flere adskilte perioder, når en sag genoptages må der skulle lægges vægt på om samtlige perioder er nødvendige for at få en afgørelse af tvisten. Denne vurdering må tage udgangspunkt i den forælders forhold, der anmoder om genoptagelse.[528]

3.3. Rimelighedsvurdering

Menneskeretsdomstolen opererer som tidligere beskrevet ikke med en absolut tidsfrist, men har i sin konventionspraksis fastslået, at der skal foretages en konkret vurdering af den enkelte sags omstændigheder med inddragelse af følgende parametre i rimelighedsvurderingen af sagsbehandlingstiden:[529]

1) Sagens karakter

2) Sagens kompleksitet, både faktuelt, processuelt og materielt[530]

3) Parternes adfærd

4) Myndighedernes adfærd

5) En helhedsbedømmelse

[523] Peer Lorenzen, 2011, side 474.
[524] Sag af 7.8.1996, § 88. Se også Moog v. Tyskland, sag af 6.10.2016, § 88.
[525] Sag af 27.6.2000, § 109.
[526] Se herom også Peer Lorenzen, 2011, side 475.
[527] Peer Lorenzen, 2011, side 475.
[528] Jf. Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 556.
[529] Se bl.a. Nuutinen v. Finland, sag af 27.6.2000, § 110 (samværs-og faderskabssag) og H. v. Storbritannien, sag af 8.7.1987 (tvangsfjernelse og samvær), § 71.
[530] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 561.

Disse parametre er således tæt på kriterierne udviklet i Ombudsmandens praksis.

Kriterierne bliver ikke prøvet på samme måde i hver sag. Nogle gange taler omstændighederne for en helhedsbedømmelse, hvor Menneskeretsdomstolen derved ikke finder, at det er nødvendigt at vurdere de enkelte forhold detaljeret.[531] Det betyder, at visse tidsmæssige udstrækninger isoleret godt kan udgøre en krænkelse af fristkravet, men helhedsbedømmelsen gør, at der den samlede sagsbehandlingstid ikke udgør en krænkelse.[532] Disse parametre kan således efter en konkret vurdering separat eller samlet lede til forskellige afgørelser.[533]

Det samlede tidsforløbet spiller i sig selv dog utvivlsomt også en væsentlig rolle. I takt med varigheden af sagsbehandlingstiden, skærpes de kontraherendes staters bevisbyrde for, at sagens konkrete omstændigheder kan retfærdiggøre sagsbehandlingstidens længde. I fx Valentin v. Danmark[534] forelå der en krænkelse af EMRK artikel 6, idet behandlingen af et konkursbo varede 17 år og 4 måneder. Det forhold, at sagen var kompleks og tidskrævende samt at alle forsinkelser i sagen kunne retfærdiggøres, var dermed uden betydning på grund af den ekstreme lange sagsbehandlingstid.[535]

Overordnet er rimelighedsbedømmelsen således en vurdering af hvilke forhold i en konkret sag, der kan retfærdiggøre en given sagsbehandlingstid.

Disse kriterier skal Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstolene følgelig have for øje ved sagsbehandlingen af forældreansvarssager.

Nedenfor beskrives de særlige forhold, der særligt har relevans for de 4 første faktorer anvendt af EMD i deres praksis, mens disse forhold set i relation til hinanden, og i relation særlige konkrete forhold, behandles under den 5. faktor, der vedrører den en samlede vurdering. Eftersom det er en samlet konkret vurdering i alle sagerne, vil der i sagens natur ikke være en klar skillelinje mellem de følgende fem afsnit.

3.3.1 Sagens karakter

Visse sagstyper kræver efter konventionspraksis en særlig hurtig sagsbehandling. Følgelig kræver alle sager, at de relevante nationale myndigheder behandler dem med omhu, men nogle sagstyper kræver altså lidt mere end almindelig omhu.[536]

Dette gælder også for forældremyndigheds-, bopæls- og samværssager. I fx Nuutinen v. Finland[537] udtalte Menneskeretsdomstolen »is thus essential that custody cases be dealt with speedily«. Det skærpede krav gælder også på tvangsfuld-

[531] Mark W. Janis m.fl.,2008, side 817
[532] Nuutinen v. Finland, sag af 27.6.2000, § 110.
[533] Pieter Van Dijk m.fl, 2006, side 610
[534] Sag af 26.3.2009.
[535] §§ 54-57.
[536] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 559.
[537] Sag af 27.6.2000, § 110.

byrdelsesstadiet, jf. fx Glaser mod Storbritannien[538] vedrørende tvangsmæssige gennemførelse af samvær. Denne skærpede forpligtelse i disse typer af sager skal ses i lyset af, at tidsfaktoren således kan have afgørende betydning for den afgørelse, der skal træffes, især de sager, hvor der ikke er kontakt med mellem barn og forælder, idet en bevaring af status qou ofte vil være barnets bedste.

Danske forældreansvarsager hører utvivlsomt på baggrund af sagernes karakter med involveringen af børn under denne kategori, jf. fx den allerede nævnte Nuutinen v. Finland[539] (forældremyndigheds- og samværssag) og Süss v. Tyskland (samværssag).[540]

Menneskeretsdomstolen sondrer mellem forskellige grader af omhu. Nogle sager kræver blot omhu (»dilligence«), mens andre sager kræver enten særlig omhu (»special dilligence«) eller ekstraordinær omhu (»exceptional dilligence«). Sidstnævnte kategori vedrører især samværssager.[541]

I andre sager nævner Menneskeretsdomstolen, at der skal lægges vægt på hvad der er på spil for klageren (»what is at stake«), og anfører i relation til familieretlige sager, at sagsbehandlingstiden kan have betydning for retten til familielivet.[542] Menneskeretsdomstolens terminologi kan variere i forhold til præciseringsgraden af de nationale myndigheders forpligtelser, men der er ikke tvivl om, at Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstolene i danske forældreansvarssager efter konventionspraksis er underlagt en skærpet forpligtelse til at sikre sagens fremme.

Menneskeretsdomstolen stiller formentlig krav om, at midlertidige afgørelser, som udgangspunkt, skal kunne afgøres hurtigt og uden unødvendige forsinkelser, jf. Bevacqua v. Bulgarien.[543] Sagen vedrørte bl.a. klagerens anmodning om at få truffet en midlertidig afgørelse om forældremyndigheden. Det havde taget den nationale domstol omkring 8 måneder at behandle denne anmodning. De første seks måneder havde den nationale domstol ikke prioriteret at behandle anmodningen, men havde i stedet behandlet anmodningen om selve skilsmissen.

Menneskeretsdomstolen udtalte, at anmodninger om midlertidige afgørelser i almindelighed skal behandles med en vis prioritet, medmindre der foreligger grunde, der kan retfærdiggøre en fravigelse. Sådanne grunde havde Menneskeretsdomstolen ikke fundet var til stede i konkrete sag. Menneskeretsdomstolen fremhævede, at klageren havde fremsat anmodningen om den midlertidige afgørelse på baggrund af anklager om, at klagerens mand og far til barnet havde en voldelig adfærd. Derfor krævede sagen således hurtigt behandling. Menneskeretsdomstolen fremhævede imidlertid også, at der følgelig skulle indhentes yderligere oplysninger om

[538] Sag af 19.9.2000.
[539] Sag 27.6.2000, § 110.
[540] Sag af 10.11.2005, § 100.
[541] Se bl.a. Moog v. Tyskland, sag af 6.10.2016, Süss v. Tyskland, sag af 10.11.2005, § 100, Nuutinen v. Finland, sag af 27.6.2000, § 110 og Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige, sag af 19.2.1998, § 39.
[542] Se bl.a. Glesmann v. Tyskland, sag § Se tillige Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 559.
[543] Sag af 12.9.2008.

disse anklager, herunder barnets velbefindende, hvorfor klageren ikke kunne forvente at få en afgørelse med det samme. Den nationale domstol havde dog således ikke opfyldt sin forpligtelse til at sikre en hurtig sagsbehandling på dette stadie af sagen. Derfor var 8 måneders sagsbehandlingstid af den midlertidige afgørelse om forældremyndighed en krænkelse af klageres ret til familieliv i EMRK artikel 8.

Grænsen for, hvor lang en sagsbehandlingstid Menneskeretsdomstolen accepterer i forhold til midlertidige afgørelser kan være svær at svare generelt på, men denne sag giver dog klar indikation på at en midlertidig afgørelse skal træffes hurtigere end en sædvanlig samværssag.

I Gobec v. Slovenien[544], omhandlende en tvist om samvær, accepterede Menneskeretsdomstolen tilsyneladende en sagsbehandlingstid på 7 måneder, hvorunder sagen i denne periode var blevet hjemvist af rekursmyndighed til fornyet behandling hos den administrative 1. instans.[545]

I Süss v. Tysland[546], der også er en samværssag, bemærkede Menneskeretsdomstolen, at »[…]as early as 13 March 1990, the court had issued an interim injunction granting the applicant access[…]«.[547] Sagsbehandlingstiden for den nationale domstols midlertidige afgørelse var ca. 5 måneder.[548] I sagen blev der ikke statueret en krænkelse.

Sagerne for Menneskeretsdomstolen vedrørte dog ikke, som Bevacqua-sagen, alene spørgsmålet om den midlertidige afgørelse, men også sagsbehandlingstiden for hele sagsforløbet. Menneskeretsdomstolen tog således ikke direkte særskilt stilling til sagsbehandlingstiden for den midlertidige afgørelse. Menneskeretsdomstolen havde i begge sager fundet, at den samlede sagsbehandlingstid overordnet set havde været rimelig taget sagen konkrete omstændigheder i betragtning.

Det kan på baggrund af ovenstående derfor sammenfattes, at sagens karakter således er et kriterium på vægtskålen, der vægter tungt, men som dog skal vurderes i sammenhængen med den absolutte sagsbehandlingstid og de øvrige kriterier.

3.3.2. Sagens kompleksitet

Sagens kompleksitet kan i nogle tilfælde retfærdiggøre en langs sagsbehandlingstid og indgår derfor i Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering. I al fald i relation til artikel 6.

Overordnet set kan kompleksiteten skyldes sagens faktiske, processuelle og/eller materielle forhold. Det er imidlertid svært at give et generelt svar på, ud fra konventionspraksis, om en konkret sag er kompleks.[549]

[544] Sag af 3.1.2014.
[545] §§ 54-59.
[546] Sag af 10.11.2005.
[547] § 101.
[548] Se §§ 19-20.
[549] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 561.

Kompleksiteten kan på den ene side positivt retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid, mens kompleksiteten på den anden side negativt kan have betydning for, at sagen burde have været behandlet hurtigere.[550] Det betyder, at sagsbehandlingstiden længde konkret kan retfærdiggøres af, at en sag fx er retligt kompleks, dvs. at det juridiske i sagen er svært og/eller der er tale om en faktisk kompleksitet, fx hvis der skal foretages stort antal vidneafhøringer. Omvendt vil det ikke retfærdiggøre sagsbehandlingstiden, hvis der i sagen ikke er komplekse forhold. Det vil sige, der ikke foreligger konkrete forhold i sagen, der taler for, at sagsbehandlingstiden har været lang.

Det skal indledningsvist bemærkes, at Menneskeretsdomstolen ikke synes at tage stilling til – om end ikke direkte – kompleksiteten af familieretlige sager, når bedømmelsen sker under EMRK artikel 8.

Der skal forholdsvis meget til før Menneskeretsdomstolen anerkender, at en sag har været kompleks, og selv, når det anerkendes, kan sagens kompleksitet i almindelighed ikke i sig selv retfærdiggøre en meget lang sagsbehandlingstid, hvilket navnlig gælder sager, hvor der har været inaktivitet.[551]

I forhold til familieretlige sager, hvor myndighederne, som beskrevet, er underlagt en skærpet forpligtelse til at fremme sagen, synes det svært ud fra domstolens præmisser at vurdere, hvorvidt der i disse sagstyper konkret anerkendes i sagen at foreligge kompleksitet.

Karakteren af kompleksiteten kan fx skyldes, at sagen er blevet behandlet i flere instanser. I Johansen v. Norge[552], der vedrørte en tvangsfjernelses- og samværssag, forelå der konkret ikke en krænkelse af EMRK artikel 6 på grund af, at sagen havde været behandlet i tre administrative instanser og to domstolsinstanser. Kompleksiteten var en medvirkede faktor i en retfærdiggørelse af den samlede sagsbehandlingstid på 1 år og 9 måneder.[553]

Sagens kompleksitet kan som udgangspunkt ikke retfærdiggøre en meget lang sagsbehandlingstid, hvor der har været døde perioder. Dette synes at fremgå implicit af nedenstående afgørelser, hvor der ikke forelå døde perioder i komplicerede sager.

I Johansen-sagen statueres der ikke en krænkelse af EMRK artikel 6 dels på grund af kompleksiteten, og dels på grund af, at alle fem instanser havde behandlet sagen med omhu, idet der ikke på nogle af stadierne i sagen havde været inaktive perioder.

I Glessmann v. Tyskland[554] fandt Menneskeretsdomstolen, på tilsvarende grundlag, sagsbehandlingstiden på 5 år og 8 måneder rimelig, idet sagen til dels var kompleks og der forelå heller ikke nævneværdige døde perioder, som kunne tilregnes myndigheder. Sagen havde verseret i tre instanser, men Menneskeretsdomsto-

[550] Peer Lorenzen, 2011, side 478.
[551] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 562.
[552] Sag af 27.6.1996.
[553] § 88.
[554] Sag af 10.1.2008.

len fremhævede ikke dette som moment, der komplicerede sagens faktiske forløb.[555]

Sagen, der vedrørte tvist om tvangsfjernelse og samværs var kompliceret som følge af antallet af personer involveret (barn, mor, far, plejefamilie, familiekonsulent, psykolog tilknyttet barn og en repræsentant for barnet, samt en sagkyndig ekspert), navnlig i forhold til barnets skrøbelige og psykiske velbefindende. Menneskeretsdomstolen havde bemærket, at det var påkrævet, at sagens faktiske omstændigheder blev oplyst via en ekspertudtalelse. Mor og far havde i den konkrete sag frivilligt anbragt barnet uden for hjemmet, hvorefter der i en periode ikke havde været samvær. På et tidspunkt ønsker mor, at samværet genetableres med henblik på at bringe anbringelsen til ophør. Far og de administrative myndighederne mente imidlertid, at det var til barnets bedste fortsat at blive i plejefamilien. Barnet havde tillige selv ytret, at hun ønskede at blive hos plejefamilien. De modsatrettede »ønsker« i sagen i forhold til vurderingen af barnets bedste har således kompliceret sagen, og fik betydning for, blandt flere momenter, at Menneskeretsdomstolen fandt, at rimelighedsgrænsen ikke var overskredet.

Dette er således en hensynstagen til, at der skal indhentes de korrekte oplysninger og foretages de nødvendige undersøgelser. Sagens fremme, der har betydning for forholdet mellem mor og barn bliver dermed i den konkrete sag hensynsafvejet over for den materielle rigtige afgørelse, hvor barnets bedste og ytringer vejer tungest.[556]

I Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige[557] fandt Menneskeretsdomstolen modsat, at sagens kompleksitet ikke kunne retfærdiggøre sagsbehandlingstiden på ca. 3 år og 3 måneder på grund af, at der havde været en død periode på 2 år og 5 måneder hos den nationale Højesteret, der afventede en afgørelse fra Menneskeretsdomstolen i en lignende national sag. Hvad sagens kompleksitet skyldes fremgår ikke implicit af Menneskeretsdomstolens, men sagen havde været igennem flere (fire) instanser som i Johansen v. Norge.[558]

I Nuutinen v. Finland[559] kunne sagens kompleksitet heller ikke retfærdiggøre sagsbehandlingstiden på 5 år og 4 måneder, idet sagen flere gange var blevet udsat. Bl.a. havde den administrative myndighed, der skulle indhente en ekspertudtalelse om hvorvidt klageren skulle have samvær med sit barn, ad to omgange bedt om udsættelse, således at i alt 17 måneder var blevet brugt for at få ekspertens bedømmelse.[560] Dog var der ikke tale om direkte inaktive perioder, men Menneskeretsdom-

[555] 85.
[556] Se § 85.
[557] Sag af 19.2.1998.
[558] Sag af 27.6.1996.
[559] Sag af 27.6.2000
[560] Menneskeretsdomstolen havde i denne forbindelse fremhævet, at udarbejdelsen af ekspertudtalelsen følgelig var kompleks, men at den administrative myndighed skulle have 8 måneder til at indhente en ny udtalelse kunne ikke retfærdiggøres, idet udtalelsen »by no means was new it«. Se § 108.

stolen udtalte, at disse perioder til indhentelse af ekspertudtalelsen havde været alt for lange.

Kompleksiteten i den konkrete sag skyldtes hovedsagelig sagsforløbet omkring tvangsfuldbyrdelsen af samvær. Afgørelsen viser i denne forbindelse, at kompleksiteten nødvendigvis ikke behøver at strække sig til samtlige stadier af sagen. Sagen var først på tidspunktet for fars anmodning om tvangsfuldbyrdelse af samværet blevet kompliceret. Mor ville ikke, efter det i en faderskabssag var fastslået, at klageren var far til barnet, og efterfølgende ved dom havde fået tildelt samvær, udlevere barnet til samvær med far. Klageren anmodede derfor adskillige gange den nationale fogedret om at tvangsfuldbyrde samværsdommen. For hver anmodning, far indgav til fogedretten, skulle barnets bedste ifølge den nationale lovgivning revurderes. Denne kontinuerlige proces gjorde, at sagen var kompleks, men kunne dog således ikke retfærdiggøre sagsbehandlingstidens længde.[561]

Parternes indbyrdes konflikt og antallet af parternes sagsskridt kan også medvirke til at komplicere sagen, jf. Wildgruber v. Germany[562]. Menneskeretsdomstolen fremhævede derudover, at sagen også var kompleks som følge af, at den nationale lovgivning forskrev, at forældremyndighedssagen og skilsmissesagen skulle behandles sammen. Det havde medført, at forældremyndighedssagen blev forsinket. Menneskeretsdomstolen fandt på denne baggrund, at der forelå en krænkelse af EMRK artikel 6.[563]

3.3.3. Parternes adfærd

Det er vigtigt at være opmærksom på, at det alene er forsinkelser, der kan tilregnes staten Danmark, som kan udgøre en krænkelse af EMRK artikel 6 og/eller artikel 8. Parternes adfærd har stor betydning for, om sagsbehandlingstiden har været rimelig. Hvis parternes adfærd har medvirket til sagens forsinkelse, kan dette svække klagen om en for lang sagsbehandlingstid. Menneskeretsdomstolen kan i sådanne tilfælde være tilbageholdende med at statuere en krænkelse.[564]

Parternes adfærd kan på forskellige måder have indflydelse på om sagen forsinkes. Manglende forligsvilje og udskiftning af advokat kan konkret svække en klage om for lang sagsbehandlingstid.

Men hvis parten fx gør brug af sine klage- og appelmuligheder, har det i sagens natur også indflydelse på sagsbehandlingstiden. Den forlængelse af sagsbehandlingstiden som vil følge heraf, tilregner Menneskeretsdomstolen dog selvfølgelig hverken klageren eller den kontraherende stat. En sådan forlængelse af sagsbehandlingstiden indgår således i rimelighedsvurderingen af den samlede sagsbehandlingstid.[565]

[561] § 111.
[562] Sag af 21.1.2010.
[563] § 59 og § 61.
[564] Pieter Van Dijk m.fl., 2006, side 607 og Mark W. Janis m.fl., 2008, side 818.
[565] Peer Lorenzen, 2011, side 479, Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 564 og Pieter Van Dijk m.fl.,2006, side 607

I fx Glesmann v. Tyskland[566] havde klageren accepteret en udsættelse på ca. 13 måneder af en afgørelse om forældremyndighed og bopæl i forbindelse med en tvangsfjernelse. Udsættelse af afgørelsen skyldtes, at barnets skulle undergives samtale med en psykolog med henblik på at finde ud om barnet skulle hjemgives til klageren. Menneskeretsdomstolens udtalte, at det ikke ville have været barnets bedste, såfremt psykologbehandlingen skulle aflyses.[567]

Modsat kan andre former for adfærd eller sagsskridt fra parternes side alene tilregnes klageren og medvirke negativt som en faktor, der gør, at Menneskeretsdomstolen overordnet finder, at sagsbehandlingstiden har været rimelig. I denne forbindelse skal det fremhæves, at Menneskeretsdomstolen kan tillægge parternes advokaters adfærd vægt, således at der sker en identifikation mellem klageren og dennes repræsentant.

I Iversen mod Danmark[568] fandt Menneskeretsdomstolen, at advokatens passivitet i høj grad havde medført, at sagen var forsinket. Advokaten havde fx ikke på noget tidspunkt under sagen modsat sig spørgsmål til Retslægerådet mv. og bad ofte om udsættelser.[569]

Hvis sagsskridtene kan hævdes ikke at have noget direkte at gøre med substansen af sagen, kan dette have indflydelse på Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering, jf. Süss v. Tyskland[570] og Gobec v. Slovenien[571], begge omhandlende samvær. I Süss-sagen var det en faktor for Menneskeretsdomstolens statuering af en ikke-krænkelse af EMRK artikel 8, at klagerens mange sagsskridt vedrørende to dommeres påståede upartiskhed, havde forsinket sagen.[572]

I Gobec-sagen blev sagsbehandlingstiden på ca. 6 år fundet rimelig i forhold til EMRK artikel 8, idet klagerens adfærd havde været den altovervejende årsag til samværssagens forsinkelse.

Klageren havde under sagens forløb foretaget mange sagsskridt, især havde han flere gange anmodet om, at de personer, der i den administrative myndighed behandlede sagen skulle diskvalificeret, herunder iværksatte han i nogle til tilfælde disciplinærsager mod dem. Han anmodede derudover, at der også skulle iværksættes auditørundersøgelse af sagsbehandlerne, som de overordnede myndigheder og domstole skulle tage stilling til. Klageren havde yderligere været skyld i, at sagen to gange skulle udsættes og tre gange var han ikke mødt op til interviews med de sagkyndige personer, der var involveret i sagen. Han havde endvidere været uenig i konklusionen af en psykolograpport og anmodede derfor om, at en ny psykolog skulle udpeges, hvilket blev imødekommet.[573] Sammenfattende vedrørte de fleste

[566] Sag af 10.1.2008.
[567] § 82.
[568] Sag af 28.9.2006.
[569] § 70.
[570] 10.11.2005.
[571] Sag af 3.10.2014.
[572] § 101.
[573] §§ 143-146.

af klagerens sagsskridt forhold, der for så vidt ikke havde noget direkte at gøre med substansen af samværssagen, dog med undtagelse af anmodningen om en ny psykolog.

Süss-sagen og Gobec-sagen viser således, at Menneskeretsdomstolen kan være tilbageholdende med at statuere krænkelse, hvor hovedårsagen til sagens forsinkelse skyldes klagers adfærd.

Hvis klagers forhold dog kun i nogen grad har forsinket sagsprocessen, og er der samtidig er forhold, der kan tilregnes myndighedernes adfærd, vil Menneskeretsdomstolen formentlig se bort fra klagerens forhold. Er der tale om sager, hvor der kræves særlig omhu fra myndighedernes side, kan der statueres krænkelse, hvor klageren også bærer en del af ansvaret for sagens forsinkelse.[574]

Dette var tilfældet i Nuutinen v. Finland[575], hvor der blev statueret krænkelse. Menneskeretsdomstolen bemærkede, at klageren til vis grad havde medvirket til sagens forsinkelse, idet han ikke havde været samarbejdsvillig i forhold til at give oplysninger om egne forhold. Der havde imidlertid også været forsinkelser under sagens behandling for den nationale domstol i 1. instans, idet sagen fire gange var blevet udsat. Menneskeretsdomstolen fremhævede, at klageren havde haft krav på en hurtig sagsbehandling vedrørende spørgsmålet om faderskab og efterfølgende tvist om samvær. På tidspunktet, hvor klageren fik ret til samvær med sin datter, var hun allerede to år. Klageren besluttede til sidst i processen at tilbagekalde sin anmodning om fastsættelse af samvær, og på dette tidspunkt var datteren 7 år. Klageren nåede derfor aldrig at have kontakt med sin datter.[576]

Sammenlignes Nuutinen-sagen med Gobec-sagen og Süus-sagen kan det ud fra en umiddelbar betragtning undre, at Menneskeretsdomstolen i sin rimelighedsvurdering i Gobec-sagen ikke har inddraget, at sagen i to tilfælde af det ansvarlige ministerium, der var rekursmyndighed, blev hjemvist til fornyet behandling hos den administrative myndighed på grund af sagsbehandlingsfejl. I det ene af tilfældene havde Ministeriet fundet sagsbehandlingsfejl i forhold til et retsmøde, der på et tidligere tidspunkt i sagen var blevet udsat, men som aldrig var blevet gennemført.[577] Hjemvisningen må derfor have forlænget sagsbehandlingstiden yderligere.

Svaret på, hvorfor Menneskeretsdomstolen ikke inddragede de disse forhold, kan være to ting. For det første, at klageren, som det er beskrevet, har foretaget mange sagsskridt, der ikke direkte omhandler substansen af sagens tvist. For det

[574] Se bl.a. også Christensen v. Danmark, sag af 22.1.2009, §§ 85-91 (patientskade), hvor klageren havde medvirket til sagens forsinkelse bl.a. ved advokatudskiftning 8 gange. Menneskeretsdomstolen statuerede dog på trods heraf en krænkelse af EMRK artikel 6, idet der bl.a. var lange berammelsestider for landsretten og Højesteret. I A. m.fl. v. Danmark, sag af 8.2.1996 (Bløder-sagen) fandt de dissenterende dommere ikke, modsat flertallet, at rimelighedsgrænsen for sagsbehandlingstiden i henhold til EMRK artikel 6 var overskredet, idet forsinkelserne i sagen i høj grad kunne tilskrives klagerne og disses advokater. Se tillige Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 564 f..

[575] Sag af 27.6.2000.

[576] § 112 og § 118.

[577] § 54 og § 70.

andet fremgår det af sagens oplysninger, at klageren, for så vidt angår en del af sagsprocessen, har haft samvær med sin datter, om end ikke på regulær basis, og det fremgår også, at klageren flere gange var skyld i, at samværet ikke fandt sted.[578] I Süss-sagen havde klageren også i en periode under sagens forløb haft samvær.[579] I Nuutinen-sagen havde klageren modsat ikke set sin datter.

Sammenfattende kan det således indgå i Menneskeretsdomstolens vurdering, hvem der bærer hovedansvaret for sagens forsinkelse, herunder imidlertid også sagens karakter, hvor Menneskeretsdomstolen ser på, om der ikke har været kontakt mellem forælder og barn. I sådanne situationer, vil de relevante retsanvendende myndigheder formentlig ofte skulle bære det samlede ansvar for sagens forsinkelse.

3.3.4. Myndighedernes adfærd

Det er som beskrevet kun forsinkelser, der kan tilregnes staten Danmark, som kan danne grundlag for en krænkelse af rimelig frist-kravet.[580] Staten Danmark er under ét ansvarlig for en lang sagsbehandlingstid. Det betyder, at staten er ansvarlig for forsinkelser, der kan tilregnes Statsforvaltningen, Ankestyrelsen, domstolene og andre relevante myndigheder, der indirekte er involveret i sagen. Der foreligger således en ex officio menneskeretlig forpligtelse til sikre, at forældreansvarssager bliver fremme med den fornødne hurtighed.[581]

Neden behandles først danske klagesager, der således ikke vedrører forældreansvarssager, hvor der har været menneskeretlige problematikker med sagsbehandlingstiden. Herefter behandles den familieretlige konventionspraksis, der vedrører andre medlemsstater.

3.3.4.1. Problematikker fra dansk ret

I fx Kurt Nielsen v. Danmark[582] udtalte Menneskeretsdomstolen: »The Contracting Parties, are… also responsible for delays attributable to public-law organs, like municipal authorities, which – although they are not organs of the State – perform official duties assigned to them by law«.[583] I den konkrete sag, der omhandlede en klager, der søgte erstatning fra sit forsikringsselskab efter en bilulykke, blev sagen på klagerens anmodning udsat på afventning fra en udtalelse fra Arbejdsskadestyrelsen. Menneskeretsdomstolen fandt, at Arbejdsskadestyrelsens lange sagsbehandlingstid havde medvirket til sagens forsinkelse, og dette var en betydelig årsag til, at der forelå krænkelse af EMRK artikel 6.[584]

Danmark er også blev dømt for langsommelig sagsbehandlingstid, hvor sagsbehandlingstiden hos Procesbevillingsnævnet i høj grad medvirkede til, at to straffe-

[578] Se § 29, § 58 og § 144.
[579] Se § 101.
[580] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 565 og Pieter Van Dijk m.fl., 2006. side 607.
[581] Sml. med kapitel 3, afsnit 2.1. Jf. også Peer Lorenzen, 2011, side 469.
[582] Sag af 15.2.2000.
[583] § 25.
[584] §§ 26-27.

sager blev forsinket, jf. Moesgaard Petersen v. Danmark[585] og Hasslund v. Danmark.[586] Det havde taget Procesbevillingsnævnet 1 år og 8 måneder at behandle klagernes sager, hvorunder sagerne ved en fejltagelse i 8 måneder havde lagt i stakken og ventede

For det andet er det uden betydning for statens ansvar, herunder domstolenes ansvar, at en sag er underlagt forhandlingsmaksimen i henhold til retsplejelovens § 338. Forhandlingsmaksimen fritager således ikke staten Danmark for at sikre, at civile sager afgøres inden for en rimelig frist i henhold til EMRK artikel 6. Dette blev fastslået i A. m.fl. v. Danmark[587] (Bløder-sagen).[588] Menneskeretsdomstolens fortolkningsprincipper om reel og effektiv beskyttelse og om positive handlepligter kommer således til udtryk her.[589]

Lange berammelsestider kan i nogle tilfælde også være problematisk i forhold til kravet om rimelig frist. Dog skal berammelsestiden ses i forhold til den samlede sagsbehandlingstid. I både A m.fl. mod Danmark (Blødersagen)[590] og Christensen v. Danmark[591] blev landsrettens og Højesterets berammelsestider kritiseret. I Christensen-sagen fremhævede Menneskeretsdomstolen, at landsrettens og Højesterets berammelsestid begge på 10 måneder ikke i sig selv var tilstrækkelig lange til at være problematiske i forhold til EMRK artikel 6, men at de dog havde medvirket til, at sagen var blevet forsinket. Der blev således i begge sager statueret en krænkelse.

Andre generelle principper vedrørende de nationale myndigheders forhold end det er behandlet ovenfor, og som anføres at gælde uafhængigt af den konkrete danske lovgivning, kan også udledes af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis. Nedenstående problematikker har relevans for en rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden i danske forældreansvarssager.

3.3.4.2. Nationale tidsfrister

Det er tilsyneladende ikke afgørende, at en national tidsfrist er overskredet, jf. Gobec v. Slovenien[592]. Det fremgår af sagens oplysninger, at den nationale forvaltningsdomstol ikke havde truffet sin afgørelse inden for den lovgivningsmæssige frist på 60 dage.[593] Menneskeretsdomstolen inddrog ikke dette forhold i sin rimelighedsvurdering, hvilket formentlig kan ses i lyset af, at det følger af konventionspraksis, at en manglende overholdelse af tidsfrist ikke i sig selv krænker EMRK ar-

[585] Sag af 11.12.2008, § 48.
[586] Sag af 11.12.2008, § 46.
[587] Sag af 8.2.1996.
[588] § 71.
[589] Se også kapitel 3, afsnit 5.1.
[590] Sag af 8.2.1996, § 81.
[591] Sag 22.1.2009, § 96.
[592] Sag af 3.1.2014.
[593] §§ 40-41.

tikel 6, jf. fx G. v Italien[594], der dog ikke vedrører forholdet mellem barn og forælder, men efterbetaling af løn.

3.3.4.3. Sagkyndige personers deltagelse i sagen

De nationale retsanvendende myndigheder har en forpligtelse til efter EMRK at sikre sig, at sagkyndige personer, der skal komme med ekspertudtalelser, også laver sit arbejde med særligt omhu, og sørger for en hurtig sagsbehandling, jf. fx Nuutinen v. Finland[595]. Her kritiserede Menneskeretsdomstolen, at den nationale domstol havde accepteret, at en administrativ myndighed havde brugt henholdsvis 8 og 9 måneder til forberedelsen af en ekspertudtalelse.

Indhentelse af en ekspertudtalelse kan i andre tilfælde være med til at retfærdiggøre en, samlet set, lang sagsbehandlingstid, dog under forudsætningen af, at den retsanvendende myndighed afventer udtalelsen, inden der træffes afgørelse. Dette var ikke tilfældet i samværssagen Moog v. Germany[596], hvor Menneskeretsdomstolen statuerede en krænkelse af EMRK artikel 8, fordi den nationale domstol flere gange havde udsat afgørelsen af sagen.[597]

3.3.4.4. Døde perioder

Menneskeretsdomstolen lægger endvidere stor vægt på, om der har været døde perioder, dvs. inaktivitet under sagens behandling, som de retsanvendende myndigheder har været skyld i.

Perioder, hvor sagen venter i stakken hos Statsforvaltningen, Ankestyrelsen eller domstolene, kan således være medvirkende til, at Menneskeretsdomstolen finder, at rimelighedsgrænsen er overskredet. Der er en forklaringsproblem, hvor sådanne perioder har fundet sted.[598]

I W. v. Storbritannien[599], der vedrører tvist om tvangsfjernelse og samvær bemærkede Menneskeretsdomstolen, dog som en subsidiær faktor i forhold til retfærdigheden af det samlede sagsforløb, at en sagsbehandlingstid på ca. 9 måneder var problematisk i forhold til EMRK artikel 8. Sagsbehandlingstiden havde betydet en yderligere adskillelse mellem barn og forælder, hvilket omvendt resulterede i, at forholdet mellem barn og plejefamilie blev udviklet. Årsagen til sagsbehandlingstidens længde var primært, at myndighederne havde valgt at starte to sagsprocesser op vedrørende tvangsfjernelsen og havde været ca. 3 måneder om at beslutte hvilke sagsskridt de skulle foretage. Det må formodes, at der havde været en død periode. Menneskeretsdomstolen bemærkede i al fald, at myndighedernes ubeslutsomhed

[594] Sag af 27.2.1992, § 17. Se også Peer Lorenzen, 2010, side 488.
[595] Sag af 27.6.2000, § 108 og § 117.
[596] 6.10.2016.
[597] §§ 90-92.
[598] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 569.
[599] Sag af 8.7.1987.

havde medført forsinkelsen i sagen. Menneskeretsdomstolen statuerede en krænkelse af EMRK artikel 8, idet den samlede sagsproces ikke havde været retfærdig.

Der formentlig gælder en absolut grænse for, hvor lang inaktivitet, der tolereres, hvorunder sagens karakter og varighed i øvrigt spiller en rolle. Grænsen i en forældremyndighedssag synes fx at være lavere (1 år og 5 måneder) end i andre civile sager, jf. Figuerido Simões v. Portogal.[600] I Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige[601] udgjorde den inaktive periode på ca. 2 år og fem måneder i sig selv en krænkelse.

Foreligger der dog ingen døde perioder, kan det modsat medføre, at der ingen krænkelse er, uanset hvor lang sagsbehandlingstiden er. Der kan omvendt også blive statueret krænkelse, hvis sagsbehandlingstiden ikke er uforholdsmæssig lang, men der foreligger døde perioder. Visse perioder med inaktivitet kan være så kritisable, at der ses bort fra andre perioder, der eventuel kan skyldes klagerens adfærd.[602]

3.3.4.5. Afventning af udfaldet på en anden sag

Hvis en sag bliver udsat i afventningen af udfaldet på en anden sag, vil den medfølgende forsinkelse under visse omstændigheder kunne medføre en krænkelse. Menneskeretsdomstolens udgangspunkt er dog tilsyneladende, at sådanne forsinkelser ikke ville kunne begrunde en krænkelse, idet EMRK også stiller krav om forsvarlig retspleje.[603]

I Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige[604] statuerede Menneskeretsdomstolen imidlertid en krænkelse af EMRK artikel 6. Der var gået ca. 2 år og 5 måneder fra sagen blev afgjort ved den nationale domstol i 1. instans til den nationale Højesteret i 3. instans stadfæstede de underordnende domstoles afgørelse om, at klagerens samvær skulle begrænses til 2 ½ time pr. 14 dag. Årsagen til den lange sagsbehandlingstid hos den nationale Højesteret var, at domstolen afventede en afgørelse fra Menneskeretsdomstolen i en lignende national sag.[605]

I en lignende situation blev der i Wildgruber v. Germany[606] også statueret en krænkelse. Den nationale lovgivning foreskrev, at en forældremyndigheds- og skilsmissesag skulle behandles sammen, hvilket medførte, at forældremyndighedssagen blev forsinket. Menneskeretsdomstolen anførte i denne sammenhæng: » […]it may, as a rule, be in the interest of the proper administration of justice to decide on all matters linked to the divorce of a couple simultaneously«, men at foræl-

[600] Jf. Peer Lorenzen, 2011, side 492. Afgørelsen findes alene på fransk. Se sag af 30.1.2003.
[601] Sag af 19.2.1998.
[602] Jf. Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 568.
[603] Jf. Peer Lorenzen, 2011, side 484 og Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 567.
[604] Sag af 19.2.1998.
[605] §§ 21-22 og § 42.
[606] Sag af 21.1.2010.

dremyndighedssagen dog skulle behandles med særlig omhu og dermed en hurtigere sagsbehandling.[607]

3.3.4.6. Hjemvisning til fornyet behandling i en lavere instans

Hjemvisning af sager til fornyet behandling i en lavere instans på grund af processuelle fejl kan også medføre en krænkelse i sig selv. Dog kan hjemvisning være sket flere gange uden, at det i sig selv medfører en krænkelse. I Gobec v. Slovenien[608] havde det således ikke betydning for Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering, at sagen to gange var blevet hjemvist til fornyet behandling.[609]

3.3.4.7 Vurdering af de enkelte stadier i sagen

Menneskeretsdomstolen synes overordnet set at foretage en meget indgående vurdering af, om sagen på de enkelte stadier er blevet fremmet med den fornødne hurtighed.[610]

I fx Moog v. Tyskland[611] bemærkede Menneskeretsdomstolen, at den nationale familiedomstol var ansvarlig for forsinkelser på sagens indledende stadie, herunder at gik der fem måneder fra sagen blev anlagt ved familiedomstolen, til der blev afholdt et retsmøde. Det havde taget tre måneder at indhente en vidneforklaring, og sagen var blevet udsat i 8 måneder for at indhente en ekspertudtalelse.[612]

I fx Johansen v. Norge[613] forelå der ikke en krænkelse, idet Menneskeretsdomstolen fandt, at hver enkelt instans havde behandlet sagen med særligt omhu.[614] Modsat havde Menneskeretsdomstolen i Wildgruber v. Tyskland[615] fundet, at sagen var blevet behandlet med særlig omhu af appeldomstolen og forfatningsdomstolen, mens dette ikke var tilfældet med den nationale domstol i 1. instans.[616] I denne sag blev der statueret krænkelse.

Det kan også blive tillagt vægt, om de nationale retsanvendende myndighed har bestræbt på at indgå forlig mellem parterne, jf. Süss v. Tyskland[617], hvor den natio-

[607] § 59 og § 61.
[608] Sag af 3.1.2014.
[609] Se i den forbindelse Peer Lorenzen, 2011, side 484, der anfører, at hjemvisninger, der sker mere en gang jævnligt fører til krænkelse.
[610] Jf. bl.a. Wildgruber v. Tyskland, sag af 21.1.2010, §§ 58-61, Süss v. Tyskland, sag 10.11.2005, §§ 101-103. Nuutinen v. Finland, sag af 27.6.2000, §§ 107-120, Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige, 19.2.1998,§ 42 og Johansen v. Norge, sag af 27.6.1996, § 88.. Se også Peer Lorenzen, 2011, side 482
[611] Sag af 6.10.2016.
[612] § 90.
[613] Sag af 27.6.1996.
[614] § 88.
[615] Sag af 21.1.2010.
[616] 61.
[617] 10.11.2005.

nale domstol to gange havde forsøgt at få parterne til indgå en frivillig aftale, men hvor det kun var lykkedes én gang.[618] Dette vil tælle positivt som en faktor, der kan retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid.

Nationale domstole har også en forpligtelse til at sikre sagens fremme på fuldbyrdelsesstadiet. I fx Glaser mod Storbritannien[619] vedrørende tvangsfuldbyrdelse af samvær, havde alene fogedsagen varet i 3 år og 11 måneder. Menneskeretsdomstolen foretog en vurdering af de enkelte stadier og tidsperioder i fogedsagen. Efter en helhedsbedømmelse blev der ikke statueret en krænkelse af EMRK artikel 8, idet den lange sagsbehandlingstid ikke kunne tilregnes den nationale domstol, men hovedsagelig barnets moders adfærd ved ikke at ville udlevere barnet til samvær. Menneskeretsdomstolen fandt, at den nationale domstol havde foretaget de nødvendige skridt i den konkrete sag og kunne ikke gøre mere. Dog havde den nationale domstol ikke fundet det nødvendigt at iværksætte fængselsstraf for moderens adfærd.[620]

Menneskeretsdomstolens resultat skal ses i relation til, at de kontraherende stater har en skønsmargin i forhold til at foranstalte nødvendige skridt med henblik på en tvangsfuldbyrdelse. Det er ikke sikkert, det er barnets bedste, at der skal ske magtanvendelse for at fuldbyrde et samvær.

Menneskeretsdomstolens vurdering af de enkelte stadier gør det således nemmere at foretage en konkret helhedsbedømmelse af, om en lang sagsbehandlingstid overordnet set kan tilregnes myndighedernes adfærd eller om myndighederne har udvist den særlige grad om af omhu, som EMRK artikel 6 og 8 kræver.

3.3.5. Helhedsbedømmelse

Menneskeretsdomstolens vurdering af de ovennævnte kriterier sker som udgangspunkt på baggrund af en helhedsbedømmelse af sagens forløb, som det også kendes fra Menneskeretsdomstolens øvrige konventionspraksis.[621] I dette afsnit sammenholdes disse ovenstående kriterier, herunder med andre særlige forhold.

I nogle sager vil Menneskeretsdomstolens begrundelse for at statuere krænkelse være kortfattet, idet der bliver lagt på denne helhedsbedømmelse. Dette kan betyde, at Menneskeretsdomstolen i nogle sager fx tillægger parternes adfærd og andre forhold, som har været en medvirkende faktor til sagsbehandlingstiden mindre betydning eller i al fald ikke vurderer dem særskilt. Den samlede sagsperiode kan være afgørende både, når den har været kort, og når den har været for lang.

[618] § 101.

[619] Sag af 19.9.2000. Se også Nuutinen v. Finland, sag af 27.6.2000, §§ 122-138, hvor der ikke blev fundet en krænkelse af EMRK artikel 8, idet Menneskeretsdomstolen fandt, at de nationale myndigheder har foretaget de nødvendige skridt for at kunne gennemføre en tvangsfuldbyrdelse af samvær (dissens 4-3). Sagsbehandlingstiden for fogedsagen indgik dog i Menneskeretsdomstolens samlede bedømmelse af, at der forelå en krænkelse af rimelig frist kravet efter EMRK artikel 6.

[620] §§ 71-87.

[621] Dette fortolkningsprincip er behandlet i kapitel 4, afsnit 1.4.

Med andre ord, kan det fx være, hvor sagsbehandlingstiden i sig selv enten ikke giver anledning en konflikt med EMRK artikel 6 og/eller 8, eller hvor sagsbehandlingstiden har været urimelig lang.[622] I fx Hoppe v. Tyskland[623] bemærkede Menneskeretsdomstolen blot, at sagen havde været behandlet med særligt omhu, idet sagsbehandlingstiden var kortere end fem måneder.[624]

Menneskeretsdomstolen vil formentlig være tilbageholdende, hvor der ikke har været inaktive perioder eller andre forhold, der kan tilregnes de retsanvendende myndigheder, og hvor sagsbehandlingstiden i forhold til antallet af instanser er relativ kort, jf. Johansen v. Norge.[625] Her var sagsbehandlingstiden 1 år og 9 måneder for 5 instanser og krænkelse blev ikke statueret.

Et essentielt forhold, der synes at gentage sig i Menneskeretsdomstolens helhedsbedømmelse i sager, der involverer forholdet mellem barn og forælder er, om klageren har haft kontakt med eller samvær med barnet.

Som udgangspunkt synes det generelt set at kunne udledes, at i de sager, hvor klageren ikke har haft kontakt eller samvær med barnet – og hvor de retsanvendende myndigheder helt eller delvist har haft ansvaret for forsinkelse – medfører dette en krænkelse, jf. bl.a. Moog v. Tyskland[626], Nuutinen v. Finland[627], og Wildgruber v. Tyskland[628] og W. v. Storbritannien.[629]

Omvendt synes der at kunne spores en vis tendens i form af, at Menneskeretsdomstolen også er mere tilbageholdende med statuere krænkelse i tilfælde, hvor klageren har haft kontakt eller samvær med barnet – om end det kun har været af begrænset omfang eller kun for en del af sagsforløbet, og hvor klageren også har medvirket til sagens forsinkelse, jf. bl.a. Gobec v. Slovenien[630], Süss v. Tyskland[631] og Glesmann v. Tyskland[632].

Dette betyder, at Menneskeretsdomstolen i nogle sager accepterer en sagsbehandlingstid på op til ca. 6 år (Gobec-sagen) og 5 år og 8 måneder (Glesmann-sagen). Det kan ikke umiddelbart udledes af Süss-sagen, fra Menneskeretsdomstolen har beregnet sagens start, men der ses umiddelbart at have været en sagsbehandlingstid på op til ca. 8 år, hvorunder der dog på et tidspunkt blev indgået forlig om samværsspørgsmålet. Det er ikke til at vide om perioden vedrørende forliget er talt med.

[622] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 571
[623] Sag af 5.12.2002.
[624] § 54. Se også Menneskeretsdomstolens kortfattede bedømmelse i Johansen v. Norge, sag af 27.6.1996 § 88.
[625] Sag af 27.6.1996.
[626] Sag af 6.10.2016.
[627] Sag af 27.6.2000
[628] Sag af 21.1.2010.
[629] Sag af 8.7.1987.
[630] Sag af 3.1.2014.
[631] Sag af 10.11.2005.
[632] Sag af 10.1.2008.

I Glessmann-sagen og Gobec-sagen skal det bemærkes, at børnene havde givet udtryk for ikke at ville kontakt med deres forældre, hvilket også ud fra en helhedsbedømmelse kan have spillet en om end mindre rolle Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering.

Glessman-sagen blev afsagt med dissensen 4-3. Denne dissens skal ses i lyset af flere faktorer. For det første var tvangsfjernelsen af barnet oprindeligt set en frivillig anbringelse i forbindelse med klagerens skilsmisse. Der var således tale om en foreløbig foranstaltning, der sidenhen blev til en permanent løsning. Den lange sagsbehandlingstid på 5 år og 8 måneder har alt andet lige haft betydning for barnets ønske om ikke at blive hjemgivet til mor, hvilket Menneskeretsdomstolen også selv synes at have antydet i sin afgørelse.[633] For det andet havde den nationale appeldomstol indrømmet, at »the alienation between the applicant and her daughter had to a substantial degree been caused by the period of time which had elapsed since her placement in the foster family, which was originally planned as a short-time measure. The proceedings could and should have been conducted in a considerably more stringent way«.[634]

En sagbehandlingstid på næsten 6 år – for tre instanser – under disse omstændigheder synes ikke at være en rimelig sagsbehandlingstid, også selv om der ikke har været nogle døde perioder under sagens behandling eller andre forhold, der i øvrigt kunne tilregnes de retsanvendende myndigheder. Sammenlignes Glesmann-sagen med Johansen-sagen var sagsbehandlingstiden i sidstnævnte afgørelse således 1 år og 9 måneder for fem instanser. Præjudikatværdien af denne afgørelse må også henset til den forholdsvis store dissens at være lille.

På baggrund af ovenstående kan det derfor konkluderes – set med menneskeretlige øjne – at sagens konkrete omstændigheder bestemmer, hvornår en sagsbehandlingstid har været rimelig, enten ud fra en konkret helhedsbedømmelse eller ud fra en enkelt død periode, der konkret medfører en krænkelse i sig selv.

4. Sammenfatning

I dansk ret findes alene én lovbestemt tidsfrist og to administrative fastsatte tidsfrister gældende for sagsbehandlingstiden af konkrete afgørelsestyper i forældreansvarssager. Disse frister er de eneste formelle tidsfrister, der har som formål at sikre en hurtig og rimelig sagsbehandlingstid i forældreansvarssager i dansk ret. Der kan være et overordnet hensyn bag få lovregulerede sagsbehandlingstider for alle typer af forældreansvarssager. Det er den enkelte sags konkrete omstændigheder, der bliver og bør være udslagsgivende for sagsbehandlingstidens længde, herunder om den har været rimelig.

Der er dog implicit i det danske retssystem et ønske om at en forældreansvarssag kan afgøres inden for en rimelig frist. Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstolene arbejder ud fra nogle interne sagsbehandlingsfrister, der har som formål

[633] § 85.
[634] § 55.

at sikre kortere og rimelige sagsbehandlingstider. Rimelige sagsbehandlingstider er derudover i iboende i den gode forvaltningsskik, som er udviklet i praksis fra Folketingets Ombudsmand, ligesom EMRK, der er inkorporeret i dansk ret, også kræver, at sager afgøres inden for en rimelig frist.

Det kan i den forbindelse konkluderes, at der i vid udstrækning inddrages de samme parametre i rimelighedsvurderingen fra henholdsvis Ombudsmandens praksis og Menneskeretsdomstolens praksis. Disse parametre kan med terminologien fra Menneskeretsdomstolens praksis konkluderes overordnet set at være sagens karakter, sagens kompleksitet, myndighederne og parternes adfærd og en samlet konkret helhedsbedømmelse. Parametrene er udtryk for en række forskellige hensyn, der skal tages i betragtning, og som kan trække i forskellige retninger, hvorfor der ikke gælder en absolut tidsfrist.[635] Det er forskellige hensyn og parametre, og ikke en absolut sagsbehandlingstid, som afgør om en sagsbehandlingstid har været rimelig. Der skal foretages en konkret vurdering i den enkelte forældreansvarssag.

Afgørende er i denne forbindelse selve beregningen af den tidsfrist, der skal underlægges en rimelighedsvurdering. Mens kravet om god forvaltningsskik alene gælder for sagsbehandlingstiden ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, er de menneskeretlige krav rettet mod alle retsanvendende myndigheder, herunder domstolene. Staten Danmark er derfor under ét ansvarlig for den samlede sagsbehandlingstid, da fristberegningen som hovedregel inddrager hele sagen. Det vil sige, at fristkravet principielt og reelt set også har betydning for, og stiller krav om sagsbehandlingens varighed i en forældreansvarssag i Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, uanset om det er EMRK artikel 6 eller 8, der finder anvendelse.

Afgørende og konkluderende for Statsforvaltningens, Ankestyrelsens og domstolenes forpligtelser i forældreansvarssager er sagens karakter som det vigtigste hensyn på grund af risikoen for, at tidsfaktoren kan få betydning for den materielle afgørelse, hvilket direkte er forudsat i Menneskeretsdomstolens konventionspraksis, men som må formodes også at indgå om moment i Ombudsmandens praksis om god forvaltningsskik. Det er et krav, at Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstolene behandler forældreansvarssager med en særlig omhu og hurtighed.

Der er forskellige faktorer indeholdt i de overordnede parametre, der i kombination eller isoleret set, kan retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid eller omvendt ikke retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid. En lang sagsbehandlingstid i en forældreansvarssag kan derfor, på trods, af sagernes særlige karakter, og de skærpede krav, der stilles til sagsbehandlingstiden, efter sagens konkrete omstændigheder retfærdiggøres.

Konkluderende skal der tages henholdsvis positive og negative faktorer i betragtning, når sagsbehandlingstidens rimelighed skal underlægges en vurdering.

De positive faktorer, der i en helhedsbedømmelse kan retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid, er kompleksiteten af sagen, enten af retlig eller faktisk karakter, forligsbestræbelser, tidskrævende sagsskridt som fx en børnesagkyndig under-

[635] Jf. også Peer Lorenzen, 2011, side 488.

søgelse samt ikke samarbejdsvillige parter, der selv bærer en stor del af skylden for den lange sagsbehandlingstid.

De negative faktorer, der i en helhedsbedømmelse ikke kan retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid er hvis sagen efter sin karakter kræver en hurtig sagsbehandling, og der foreligger døde perioder, hvis der er lange berammelsestider og/eller hvis sagen mere end én gang hjemvises til en lavere instans til fornyet behandling.

Der kan imidlertid konkluderes at bestå en væsentlig forskel i parametrene fra Ombudsmanden og fra Menneskeretsdomstolen

Menneskeretsdomstolen tillægger det ikke betydning, om nationale tidsfrister er overholdt, hvorimod Ombudsmanden under angivne betingelser kan finde manglende overholdelse heraf kritisabelt og i strid med god forvaltningsskik. Ombudsmandens praksis vil derfor i de tilfælde, hvor lovbestemte eller interne tidsfrister ikke er overholdt kunne give en bedre beskyttelse end EMRK.

Afgørende og konkluderende findes der således forskellige målestokke for en sagsbehandlingstids rimelighed, men det er dog ikke alle, der er retligt bindende. De interne sagsbehandlingsfrister er hverken retlige eller bindende. Ombudsmandens udtalelser og de årlige beretninger er ikke retlige bindende, ligesom det kan diskuteres om god forvaltningsskik, og de parametre, der indgår heri for rimelighedsvurderingen af sagsbehandlingstiden er af retlig karakter. Dog er ingen tvivl om, at der er tale om en objektiv målestok, som må forventes at blive fulgt af Statsforvaltningen og Ankestyrelsen. EMRK's krav rimelig frist og den dertilhørende konventionspraksis, kan derfor i realiteten konkluderes at være den eneste retlige bindende norm i dansk ret for, hvad en rimelig sagsbehandlingstid og som gælder for forældreansvarssagens samlede forløb.

Dette betyder, at i de tilfælde, hvor den øvrige danske ret ikke regulerer eller yder en (tilsvarende) beskyttelse af kravet om rimelig frist, vil EMRK »samle« op herpå. EMRK danner med andre ord den overordnede retlige ramme for, at forældreansvarssager skal afgøres inden for en rimelig sagsbehandlingstid

Kapitel 7

»Rimelige« sagsbehandlingstider i Statsforvaltningen og Ankestyrelsen

Sagsbehandlingstiden er en vigtig faktor i relation til at sikre barnets bedste, idet en afgørelse ofte vil have udgangspunkt i at fastholde status quo for barnet. Tidsfaktoren kan derfor få betydning for sagens udfald, og den materielle afgørelse, der skal træffes, hvis sagsbehandlingstiden strækkes unødigt.

Formålet med dette kapitel er at illustrere problematikker i relation til spørgsmålet om i hvilket omfang, der er en reel konkret ret til en rimelig sagsbehandlingstid i en forældreansvarssag. En generel besvarelse heraf kan, som nævnt, være svær. Det er en konkret vurdering, hvorvidt sagsbehandlingstiden i en forældreansvarssag har været rimelig.[636]

Der redegøres for sagsprocessen i forældreansvarssager i Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, herunder de relevante sagsbehandlingsregler, der har eller kan få indflydelse på sagsbehandlingstiden og barnets bedste på de enkelte steder i sagsprocessen. Dette understøttes af statistisk materiale.

I redegørelsen inddrages fra kapitel 6 den formelle ret til en rimelig sagsbehandlingstid, dvs. Ombudsmandens og Menneskeretsdomstolens praksis, der anvendes til en analyse og vurdering af hvilke sagsskridt, der positivt eller negativt kan medvirke til en rimelig, henholdsvis urimelig sagsbehandlingstid.

I denne forbindelse anvendes en case. Formålet hermed er, at den netop skal være med til at illustrere hvilke problematikker, der kan forekomme i praksis, ved de enkelte sagskridt i sagsprocessen i forældreansvarssager, herunder forhold, som ikke fremgår af eller bliver direkte taget højde for i forældreansvarsloven.

1. Den processuelle ramme

I dette kapitel gennemgås den processuelle ramme for sagsbehandlingen af forældreansvarssager for i store træk at give til indblik i, hvad der kendetegner sagsbehandlingen. Den praktiske sagsoplysning gennemgås først kort, hvorefter der redegøres for de forskellige og sideløbende sagsprocesser, der kan opstå. Afslutningsvis i afsnittet redegøres for reformændringer på området, der har haft til formål at sikre effektivteten i sagsbehandlingen af forældreansvarssagerne

1.1. Den praktiske sagsoplysning

Den overordnede processuelle ramme for sagsbehandlingen af forældreansvarssager er officialprincippet (undersøgelsesprincippet). Officialprincippet kan beskrives

[636] Se herom kapitel 6, afsnit 2 og afsnit 3.

som et grundlæggende princip i forvaltningsretten, der foreskriver, at den enkelte forvaltningsmyndighed, eventuelt i samarbejde med andre myndigheder skal fremskaffe de fornødne oplysninger om de foreliggende sager eller dog foranledige at private, navnlig parterne, yder medvirken til sagens oplysning.[637]

Det påhviler derfor Statsforvaltningen (og Ankestyrelsen) at sikre, at forældreansvarssager er tilstrækkelige oplyste forinden afgørelser træffes. Den forælder, der rejser en forældreansvarssag er også forpligtet til at fremskaffe de nødvendige oplysninger og medvirke til sagens oplysning. Dette er tillige direkte forudsat i lovbemærkningerne til forældreansvarsloven, jf. nærmere herom neden for i afsnit 1.3.

Officialprincippet er ikke lovfæstet. Det gælder derfor på ubestemt grundlag. En tilsidesættelse heraf vil dog kunne medføre, at afgørelsen bliver ugyldighed, idet princippet hører til de såkaldte garantiforskrifter. Iagttagelsen af officialprincippet har derfor væsentlig betydning for afgørelsens lovlighed og rigtighed.[638] Formål med princippet er således at bidrage til at sikre, at forvaltningsmyndighedernes afgørelser bliver materielt lovlige og rigtige.[639]

Statsforvaltningen og Ankestyrelsens overordnede forpligtelse i denne sammenhæng er således at sikre, at der foreligger et tilstrækkeligt oplysningsgrundlag for, at afgørelsen kan træffes ud fra barnets bedste i henhold til forældreansvarslovens § 4.

Den uskrevne oplysningsforpligtelse gælder som udgangspunkt ved siden af eventuelle regler herom i de enkelte love.[640] For forældreansvarssagers vedkommende gælder der særlige regler om oplysningsforpligtelsen i forældreansvarsloven, jf. lovens kapitel 6, der bl.a. regulerer de vigtige regler om iværksættelse af børnesagkyndig undersøgelse og indhentelse af børnesagkyndige erklæring samt inddragelse af barnet for at belyse barnets perspektiv.

Sagsbehandlingen og oplysningsforpligtelsen sker derudover gennem møder med parterne og skriftlig behandling. Det er en ikke obligatorisk for parterne at deltage i alle møder, og Statsforvaltningen har også mulighed for at udelukke parterne fra at deltage i nogle møder.

Det er ikke muligt at føre vidner, men der vil i nogle tilfælde være muligt at fremlægge skriftlige erklæringer fra vidner. Høring af andre myndigheder indgår også i sagsoplysningen.

Derudover råder Statsforvaltningen endvidere i sin sagsbehandling over en række forskellige værktøjer, der alle har fokus på at hjælpe parterne, enten gennem en

[637] Jf. Hans Gammeltoft-Hansen, Jon Andersen, Morten Engbeg, Kaj Larsen, Karsten Loiberg og Jens Olsen, *Forvaltningsret*, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2002, side 447. Se om undersøgelsesprincippet fx også Karsten Revsbech, Carl Aage Nørgaard og Jens Garde, *Forvaltningsret, Sagsbehandling*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 7.udg., 2014, side 145 f. Se om sagens oplysning også Steen Rønsholdt, *Forvaltningsret*, 4. udg., Karnov Group, 2013, side 367 ff.

[638] Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., 2002, side 447. Se nærmere herom i kapitel 9, afsnit 4.

[639] Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., 2002, side 449.

[640] Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., 2002, side 448.

konfliktløsende eller en støttende funktion. Nogle af disse værktøjer har samtidig fokus på at forbedre Statsforvaltningens afgørelsesgrundlag. [641]

Sagsbehandlingen af forældreansvarssager ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen er endvidere reguleret af en række almene forvaltningsretlige regler (fx forvaltningsloven, offentlighedsloven, persondataloven) og kravet om god forvaltningsskik. Der er tale om generelle retsgarantier, som til dels er udviklet med et oprindeligt udgangspunkt i domstolsprocessen.[642] Reglerne sikrer derfor på nogle punkter samme processuelle retsgarantier som hos domstolene, fx kravet om kontradiktion og begrundelse af afgørelser.

1.2. Forskellige og sideløbende sagsprocesser

Sagsbehandlingen af forældreansvarssager kan udmønte sig i forskellige og sideløbende sagsprocesser navnlig på grund af kompetencefordelingen mellem Statsforvaltningen og domstolene.

Anmodning om Statsforvaltningens afgørelse af sager om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær skal indgives til Statsforvaltningen, jf. forældreansvarsloven § 31, stk. 1. Der påbegyndes herefter en sagsproces i Statsforvaltningen, hvis forløb kan variere afhængig af forskellige forhold.

Der kan være tale om, at forældrene er enige om omfanget af samværet, enige om barnets bopæl og enige om placeringen af forældremyndigheden Nogle forældre magter således at indgå i en drøftelse om de opståede problematikker i forbindelse med en skilsmisse. I sådanne situationer indgår forældrene en aftale, og sagen kan derfor afsluttes ved Statsforvaltningen. Forældrene har her valgt det, der kaldes »aftalesporet«.

Hvis forældrene omvendt ikke kan blive enighed om en aftale, skifter sagsprocessen spor, og overgår til det, der betegnes som »afgørelsessporet«.[643]

Vedrører sagen tvist om samvær, er det Statsforvaltningen, der træffer afgørelse, jf. forældreansvarslovens § 40, stk. 1 modsætningsvis. Hvis sagen drejer sig om barnets bopæl eller placering af forældremyndigheden, kan Statsforvaltningen afslutte sagen og indbringe den for retten, jf. forældreansvarslovens § 40. Retten vil herefter først opfordre forældrene til at indgå aftale, og lykkedes det ikke, bliver der truffet en afgørelse.[644]

Såfremt der uenighed om alle tre tvistpunkter, forældremyndighed, bopæl og samvær, vil der således være sideløbende sagsprocesser: èt i Statsforvaltningen og ét hos domstolene. Såfremt der klages over en samværsafgørelse til Ankestyrelsen som rekursinstans, vil yderligere en instans blive inddraget. Derudover kan der være sager, der starter forskudt af hinanden, fx hvis forældrene alene starter med at

[641] Jf. i det hele Social- og Indenrigsministeriet, *Et system med fokus på familiernes behov, En analyse af rammer, regler, snitflader i forhold til fader- og medmoderskab, separation og skilsmisse, herunder ægtefællebidrag, børnebidrag og forældreansvar,* maj 2016 (elektronisk publikation), side 29.
[642] Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., 2002, side 5.
[643] Pia Deleuran (red.), 2011, side 9.
[644] Pia Deleuran (red.), 2011, side 9.

være uenighed om omfanget af samvær, men på et senere tidspunkt fx også bliver uenig om barnets bopæl. Dette medfører dermed sideløbende sagsprocesser.

Endvidere kan der, mens sagen verserer, være behov for, at der træffes en midlertidig afgørelse om samvær, bopæl eller forældremyndighed. Såfremt der klages over Statsforvaltningens afgørelse herom kan den påklages til Ankestyrelsen. Det betyder, at endnu en instans også her bliver involveret i sagen.

I højkonfliktsager, hvor der fx kan være anklager om misbrug eller vold, kan kommunen endvidere i et separat forløb være involveret i forhold til spørgsmålet om barnets trivsel set ud fra et socialretligt perspektiv. Kommunen vil endvidere blive involveret i et særskilt spor i sager, hvor den ene forælder har forvoldt den anden forælders død men henblik på at finde ud af hvor forældremyndigheden skal placeres, mens straffesagen behandles. Det falder imidlertid uden for denne afhandlingens begrænsede rammer at behandle sådanne særlige sagsproces og i nogle tilfælde sideløbende sagsprocesser i kommunalt regi.

Derudover kan der efter, at en endelig afgørelse om fx samvær er truffet opstå problematikker i forhold til, at bopæls- eller samværsforælderen nægter at udlevere barnet. I disse tilfælde, kan det være, at fogedretten bliver involveret med henblik på at få tvangsfuldbyrdet den aftale, der er indgået eller afgørelse, som er truffet.

Overordnet set kan der således i forældreansvarssager blive tale om et komplekst sagsforløb alene ud fra antallet af instanser, der er involvereret.

1.3. Lovgivers intention om effektivitet i sagsbehandlingen

Lovændringen af forældreansvarsloven i 2015 skete for at imødegå den kritik, der var fremsat fx i pressen, omkring samarbejdschikane i forbindelse med afgørelse af tvister om samvær i Statsforvaltningen. [645] I lovbemærkningerne til lovændringen er det anført at, lovens initiativer har fokus på at optimere processen og tilskynde forældre til at samarbejde til barnets bedste.[646]

Lovændringens overordnede formål har været at fremme begge forældres aktive og loyale medvirken til en samværssags behandling og imødegå de problemer, der opstår, når sagens proces og afklaring forhales. Elementerne, der understøtter lovændringens formål er bl.a., at der fastsattes mødepligt i Statsforvaltningen med henblik på at sikre at forældre ikke uden gyldig grund kan aflyse møder og dermed forhale sagen, således sagen trækker ud, samt den i kapitel 6 omtalte lovbestemte frist, der foreskriver, at Statsforvaltningen skal have truffet en midlertidig afgørelse om kontaktbevarende samvær hurtigst muligt og inden 3 uger.[647]

[645] Jf. lov nr. 103 af 19.3.2015, *Forslag til Lov om ændring af forældreansvarsloven og retsplejeloven (Imødegåelse af samarbejdschikane m.v.)* Lovændringen er en udmøntning af en politisk aftale indgået den 3.9.2014 mellem regeringen, Venstre, Dansk Folkeparti, Socialistisk Folkeparti, Enhedslisten, Liberal Alliance og Det Konservative Folkeparti.

[646] De almindelige bemærkninger til lov nr. 270 af 25.3.2015, afsnit 1 og 2.

[647] Forældreansvarslovens § 29 a.

I lovbemærkningerne til lovændringen i 2015 fremhæves det i forhold til mødepligten, at Statsforvaltningens sagsbehandling skal tilrettelægges på en sådan måde, at det over for forældrene straks ved modtagelse af en anmodning om forældremyndighed, barnets bopæl eller samvær generelt understreges, at deltagelse i det indledende vejledningsmøde er obligatorisk. I forhold til samværssagerne fremhæves det også i lovbemærkningerne, at det skal understreges, at udeblivelse fra vejledningsmødet medfører, at Statsforvaltningen som udgangspunkt ikke indkalder til et nyt møde. Samtidig skal det understreges i alle sager, at undladelse af at svare på Statsforvaltningens henvendelser inden for den angivne svarfrist kan medføre, at Statsforvaltningen træffer afgørelse på det foreliggende grundlag (processuel skadesvirkning).[648]

Lovændringen af forældreansvarsloven medførte endvidere, at midlertidige afgørelser om samvær truffet under en forældremyndigheds- eller bopælssag automatisk bliver endelige, når der er truffet en endelig afgørelse om afgørelse om forældremyndighed eller barnets bopæl, der kan fuldbyrdes, eller indgået en aftale om forældemyndigheden eller om barnets bopæl. Formålet hermed er, at forældrene på ny ikke behøver at rette henvendelse til Statsforvaltningen, medmindre samværets omfang ønskes ændret. Dette skal være med til at sikre, at samværssagen ikke unødigt starter forfra i Statsforvaltningen.[649]

2. Tal og statistik

Statsforvaltningens og Ankestyrelsens tal og statistikker i relation til sagsbehandlingstider fremføres i dette afsnit. Formålet hermed er at illustrere gennem generelle problematikker og indikationer af steder, hvor det er oplagt, at der i konkrete sager kan foregå en sagsbehandling, som ikke afsluttes inden for en rimelig frist.

For at kunne se om der har været en positiv eller negativ udvikling i sagsbehandlingstiderne, primært set i forhold til tidspunktet for ændringen af kompetencefordelingen mellem Statsforvaltningen og domstolene i 2012, angives både tal og statistikker fra 2016 og fra tidligere år.[650]

De nedenstående sagsbehandlingstider vil formentlig – modsat Menneskeretsdomstolen – indgå i Ombudsmandens rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden i en konkret forældreansvarssag. Det fremgår, som tidligere beskrevet, af Om-

[648] De almindelige bemærkninger til lov nr. 270 af 25.3.2015, afsnit 3.4.2.

[649] De almindelige bemærkninger til lov nr. 270 af 25.3.2015, afsnit 3.3.2.2.

[650] I forhold til tal og statistik fra Statsforvaltningen, har jeg fået oplyst, at antallet af koder for samvær og forældremyndighed og bopæl pr. 1. januar 2016, har fået en ny kode med sager, der bliver afsluttet med en telefonisk eller skriftlig vejledning til borgerne. Tallene er derfor ikke direkte sammenlignelige med de forrige år. Derudover har jeg alene fået tal og statistik fra perioden juli 2013 til 2016, hvilket formentlig skyldes, at de tidligere fem regionale statsforvaltninger i 2013 blev lagt sammen til én Statsforvaltning. Se herom i kapitel 5, note 447.

budsmandens praksis, at de sædvanlige sagsbehandlingstider vil indgå i bedømmelsen af den konkrete sagsbehandlingstid.[651]

2.1. Statsforvaltningen

2.1.1 Maksimale sagsbehandlingstider

Det fremgår af Statsforvaltningens hjemmeside, at den maksimale sagsbehandlingstid for alle forældreansvarssager, hvor forældrene undervejs i forløbet bliver enige, er 3 måneder, mens den er 7 måneder i de sager, hvor Statsforvaltningen skal træffe en afgørelse om samværet på grund af forældrenes uenighed. For sager, hvor der alene sker en registrering af en aftale om forældremyndigheden, fremgår det, at sagsbehandlingstiden er 4 uger i 70 % af tilfældene.[652]

2.1.2. Gennemsnitlige liggetider

Det er statistik muligt at se hvor lang liggetiderne er i de enkelte måneder i løbet af året.

For 2016 fremgår det af statistikken, at den gennemsnitlige liggetid for forældreansvarssager pr. december måned var 9,4 uger.[653] Det betyder, at der i december 2016 verserede 4179 sager, som i gennemsnit har haft en sagsbehandlingstid på 9,4 uger. [654] Denne gennemsnitlig liggetid har i årets øvrige måneder ikke været under de 9,4 uger, men det ses fx, at liggetiden for april måned var på 11 uger. På dette tidspunkt verserede der 5437 sager, altså flere sager end i december, hvilket ikke kan udelukkes at have betydning for længden af sagsbehandlingstiden. Dog ses det fx også, at det største antal verserende sager var i januar måned med 6068 åbne sager. Her var liggetiden »kun« 10,1 uger. Liggetiderne varierer således i løbet af året.

[651] Se kapitel 6, afsnit 2.1.2.3.

[652] Statsforvaltningens hjemmeside: http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=9152 (hentet 25.1.2017).

[653] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2016 vedlagt som bilag.

[654] Den gennemsnitlige liggetid for et sagsforløb beregnes som det samlede antal dage, sagerne på et givent sagsområde har verseret, divideret med antal åbne sager på sagsområdet. Ved beregningen af liggetiden indgår hovedsageligt sager, der realitetsbehandles. Se herom Resultatplan for Statsforvaltningen 2016, bilag 1 samt kapitel 6, afsnit 1.3.1. I 2016 blev mål om gennemsnitlig liggetid for et sagsforløb erstattet af mål om sagsbehandlingstid. Ændringen skete på baggrund af, at sagsbehandlingstiden »er et statisk og tilbageskuende mål, som konstaterer den tid, som er gået, og således ikke isoleret set kan anvendes til en fremadrettet håndtering af de udfordringer, der er indeholdt i en given portefølje af verserende sager.« Se herom også Statsrevisorernes beretning nr. 19 om sagsbehandlingstider ved omstruktureringen af statsforvaltningerne, 2013, side 9, hvor det anføres, at »Afhængigheden af forældrenes medvirken i sagsforløbet gør det vanskeligt at opstille mål for gennemsnitlige sagsbehandlingstider. Rigsrevisionen finder det tilfredsstillende, at Økonomi- og Indenrigsministeriet og Statsforvaltningen arbejder med at udvikle andre typer mål, som giver mere mening i styringsmæssig sammenhæng.«

I forhold til 2015 ses det af statistikken, at den gennemsnitlige liggetid i december måned var 11,1 uger, dvs. en længere liggetid end samme tidspunkt i 2016. Dette kan måske forklares ved, at der er et verseererede større antal sager. 5276 sager verserede pr. december måned i 2015.[655] Dog ses det, at den længste gennemsnitlige liggetid i 2015 var i januar måned på 17 uger, hvor 4723 sager verserede, mens det største antal verserende sager var i september på måned (6589 sager) med en liggetid på 10,7 uger.

Det er således svært at gisne om hvilke konkrete årsager, der er til udsvingene i liggetiden. Det ser umiddelbart ud til, at antallet af sager nødvendigvis ikke har en betydning.

Det skal endvidere nævnes, at Statsforvaltningens målsætning for den gennemsnitlige liggetid i 2017 for forældreansvarssagerne er 10,0 uger.[656] Henset til den gennemsnitlige liggetid for året 2016, er der gode muligheder for, at denne målsætning kan opfyldes.

2.1.3. Gennemsnitlige sagsbehandlingstider for samværssager

For året 2016 var den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for 19.024 samværssager 9,1 uger.[657]

Sagsbehandlingstiden har i årets øvrige måneder været både over og under de 9,1 uger. I august måned var sagsbehandlingstiden på 9,7 uger for 1563 samværssager, mens sagsbehandlingstiden i oktober måned var 8,4 uger for 1683 samværssager. Igen ser det dermed ud til, at antallet af samværssager nødvendigvis ikke har haft en betydning for udsvinget, i det her tilfælde den gennemsnitlige sagsbehandlingstid.

Ved sammenligning med tidligere år ses det af statistikken, at den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for året 2015 var 11,5 uger for 13.602 samværssager[658], i 2014 11,9 uger for 15.877 samværssager[659] og 13,1 uger for 7.933 samværssager i 2013.[660] Det skal bemærkes, at tallene fra 2013 alene dækker over juli til december måned, hvorfor sammenligningsgrundlaget ikke er nøjagtigt. Det kan dog konstateres, at den længste gennemsnitlige sagsbehandlingstid var i 2013 på trods af at, alle måneder ikke er talt med.

Det kan dermed konstateres, at den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for samværssager i 2016 dermed er lavere end i 2013-2015. Det er værd at bemærke, at antallet af samværssager i 2016 er større end antallet af samværssager i 2013-2015. Konfliktniveauet synes således ikke mindsket.

Af Rigsrevisionens beretning til Statsrevisorerne om sagsbehandlingstider ved omstruktureringen af statsforvaltningen kan udviklingen i sagsbehandlingstiderne i

[655] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2015 vedlagt som bilag.
[656] Se Resultatplan Statsforvaltningen 2017, side 6.
[657] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2016 vedlagt som bilag.
[658] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2015 vedlagt som bilag.
[659] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2014 vedlagt som bilag.
[660] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2013 vedlagt som bilag.

samværssager fra perioden 2011 til 2. kvartal 2013 ses.[661] Det antages, at der her også er tale om den gennemsnitlige sagsbehandlingstid, men der tages forbehold for usikkerheden heraf. Antallet af sagerne fremgår fx ikke af beretningen.

Det fremgår af denne beretning, at sagsbehandlingstiden har været svagt stigende, med nogle mindre udsving i den positive retning. Sagsbehandlingstiden pr. 1. kvartal 2011 var på 10,3 uger og 12 uger pr. 2. kvartal 2013.

Når udviklingen i sagsbehandlingstiderne skal ses i forhold til 2012, hvor ændringen af kompetencefordelingen trådte i kraft i oktober måned, fremgår det af rigsrevisionens beretning, at sagsbehandlingstiden for 3. kvartal 2012 var 10,5 uger, 4. kvart 2012 var 10,6 uger, for 1. kvartal 2013 11,3 uger og, som allerede anført, for 2. kvartal 2013 12 uger. Der var derfor en svag stigning i sagsbehandlingstiden umiddelbart efter den nye kompetencefordeling trådte i kraft, men det er følgelig svært at vide om årsagen hertil netop skyldes ændringen af kompetencefordelingen.

Det kan derfor overordnet set konstateres, at 2016-niveauet fra disse tal umiddelbart synes at være i den lavere ende, når sammenlignes med tidligere år, men der tages forhold for usikkerheden i beregningen, når tallene fra rigsrevision er baseret kvartalvist. Ændringen af kompetencefordeling har derfor formentlig ikke generelt set medvirket til længere sagsbehandlingstider.

2.1.4. Gennemsnitlige sagsbehandlingstider for midlertidig kontaktbevarende samvær

Den lovbestemte frist for sager om midlertidig kontaktbevarende samvær blev først indført i 2015, hvorfor der er alene foreligger tal fra 10. måned 2015 og frem.

For 2016 fremgår det af statistikken, at den gennemsnitlige sagsbehandlingstid har været på 3 uger for 1059 sager, dvs. at den lovbestemte frist i forældreansvarslovens § 29 a på maksimalt tre uger gennemsnitligt har været iagttaget.[662] Den korteste sagsbehandlingstid var i marts måned på 1,9 uger. Det fremgår imidlertid, at fristen ikke er blevet iagttaget i januar (3,4 uger), august (3,6 uger), september (3,1 uge) og november (3,4 uger). Dog er der ikke tale om de store overskridelser, men det kan desuagtet konstateres, at den lovbestemte frist ikke er overholdt i alle månederne.

For 2015 fremgår det, at den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for de måneder, hvor lovbestemmelsen har været gældende, var på 2,2 uger for 85 sager. Sagsbehandlingstiden for oktober måned var 1,6 uger, november måned 3,1 uge samt december måned 1,8 uger. Den lovbestemte frist har derfor ikke været iagttaget i november måned. [663]

[661] Rigsrevisionens beretning til Statsrevisorerne om sagsbehandlingstider ved omstruktureringen af statsforvaltningerne, juni 2014, side 10.

[662] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2016 vedlagt som bilag.

[663] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2015 vedlagt som bilag.

2.1.5.Gennemsnitlige sagsbehandlingstider for forældremyndigheds- og bopælssager

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for forældremyndigheds- og bopælssager var i 2016 på 6,7 uger for 12.205 sager. [664] Det vil sige en lavere sagsbehandlingstid end for samværssager samme år. Dette må skulle ses i relation til, at Statsforvaltningen ikke har afgørelseskompetencen i forældremyndigheds- og bopælssager. Sagsbehandlingstiden har i 2016 været både over og under de 6,7 uger. 8,0 uger i januar måned for 814 sager var den længste sagsbehandlingstid, mens sagsbehandlingen var kortest i oktober måned på 6,0 uger for 1076 sager.

I 2015 var den gennemsnitlige sagsbehandlingstid højere end i 2016; 7,4 uger for 8767 sager[665], i 2014 lavere; 7,3 uger for 10.018 sager[666] og i 2013 højere; 8,0 uger for 5.510 sager i månederne juli til december.[667] Der har dermed været nogle udsving i sagsbehandlingstiden både i positiv og negativ retning. Det skal bemærkes, at det største antal af sager er fra 2016.

Af Rigsrevisionens beretning til Statsrevisorerne om sagsbehandlingstider ved omstruktureringen af statsforvaltningen kan udviklingen i sagsbehandlingstiderne i forældremyndigheds- og bopælssager fra perioden 2011 til 2. kvartal 2013 også ses.[668] Der antages tillige her, at der er tale om den gennemsnitlige sagsbehandlingstid, men der tages igen forbehold for usikkerheden heraf. Antallet af forældremyndigheds- og bopælsager fremgår heller ikke af beretningen.

For så vidt angår udviklingen i sagsbehandlingstiderne set i forhold til 2012, hvor ændringen af kompetencefordelingen trådte i kraft i oktober måned, fremgår det af rigsrevisionens beretning, at sagsbehandlingstiden for 3.og 4. kvartal 2012 var 7,5 uger, for 1. kvartal 2013 8,2 uger og, som allerede anført, for 2. kvartal 2013 8 uger. Der er her ikke tale om samme svage stigning som i samværssager, men både et udsving i positiv og negativ retning. Det er svært at gennemskue, hvorledes en ændring af kompetencefordelingen har haft en indvirkning på sagsbehandlingstiden i forældremyndigheds- og bopælssager.

Sagsbehandlingstiden i forældremyndigheds- og bopælssagerne, har tilsvarende som samværssagerne, været svagt stigende i den angivne periode. Sagsbehandlingstiden er steget fra 6,9 uger i 1. kvartal 2011 til 8 uger i 2. kvartal 2013. Der har været nogle minimale udsving i perioden, fx var sagsbehandlingstiden i 1. kvartal 2012 på 6,7 uger, hvilket har været den korteste sagsbehandlingstid. Den længste sagsbehandling er på 8 uger fra 2. kvartal 2013.

Det kan derfor umiddelbart ud fra tallene konstateres, at 2016-niveauet for den gennemsnitlige sagsbehandlingstid er det laveste niveau siden 1. kvt. 2011, men der

[664] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2016 vedlagt som bilag.
[665] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2015 vedlagt som bilag.
[666] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2014 vedlagt som bilag.
[667] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2013 vedlagt som bilag.
[668] Rigsrevisionens beretning til Statsrevisorerne om sagsbehandlingstider ved omstruktureringen af statsforvaltningerne, juni 2014, side 10.

tages igen forbehold for usikkerheden i beregningen, når tallene fra rigsrevision er baseret kvartalvist.

2.1.6. Gennemsnitlige sagsbehandlingstider for registrering af forældremyndighed

I henhold til forældreansvarslovens §§ 9, 10 og 13 skal forældrenes aftaler om forældremyndigheden anmeldes til Statsforvaltningen. Nedenstående tal og statistisk vedrører disse anmeldelser.

I 2016 behandlede Statsforvaltningen 13.591 sager om registrering af forældremyndighed. Det tog gennemsnitligt 4,3 uger at behandle disse sager. Der har i årets løb været en både kortere og længere sagsbehandlingstid. I januar måned var sagsbehandlingstiden på 6,1 uger, mens sagsbehandlingstiden var på 2,8 uger i juli måned.[669] Disse tal stemmer derfor godt overens med det der oplyses på Statsforvaltningens hjemmeside, jf. oven for afsnit 2.1.1.

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid i 2016 er på det laveste niveau i perioden 2013-2016. Sagsbehandlingstiden i 2015 var på 7,5 uger[670], i 2014 7,3 uger[671] samt 7,1 uger i 2013 for månederne juli til december.[672]

2.1.7. Børnesagkyndig rådgivning

Børnesagkyndig rådgivning er et forligsværkstøj, som Statsforvaltningen i henhold til forældreansvarslovens § 32 er forpligtet til at benytte sig af. Statsforvaltningen skal således tilbyde forældrene børnesagkyndig rådgivning under sagsbehandling en af forældreansvarssag.

Det fremgår af statistikken, at den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for 2016 var 5,8 uger for 2367 rådgivninger. I årets løb har der været nogle udsving i længden af sagsbehandlingstiden. Den længste gennemsnitlige sagsbehandlingstid var i januar måned på 7,8 uger. Den korteste sagsbehandlingstid var på 5 uger for både september og oktober måned.[673]

Sammenlignet med tidligere år var den gennemsnitlige sagsbehandlingstid i 2013-2015 højere i 2016. I 2015 var sagsbehandlingstiden på 6,3 uger for 2326 rådgivninger[674], i 2014 7,3 uger for 2608 rådgivninger[675] samt for måneder juli til december 2013 7,1 uger for 1275 rådgivninger.[676]

2.1.8. Ventetid til indledende møde

[669] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2016 vedlagt som bilag.
[670] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2015 vedlagt som bilag.
[671] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2014 vedlagt som bilag.
[672] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2013 vedlagt som bilag.
[673] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2016 vedlagt som bilag.
[674] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2015 vedlagt som bilag.
[675] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2014 vedlagt som bilag.
[676] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2015 vedlagt som bilag.

Statsforvaltningen oplyser på sin hjemmeside om hvor lang tid, der forventeligt vil være, før første indledende møde kan finde sted i Statsforvaltningen.[677]

Ventetiden har i de seneste år været en del af Statsforvaltningens målsætning om hurtig borgerinddragelse i forældreansvarssager. Af Statsforvaltningens resultatplaner for 2015, 2016 og 2017 fremgår det som en målsætning, at der skal være indkaldt til det første indledende møde inden 35 dage i 75 % af sagerne, mens målsætningen for 2013 og 2014 var 70 % af sagerne.[678]

Af Statsforvaltningens statistik for 2016 fremgår det, at det indledende møde, blev afholdt inden 35 dage i 42 % tilfælde. Det vil sige, at målsætningen for 2016 ikke blev opfyldt. I december 2016 ses det dog fx af statistikken, at i 69 % af tilfælde blev det indledende møde af holdt inden for de 35 dage og i september måned var procentantallet også større: 55 %. Nogle måneder har imidlertid også været langt fra målsætningen. I fx marts måned var det alene i 26 % af tilfældene og i april måned alene 30 % af tilfældene.[679]

Målsætningen blev heller ikke – trods lavere målsætning – ikke opfyldt i 2013-2015. Det fremgår af Statsforvaltningens statistik og årsrapporter, at det første indledende møde i 2014 blev afholdt inden for 35 dage i 61 % af tilfældene, i 2015 var det alene i 36 % af tilfældene og i 2013 var i 58 % af tilfældene. [680]

2.2. Ankestyrelsen

Jeg har ikke haft adgang til samme mængde af statistik fra Ankestyrelsen som fra Statsforvaltningen. Tal og statistik herfra er hentet fra Ankestyrelsens hjemmeside, årsrapporter samt fra Rigsrevisionens beretning til Statsrevisorerne om sagsbehandlingstider ved omstruktureringen af Statsforvaltningen. Det skal bemærkes, at tallene ikke i alle tilfælde er opgjort efter de særskilte afgørelsestyper, men alene findes under den samlede sagstype «familieretlige sager«.

2.2.1. Makismal sagsbehandlingstid

[677] Se også kapitel 6, afsnit 1.3.1.

[678] Resultatplan Statsforvaltningen – 2017, side 6, Resultatplan for Statsforvaltningen 2016, side 5, Resultatplan mellem Økonomi- og Indenrigsministeriets departement og Statsforvaltningen – 2015, side 7, Resultatplan mellem Økonomi- og Indenrigsministeriets departement og Statsforvaltningen – 2014, side 5 og Resultatkontrakt mellem Økonomi- og Indenrigsministeriets departement og Statsforvaltningen for 3. og 4. kvartal 2013, side 6.

[679] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2016 vedlagt som bilag.

[680] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2013-2016 vedlagt som bilag og Statsforvaltningens Årsrapport 2015, side 6, Årsrapport 2014 Statsforvaltningens, side 8 og Halvårsrapport 2013, De regionale statsforvaltninger, side 3.

Ankestyrelsen oplyser på sin hjemmeside, at en afgørelse om samvær eller forældremyndighed forventes at blive truffet inden for fem måneder fra modtagelse af klage.[681]

2.2.2 Gennemsnitlige liggetider

Det fremgår af Ankestyrelsens hjemmeside, at den gennemsnitlige liggetid for familieretlige sager i december 2016 var 2,2 måneder. I november måned 2016 var liggetiden 2,1 måned, mens liggetiden i december 2015 var 2,8 måneder. Liggetiden har således i de oplyste perioder i 2016 været mindre end liggetiden i december 2015. Disse tre tal fremgår alene af Ankestyrelsens hjemmeside.[682]

2.2.3. Gennemsnitlige sagsbehandlingstider

Den gennemsnitlige sagsbehandling for de familieretlige sager var i december 2016 2,9 måneder, mens det for 4. kvartal samme år var 3 måneder. For året 2015 var gennemsnitlige sagsbehandlingstid for de familieretlige sager på 4,1 måneder.[683] Dermed har der været længere sagsbehandlingstid i 2015 gennemsnitlig for hele året sammenlignet med tallene fra 2016.

Ankestyrelsens målsætning for sagsbehandlingstiden i 2015 var imidlertid på 4,5 måneder, hvilket betyder, at målet blev opfyldt.[684]

Af Rigsrevisionens beretning til Statsrevisorerne om sagsbehandlingstider ved omstruktureringen af Statsforvaltningen er det bemærket, at sager vedrørende lovgivningen for børn og familie var steget fra 32,7 uger til 36,4 under omstruktureringen af statsforvaltningerne til i 2013. Dvs. sagsbehandlingstid på 7,5 måneder var steget til 8,3 måneder. Der er således tale om en væsentlig længere sagsbehandling end den der er oplyst for 2015 og 2016.[685] Det skal dog understreges, at tallene ikke er direkte sammenlignelige, idet de særskilte tal for forældreansvarssager ikke fremgår.

2.3. Sammenfatning

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid i forældreansvarssager har overordnet set ud fra en umiddelbar betragtning siden 2011 været igennem en både positiv og negativ udvikling.

[681] Ankestyrelsens hjemmeside: https://ast.dk/born-familie/for-borgere/din-sag-om-foraeldremyndighed-og-samvaer (hentet 25.1.2017).

[682] Se Ankestyrelsens hjemmeside: https://ast.dk/om-ankestyrelsen/sagsbehandlingstider/gennemsnitlige-liggetider (hentet 25.1.2017).

[683] Se Ankestyrelsens hjemmeside: https://ast.dk/om-ankestyrelsen/sagsbehandlingstider (hentet 25.1.2017).

[684] Ankestyrelsens årsrapport 2015, side 8.

[685] Rigsrevisionens beretning til Statsrevisorerne om sagsbehandlingstider ved omstruktureringen af statsforvaltningerne, juni 2014, side 22.

For både samvær og forældremyndigheds- og bopælssager steg sagsbehandlingstiden svagt fra 2011- 2. kvartal 2013, mens sagsbehandlingstiden var svagt faldende fra 3. kvartal 2013 frem til 2016. Sagsbehandlingstiderne i Statsforvaltningen for 2016 på 9,1 uger i samværssager og på 6,7 uger i forældremyndigheds- og bopælssager de laveste siden 2011.

Positivt er det også, at den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for sager om midlertidig kontaktbevarende samvær i 2016 var på 3 uger. Den lovbestemte frist i forældreansvarslovens § 29 a har således været iagttaget de fleste sager. Det er dog bekymrende, at der er i forløbet har været nogle udsving i sagsbehandlingstiden i negativ retning, hvor sagsbehandlingstiden har oversteget de 3 uger. På trods af, at der er tale om mindre udsving, skal det tages i betragtning, at sagsbehandlingstiden kan have en afgørende faktor i sager, hvor der ikke er kontakt mellem barn og forælder. Dette er således også formålet med den lovbestemte frist, og det bør erindres, at der i lovbestemmelsen fremgår, at det skal være »*hurtigst muligt* og inden 3 uger«. De tre uger er en maksimumfrist.

3. Case

Som det er nævnt, har jeg ikke haft adgang til sager fra Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen. Jeg anmodede om aktindsigt i sager fra Statsforvaltningen, der havde en sagsbehandlingstid på over 3 måneder, men jeg fik afslag herpå, idet ressourcerne ikke var til at finde sagerne frem til mig.[686] Det har således ikke været muligt at analysere en større mængde sager eller dokumentere konkrete problemer, som jeg er opmærksom på kan forekomme.

For at illustrere problemstillingen omkring sagsbehandlingstiderne i konkrete komplekse sagsforløb, der kan opstå, tages derfor udgangspunkt i en faktuel og autentisk sag (herefter benævnes som case), som jeg har fået lov til at anvende i nærværende afhandlingen af en far, der i efteråret 2015 blev skilt fra sin hustru.[687]

Det må straks angives, at den givne sag er indhentet fuldstændigt tilfældigt. Jeg fik kontakt med faren gennem direktøren fra virksomheden Hvert3barn, der yder juridisk rådgivning til forældrene i forbindelse med sagsbehandlingen ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen. Gennem Hvert3barn blev der sendt en forespørgsel fra mig til forældrene omkring muligheden for, at jeg kunne få adgang til sagsakter fra Statsforvaltningen og Ankestyrelsen. Det lykkedes mig alene at få sagsakterne fra faren.

De sagsakter, jeg har fået, vedrører således Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, men også sagsakter fra domstolene, advokater samt fra en kommune. Jeg har ikke inddraget sagsakterne fra kommunen i afhandlingen, idet det falder uden for afhandlingens begrænsede rammer at behandle de problematikker, der har betydning

[686] Det kan som en kuriositet nævnes, at det tog Statsforvaltningen ca. 5 måneder at træffe afgørelsen om afslag på aktindsigt.

[687] Se også om casen i kapitel 2, afsnit 3.6.

for sagsbehandlingstiden i kommunalt regi. Denne sideløbende sagsproces beskrives derfor ikke nærmere.

Det skal derudover fremhæves, at jeg har været igennem mange sagsakter, der, da jeg fik dem, ikke var i fuldstændig kronologisk rækkefølge, og det kan heller ikke udelukkes, at jeg ikke har fået alle sagens akter. Jeg har i et vist omfang derfor selv foretaget og vurderet kronologien i sagen. Nogle steder har jeg tilfældigt fundet frem til den kronlogiske rækkefølge i sagen, fx hvis det er angivet i en afgørelse fra Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen, men at jeg ikke konkret har set det pågældende dokument blandt sagsakterne. Dette gælder navnlig, hvor der er tale om korrespondance fra moren og dennes advokat.

Sagsakterne er vedlagt som bilag til denne afhandling i en kronlogisk rækkefølge.

Casen er på flere punkter illustrativ – men dog forhåbentlig ikke repræsentativ for øvrige forældreansvarssager. Casen vedrører både tvist om samvær, barnets bopæl og forældremyndighed.

Casen illustrerer konkret antallet af sagsskridt, hvilke ressourcer Statsforvaltningen skal bruge på én sag, og hvorledes sagsprocessen kan forsinkes på uforudsigelige punkter. Casen illustrerer overordnet set kompleksiteten af sagsprocessen i forhold til antallet af instanser og i forhold til omfanget af uenigheden mellem forældrene. Casen illustrerer bl.a., at antallet af sagsskridt i praksis kan være noget man ud fra den retlige regulering ikke kan forestille sig. Casen giver derudover anledning til nogle retlige problematikker i forhold til, at der i visse tilfælde synes at blive udøvet i strid med reglerne, samt at der er visse forhold, der lovgivningsmæssigt ikke er taget eller ikke kan tages højde for.

Casen vil blive inkorporeret i de efterfølgende afsnit, hvor sagsprocessen i henholdsvis sager om samvær og sager om barnets bopæl og forældremyndighed vil blive behandlet. Casen bruges således både i dette kapitel om sagsprocessen ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, og i det følgende kapitel om sagsprocessen ved domstolene.

Casens forløb er således:

2015

Far og mor går fra hinanden i efteråret 2015. Mor og far har to børn sammen.

November

Far sender den, 21.11.2015, kontaktskema til Statsforvaltningen, og anmoder om Statsforvaltningens hjælp til at finde en løsning, der tilgodeser børnenes tarv. Far oplyser, at mor og far ikke kan blive enige om børnenes bopæl og samvær. Far oplyser, at han ønsker at dele 50/50, mens mor ønsker begge børns bopæl og en 9/5 eller 10/4 ordning til hendes fordel.

Statsforvaltningen sender, den 3.12.2015, indkaldelse til begge forældre om et samarbejdsmøde (indledende vejledingsmøde). Mødet skal finde sted d. 4.2.2016.

December
I tiden herimellem foretager mors læge, den 7.12.2015, en underretning til kommunen, hvoraf det fremgår, at børnene er under belastning på grund af skilsmissen.

Den 16.12.2015 indgiver mor ansøgning til Statsforvaltningen med henblik på at få den midlertidige bopæl.

Dagen efter, den 17.12.2015, afholder kommunen samtale med børnene, hvor mor samme dag forlader det fælles hjem med børnene og tager på krisecenter.

Far beder gennem advokat den 21.12.2015 Statsforvaltningen om at fremskynde sagen om samvær, forældremyndighed og bopæl. Samtidig anmoder advokaten Statsforvaltningen om at træffe en midlertidig afgørelse om fuld forældremyndighed til fars fordel. Samme dag fremsender mor på ny afsøgning om midlertidig bopæl, men nu gennem advokat.

2016
Januar
Den 7.1.2016 anmoder far Statsforvaltningen om at fastsætte kontaktbevarende samvær. Samme dag rykker fars advokat igen Statsforvaltningen, og beder dem om at træffe midlertidige afgørelser om ophævelse af fællesforældremyndighed og bopæl.

Fars advokat rykker for tredje gang den 18.1.2016 Statsforvaltningen om at træffe midlertidig afgørelse i sagen. Den 19.1.2016 fremsender far bemærkninger til Statsforvaltningen forinden samarbejdsmødet den 4.2.2016.

Dagen efter, den 20.1.2016, beder mors advokat om en omberammelse af samarbejdsmødet, således at mor og far deltager i møderne separat.

Fars advokat protesterer den 22. januar mod omberammelsen af sagen. Fars advokat beder i denne forbindelse for fjerde gang Statsforvaltningen om at træffe midlertidige afgørelse om ophævelse af fælles forældremyndig og om bopælen. I den forbindelse anmoder fars advokat om, at sagen oversendes til retten, hvis ikke Statsforvaltningen træffer de midlertidige afgørelser.

Februar
Den 2.2.2016, to dage før samarbejdsmødet, den 4.2.2016, skriver mors advokat til Statsforvaltningen, og anfører, at anmodningen om omberammelse er ikke et udtryk for, at sagen skal udsættes. En omberammelse kan godt ske til et tidligere tidspunkt, der måtte passe Statsforvaltningen.

Den 3.2.2016 melder mor afbud til samarbejdsmødet, og samme dag modtager far brev fra Statsforvaltningen om, at mødet den 4.2.2016 er aflyst for mors vedkommende, men at der fastsættes en ny mødedato den 8.3.2.2016. Statsforvaltningen havde foreslået to øvrige mødedatoer end d. 8.3.2016, mens mors advokat kunne ikke på de foreslåede tidspunkter.

Far deltager alene i samarbejdsmødet d. 4.2.2016 med deltagelse af en børnesagkyndig. Samme dag sender far krisecenterudtalelse med bemærkninger til Statsforvaltningen.

Far klager den 6.2.2016 over bopælssagens forløb til Ankestyrelsen, og beder dem tage stilling henset til tidsrammen.

Den 9.2.2016 modtager far brev fra Ankestyrelsen, der oplyser, at fars anmodning om at fremskynde sagen er sendt til Statsforvaltningen, og at Ankestyrelsen går ud fra, Statsforvaltningen orienterer far om tidsrammen for at træffe en midlertidig afgørelse.

Den 11.2.2016 modtager far brev fra Statsforvaltningen, der bl.a. beder far om at komme med endelige bemærkninger til en evt. fastsættelse af midlertidigt samvær. Statsforvaltningen anfører »Du har subsidiært søgt om fastsættelse af midlertidigt samvær«.

Far sender bemærkninger til Statsforvaltningen d. 11.2-12.2.2016 og oplyser, at han principalt ønsker bopælsretten over børnene, subsidiært samvær.

Far præciserer sit ønske om samvær med børnene og anmoder d. 15.2.2016 på ny Statsforvaltningen om at træffe afgørelse om midlertidig samvær. Mors advokat sender samme dag bemærkninger til sagen med kopi af bilag fra politiet samt en psykologudtalese vedrørende børnene. Mors advokat henstiller til, at Statsforvaltningen ikke træffer afgørelse, før der har været møde med mor.

Den 17.2.2016 ringer far til Statsforvaltningen med nye oplysninger og fremsender ligeledes bemærkninger skriftligt. Samme dag, anmoder mors advokat om fristforlængelse i forhold til at kunne fremsende en udtalelse fra en Socialrådgiver. Mors advokat beder igen Statsforvaltningen om at vente med træffe afgørelse, førend der har været møde med mor.

Den 18.2.2016 sender far nye bemærkninger til Statsforvaltningen og anmoder i denne forbindelse om en børnesagkyndig undersøgelse.

Den 22.2.2016 har far ikke hørt fra hverken Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen, og han rykker endnu en gang for en stillingtagen til sagen.

Den 24.2.2016 fremsender mors advokat bemærkninger til Statsforvaltningen, og anfører, »Som tidligere nævnt går jeg ud fra, at der ikke træffes afgørelse førend min klient er hørt på lige vilkår som[far] i sagen«. Der med medsendes notat fra politikredsen af 9. februar om, at to henvendelser fra mor er noteret i politiets sagsbehandlingssystem. Samme dag beder far om aktindsigt i telefonsamtale med Ankestyrelsen, idet far fandt det kritisabelt, at Ankestyrelsen forholdt sig passiv til den tidsramme, der har været i sagen. Statsforvaltningen træffer endvidere samme dag afgørelse, hvor far gives afslag på kontaktbevarende samvær, midlertidig fuld forældremyndighed og midlertidig bopæl.

Far oplyser Statsforvaltningen d. 26.2.2016 om, at han ikke længere er repræsenteret af en advokat.

Den 28.2.2016 klager far over Statsforvaltningens afgørelse fra d. 24.2.2016 til Ankestyrelsen, som imidlertid den 2. marts bliver sendt retur til Statsforvaltningen, idet de skal vurdere om sagen skal genoptages inden sagen kan påklages til Ankestyrelsen. Far påklager bl.a., at sagen ikke er blevet oversendt til retten efter samarbejdsmødet d. 4.2.2016.

Marts

Mor deltager i samarbejdsmøde d. 8.3.2016. Herefter overgik sagen til et »afgørelsesspor« på grund af, at der ikke kan opnås forligsmæssig aftale mellem mor og far. Samme dag bliver tvisten om bopælen oversendt til retten.

Far rykker d. 11.3.2016 og d. 15.3.2016 for svar på sin ansøgning om midlertidig bopæl.

Far modtager d. 15.3.2016 svar fra Statsforvaltningen vedrørende klage fra d. 28.2.2016 over afslag på kontaktbevarende samvær, midlertidig bopæl og forældremyndighed. Statsforvaltningen afviser at genoptage sagen, og derfor videresendes klagen til Ankestyrelsen. Statsforvaltningen oplyser i den forbindelse, at far ikke har søgt om samvær.

Den 16.3.2016 får far brev fra Ankestyrelsen om, at klagen vedrørende Statsforvaltningens afgørelse om samvær er modtaget, og at der forventes en sagsbehandlingstid på 3 måneder.

Den 18.3.2016 beder mors advokat om 5 ugers udsættelse på grund af påsken, vedrørende sagsbehandlingen af tvisten om det midlertidige samvær. Samme dag får far pr. telefon at vide, at han ikke har indgivet ansøgning om midlertidigt samvær, og han bliver bedt om at ansøge på ny.

Far rykker d. 20.3.2016 Statsforvaltningen for en stillingtagen til spørgsmålet om det midlertidige samvær. Far angiver, at Statsforvaltningen ikke har styr på, hvilke ansøgninger, han har indgivet. Far klager endvidere samme dag til direktøren for Statsforvaltningen over Statsforvaltningens sagsbehandling.

Byretten traf, den 22.3.2016, afgørelse om, at bopælssagen skulle afgøres i en anden retskreds end den hvor far har bopæl. Far kærede med Procesbevillingsnævnets tilladelse af en ukendt dato sagen til landsretten.

Den 23.3.2016 afviser Ankestyrelsen at behandle fars klager over midlertidig bopæl og midlertidig forældremyndighed med begrundelsen, at sagerne er oversendt til retten.

Sagen vedrørende forældremyndigheden oversendes dog først til retten den 30.3.2016.

April

Far modtager den 11.4.2016 svar fra Statsforvaltningens souschef vedrørende fars klage over Statsforvaltningens sagsbehandling. Souschefen konstaterer, at far »i hvert fald ved brev af 15. februar 2016 har søgt om fastsættelse af midlertidigt samvær, at vi endnu ikke har behandlet denne«. Far bliver i denne forbindelse bedt om at præcisere omfanget af samværet. Far får derudover oplyst, at børnene er indkaldt til en børnesamtale i Statsforvaltningen den 26.4.2016, og at klagen over Statsforvaltningens afslag på kontaktbevarende samvær fortsat behandles i Ankestyrelsen.

Den 22.4.2016 sender far bemærkninger til Statsforvaltningen i forbindelse med spørgsmålet om midlertidigt samvær.

Den 24.2.2016 præciserer far over Statsforvaltningen sine ønsker i forhold til samvær.

Den 26.4.2016 foretages børnesamtale med børnene, og far modtager partshøring herom med angivelse af frist på 14 dage.

Maj

Far rykker d. 4.5.2016, Statsforvaltningen om at træffe afgørelse om midlertidigt samvær, og anmoder om en hastebehandling.

Den 9.5.2016 fremsender Statsforvaltningen fars bemærkninger vedrørende midlertidigt samvær til mor med angivelse af frist på 10 dage.

Far modtager d. 12.5.2015 afgørelse fra Ankestyrelsen vedrørende klage over kontaktbevarende samvær. Ankestyrelsen giver far medhold i sin klage: Sagsbehandlingstiden har været for lang, og Statsforvaltningen burde have fastsat kontaktbevarende samvær. Ankestyrelsen angiver dog, at de ikke har mulighed for at fastsætte samvær, idet Statsforvaltningen fortsat har sagsbehandlingen. Ankestyrelsen beder derfor Statsforvaltningen om at tage stilling til et eventuelt midlertidigt samvær på nuværende tidspunkt.

Den 13.5.2016 træffer Statsforvaltningen afgørelse om midlertidigt samvær. Det bestemmes, at far skal have samvær med børnene hver anden uge, dvs. som en 7/7 ordning. Samme dag modtager far en tilføjelse til afgørelsen. Det viser sig, at Statsforvaltningen ved en fejl ikke har journaliseret mors advokats bemærkninger til spørgsmålet om det midlertidige samvær. Statsforvaltningen angiver dog, at bemærkningerne ikke har betydning for afgørelsen.

Mors advokat påklager fejljournaliseringen til Statsforvaltningen den 18.5.2016.

Far indgiver den 30.5.2016 til Statsforvaltningen anmodning om genoptagelse af sagen om midlertidig bopæl henset til afgørelsen om samvær. Samme dag videresendes mors klage over samværsafgørelse til Ankestyrelsen. Ankestyrelsen meddeleler mor, at sagen forventes afgjort inden for 3 måneder.

Juni

Den ene af børnene gør, den 3.6.2016, brug af det, der kaldes »barnets initiativret«.[688] Barnet fortæller til Statsforvaltningen, at vedkommende ikke vil over til far hver anden uge, men kun i weekenderne. Desuden fortæller barnet, at vedkommende og den mindreårige søskende vil bo hos sin mor.

Den 6.6.2016 afviser Statsforvaltningen at genoptage sagen vedrørende den midlertidige bopæl, og dermed afslås fars anmodning herom fra den 30.5.2013. Begrundelsen for afvisningen er, at sagen er oversendt til retten.

Den 7.6.2016 orienterer mor Statsforvaltningen om, at hun har aflyst det midlertidige samvær i den pågældende uge henset til børnenes eget ønske. Hun beder om et møde med Statsforvaltningen, således at der kan tages stilling til omfanget af samværet.

Far klager, den 10.6.2016, over Statsforvaltningens afgørelse om midlertidig bopæl. Samme dag bliver der i retten holdt et forberedende retsmøde, hvor retten finder der ikke var grundlag for, at børnene ved en børnesamtale skulle have en bisidder. Retten foretager derfor samme dag (en børnesagkyndig psykolog) samtale med børnene uden bisidder. Børnene giver udtryk for, at de vil bo ved far. Retten berammede et nyt forberedende retsmøde til den 6.7.2016 med deltagelse af en børnesagkyndig.

Statsforvaltningen har pr. telefon den 13.6.2016 talt med et af børnene, der udtrykker, at der ønskes en ændring af samværet fra en 7/7 ordning til hver anden weekend. Barnet udtrykker, at det er en fastholdelse af det, der tidligere er skrevet om.

Den 13.6.2016 bliver far partshørt omkring det ene barns skriftlige og mundtlige tilkendegivelser om ændring af samvær.

Dagen efter, d. 14.6.2016, indkalder Statsforvaltningen mor og far til møde om samværet. Møde skal finde sted d. 14.7.2016, og Statsforvaltningen orienterer om, at der vil være en jurist til stede på mødet.

Ankestyrelsen træffer den 15.6.2016 afgørelse om samvær, hvor mors klage herom afvises, dvs. Ankestyrelsen stadfæster Statsforvaltningens afgørelse.

Fars klage over Statsforvaltningens afgørelse om midlertidig bopæl sendes d. 16.6.2016 til Ankestyrelsen. Samme dag har mor sendt bemærkninger til Statsforvaltningens notat omkring det ene barns telefon samtale med rådgiver og sendt mail til far med kopi til Statsforvaltningen omkring en frivillig aftale om samværet med børnene.

[688] Se forældreansvarslovens § 35.

Den 17.6.2016 gør far indsigelse mod Statsforvaltningens mødeindkaldelse vedrørende møde den 14.7.2016. Far anfører, at det ikke kan passe, at der skal startes en ny sag så kort tid efter Statsforvaltningen traf en midlertidig afgørelse om samværet den 13.5.2016.

Den 19.6.2016-21.6.2016 foregår der en korrespondance pr. mail med kopi til Statsforvaltningen mellem mor og far på baggrund af, at mor har igen ikke vil afleverer børnene til samvær.

Retten træffer, den 29.6.2016, midlertidige afgørelse om, at børnene fortsat skal have bopæl hos mor.

Juli

Ankestyrelsen afviser, den 5.7.2016, at behandle fars klage over Statsforvaltningens afgørelse om midlertidig bopæl. Ankestyrelsen angiver, at sagen er sendt til retten d. 8.3.2016, og har derfor ikke kompetence til at behandle sagen. Samme dag modtager far udskrift af retsbogen fra Østre Landsretten, hvoraf fremgår af, at fars anmodning om fri proces nægtes. Østre Landsret ændrer samtidig byrettens kendelse fra 8.3.2016 vedrørende spørgsmålet om, hvor sagen skal behandles. Sagen skal behandles i den retskreds, hvor far har bopæl.

Far bliver, den 6.7.2016, partshørt vedrørende mors bemærkninger til samværet i forbindelse med mødet, der afholdes den 14.7.2016. Samme dag bliver der afholdt et forberedende retsmøde i byretten med henblik på at forlige sagen om forældremyndighed og bopæl. Sagen blev ikke forligt.

Far sender sit partsindlæg til mors bemærkninger d. 12.7.2016.

Den 14.7.2016 bliver der afholdt et møde om samvær i Statsforvaltningen med mor og far med baggrund i det ene barns henvendelse til Statsforvaltningen d. 13.6.2016. Mor og far oplyser begge, at de ønsker børnesagkyndig rådgivning. Statsforvaltningen vejleder om, at sagens behandling stilles i bero så længe rådgivning eller konfliktmægling foregår.

Oktober

Den 4.10.2016 indkalder Statsforvaltningen mor og far til børnesamtale og opfølgende møde omkring samværet. Børnesamtale skal afholdes d. 17.11.2016, mens det opfølgende møde er planlagt til d. 21.11.2016.

Der er d. 24.10.2016 hovedforhandling i sagen om forældremyndighed og børnenes bopæl i byretten.

November

Den 14.11.2016 afsiger byretten afgørelse om forældremyndighed og bopæl. Byretten beslutter, at der fortsat skal være delt forældremyndighed, mens bopælen over børnene placeres hos mor.

Den 21.11.2016 afholdes opfølgende møde i Statsforvaltningen omkring samværet, hvor mor og far bliver enige om en aftale omkring samværet svarende til den midlertidige afgørelse, der blev truffet af Statsforvaltningen d. 13.5.2016.

4. Sagsprocessen i samværssager

4.1. Sagens begyndelse i Statsforvaltningen

En samværssag starter således i Statsforvaltningen i henhold til forældreansvarslovens § 31, stk. 1. Sagens begyndelse kan iværksættes af forskellige personer.

Det må formodes, at størstedelen af sagerne stater med, at den forælder (herefter samværsforælder), der ikke har bopælsretten til barnet, indgiver en anmodning til Statsforvaltningen om en fastsættelse, ændring eller ophævelse af samvær.

Der behøver nødvendigvis ikke at tale være tale om en ny sag forstået på den måde, at der er tale om en førstegangsanmodning. Den sag, der ønskes indledt, kan fx bero på et ønske om en ændring af et allerede eksisterende fastsat samvær af Statsforvaltningen, eller hvor der på igen anmodes om en fastsættelse af samvær, hvor tidligere er givet afslag, eller hvor samværet er ophævet.

Anmodningen kan dog også indgives til Statsforvaltningen af bopælsforælderen, dvs. den, der har barnet boende hos sig, med henblik på at få samværet ændret, bragt til ophør eller nærmere fastlagt, jf. forældreansvarslovens § 19, stk. 3.[689]

Et barn, der er fyldt 10 år (barnets initiativret) kan tillige anmode Statsforvaltningen om at indkalde forældrene til et møde om samværets omfang, jf. forældreansvarslovens § 34.

Denne initiativret gjorde et af børnene i casen brug af. Der var dog ikke tale om, at barnets initiativret iværksatte en sagsproces, der ikke allerede var i gang, idet barnet henvender sig til Statsforvaltningen på et tidspunkt, hvor sagen havde været under behandling for Statsforvaltningen i ca. 6 måneder (juni måned 2016).

Efter Ombudsmandens praksis og Menneskeretsdomstolens konventionspraksis begynder sagsbehandlingstiden som udgangspunkt at løbe fra det tidspunkt Statsforvaltningen modtager en anmodning i henhold til forældreansvarslovens § 31, stk. 1.[690]

Sagens karakter tilsiger fra dette tidspunkt og igennem hele sagsprocessen, at Statsforvaltningen og øvrige involverede retsanvendende myndigheder af egen drift behandler sagen med særligt omhu med henblik på at sikre, at sagen undgår unødvendige forsinkelser. Sagens karakter fremstår især som et centralt og vigtigt element i Menneskeretsdomstolenes rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden.[691]

[689] Se også afsnit i 2.2 i samværsvejledningen.
[690] Kapitel 6, afsnit 2.1.2.1 og afsnit 3.1.
[691] Kapitel 6, afsnit 3.3.1.

I relation til casen var det far, der indsendte et såkaldt kontaktskema til Statsforvaltningen d. 21.11.2015. Umiddelbart burde sagsbehandlingstiden således i henhold til forældreansvarslovens § 31, stk. 1 beregnes fra dette tidspunkt. Far anmodede dog angiveligt først om fastsættelse af kontaktbevarende samvær den 7.1.2016 og fastsættelse af midlertidigt samvær den 15.2.2016.

Spørgsmålet i denne forbindelse er, om Menneskeretsdomstolen og Ombudsmanden vil beregne sagsbehandlingstiden fra 21.1.2015 eller først fra de tidspunkter, hvor mor og far specifikt og konkret anmoder Statsforvaltningen om at træffe midlertidige afgørelser. Af det kontaktskema far indsendte til Statsforvaltningen fremgår der alene uenighed om bopæl og samvær, og ikke om forældremyndighed.

Det må formodes, at Menneskeretsdomstolen vil beregne tidspunktet fra hvor tvisten opstår, hvilket er det tidspunkt hvor far sender kontaktskema til Statsforvaltningen, dvs. dette gælder mor og fars uenighed om bopæl og samværet.

I relation til det kontaktbevarende samvær kan der dog opstå tvivl om, hvorvidt sagsbehandlingstiden først skal beregnes fra 21.12.2015, hvor fars advokat oplyser Statsforvaltningen om, mor er taget på krisecenter eller den 7.1.2016, hvor Statsforvaltningen hævder, at far første gang anmoder herom. Forældreansvarslovens § 29 a har nemlig, som tidligere beskrevet, sigte på de tilfælde, hvor der ikke er kontakt mellem barn og forælder. Det fremgår ikke af kontaktskemaet fra den 21.11.2015, at far ikke har samvær med børnene, men at mor og far er fælles om børnene.

Der kan derfor også opstå tvivl om afgørelsen af, om det midlertidige samvær først skal beregnes fra den 15.12.2016, hvor Statsforvaltningen hævder, at far anmodede første gang. Det kan imidlertid også anskues således, at sagen som helhed starter samlet, og at ansøgningen om det kontaktbevarende samvær er en del heraf.

For så vidt angår de midlertidige afgørelser om samvær synes det at kunne udledes af Menneskeretsdomstolen konventionspraksis, at sagsbehandlingen for de midlertidige afgørelser indgår i den samlede sagsbehandlingstid, dvs. at de ikke beregnes særskilt, medmindre klagen for Menneskeretsdomstolen følgelig alene vedrører den midlertidige afgørelse.[692] Tvisten om omfanget af samværet var også allerede til stede på tidspunktet, hvor far sender kontaktskema til Statsforvaltningen, hvorfor der kan argumenteres for, at sagsbehandlingstiden skal beregnes herfra. Det må være tilfældet både efter Ombudsmandens praksis og efter Menneskeretsdomstolens konventionspraksis. Dette gælder i al fald efter Ombudsmandens praksis. I Ombudsmandens undersøgelse af de familieretlige sager, nævnes det, at undersøgelsen af sagsbehandlingstiden sker fra borgerens første henvendelse. [693]

Starttidspunktet for samværssagens sagsbehandlingstid må derfor skulle beregnes således:

	Menneskeretsdomstolen – start dato	**Ombudsmanden – start dato**
Samværssagen	21.11.2015	21.11.2015

Denne startdato for den konkrete case anvendes i resten af afhandlingen, både for så vidt angår den samlede sagsbehandlingstid, og de midlertidige afgørelser. Der tages dog højde for, at sags-

[692] Se herom i kapitel 6, afsnit 3.3.1.
[693] Se kapitel 6, afsnit 2.1.2.1.

behandlingstiden skal beregnes fra andre tidspunkter, især for så vidt angår de midlertidige afgørelser, men der er argumenteret, at ovenstående tidspunkter skal finde anvendelse.

4.1.1. Vejledningsmøde

4.1.1.1 Indkaldelse, visitation og ventetid til vejledningsmøde

Første sagsskridt efter Statsforvaltningen har modtaget anmodning om fastsættelse af samvær eller anmodning om indkaldelse af møde, skal forældrene som *udgangspunkt* indkaldes til et indledende vejledningsmøde, jf. forældresvarslovens § 31 a, stk. 1.

Dette gælder også i de samværssager, der umiddelbart anses for at være uløselige. Statsforvaltningen skal derfor som udgangspunkt indkalde forældrene til et vejledningsmøde første gang, der rettes henvendelse til Statsforvaltningen om samvær.[694]

I nogle særlige situationer kan Statsforvaltningen dog *undlade at indkalde til et møde*, hvis det er unødvendigt eller uhensigtsmæssigt, fx hvis forældrene på forhånd har anmodet om konfliktløsning, jf. forældreansvarslovens § 31 a, stk. 1, 2. pkt eller i sager, der vurderes at være omfattet af forældreansvarslovens 39, stk. 1. I de sidstnævnte sager, har Statsforvaltningen hjemmel til at afvise sagen hvis der ikke foreligger væsentlig forandrede forhold i relation til en allerede afsluttet sag.[695]

Tidsfristerne for det indledende møde skulle ifølge Statsforvaltningens resultatplaner for 2015 og 2016 i 75 % af sagerne afholdes inden 35 dage efter modtagelsen af henvendelsen.[696] Det samme fremgår af samværsvejledningen, hvor følgende er anført

»Efter modtagelsen af henvendelsen indkaldes forældrene hurtigst muligt og helst inden 15 dage til et vejledningsmøde, der så vidt muligt skal afholdes inden 35 dage efter modtagelsen af henvendelsen.«[697]

Det fremgår imidlertid af Statsforvaltningens Årsrapport for 2015, at denne måloplfyldelse alene er sket i 36 % af forældreansvarssagerne.[698] I 2016 (januar-

[694] Samværsvejledningen, afsnit 3.1.

[695] Det bemærkes dog i samværsvejledningen, afsnit 3.1, at Statsforvaltningen i forbindelse med afvisningen af at behandle en sag efter § 39, stk. 1, i stedet skal gøre en indsats for at bibringe forældrene en forståelse for vigtigheden af, at de af hensyn til barnets velfærd og trivsel selv påtager sig ansvaret for at løse samværsspørgsmålene. Lykkes dette ikke, skal forældrene tilbydes børnesagkyndig rådgivning eller konfliktmægling med henblik på, at de selv kan løse konflikten.

[696] Resultatplan mellem Økonomi- og Indenrigsministeriets departement og Statsforvaltningen – 2015, side 7 og Resultatplan for Statsforvaltningen 2016, side 5. Se også samværsvejledningen, afsnit 3.1. For 2017 er målet, som beskrevet oven for i afsnit 2.1.7, også 75 %.

[697] Samværsvejledningen, afsnit 3.1.

[698] Statsforvaltningens Årsrapport, 2015, side 6.

november) er målet endnu ikke opfyldt, idet der alene i 41 % sager er afholdt møde inden for 35 dage.[699]

Denne ventetid skal medtælles i den samlede sagsbehandlingstid, idet sagsbehandlingstiden beregnes fra sagens start i Statsforvaltningen både når en sag vurderes i en kontekst af Folketingets Ombudsmand og menneskeretligt. Set med menneskeretlige øjne, vil det være et negativt element i en rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden, og kan i tilfælde, hvor der konkret foreligger en lang periode med inaktivitet isoleret set statuere en krænkelse.[700]

Casen er et konkret eksempel på, at de 35 dage ikke overholdes, idet samarbejdsmødet af Statsforvaltningen blev berammet 2,5 måneder efter fars indsendelse af kontaktskema i november 2015. Det fremgår ikke af sagsakter hvad årsagen til den »sene« omberammelse er. Derudover blev samarbejdsmødet for mors vedkommende således omberammet til at finde sted på et senere tidspunkt. En årsag til målet på de 75 % ikke er opfyldt kan således meget vel være, at det er parterne, der også medfører en forsinkelse af afholdelsen af det indledende møde, og hvor udsættelsen af Statsforvaltningen er accepteret.

Efter oplysning fra Statsforvaltningen, og som det fremgår af sagsakterne for casen, bliver dette indledende møde også kaldet et »samarbejdsmøde«. Statsforvaltningen oplyser, at udgangspunktet for disse samarbejdsmøder er med deltagelse af en børnesagkyndig, idet fokus er på en konfliktløsning. Der deltager således som udgangspunkt ikke en jurist i dette indledende samarbejdsmøde.

Dette fremgår også af casen, hvor mor og fars deltagelse i samarbejdsmødet skete uden deltagelse af jurist; far med deltagelse af en børnesagkyndig og mor med deltagelse af en sagsbehandling med ukendt profession.

Et andet forhold, der tilstræber en konfliktløsning er et vejledningsmøde, hvor alle spørgsmål drøftes i den situation, hvor der er uenighed om flere spørgsmål, f.eks. samvær, forældremyndighed og/eller barnets bopæl. Her kan det således være hensigtsmæssigt at afholde et vejledningsmøde for, at eventuelt kan findes en samlet løsning på de rejste problemstillinger.[701]

Statsforvaltningen har derfor mulighed for ved brug af vejledningsmøderne (samarbejdsmøderne) på et meget tidligt stadie i sagsprocessen at sikre et effektivt forløb.

I vurderingen af brugen af det indledende møde, må det være vigtigt, at der sondres mellem hvilken sagstype, der er tale om, fx om der er tale om ophævelse eller suspension om samvær eller om der er tale om en detailregulering af samværets omfang. I den første sagstype, må en hurtig sagsbehandlings prioriteres.

Derudover bør Statsforvaltningen søge at vurdere, om der er tale om en sag, hvor en af forældrene udøver samarbejdschikane, og måske uden påviselig grund

[699] Se Statistik fra Statsforvaltningen 2016 vedlagt som bilag.
[700] Kapitel 6, afsnit 3.3.4.4.
[701] Forældremyndighedsvejledningen, afsnit 1.

hindrer samvær.[702] Hvis dette er tilfældet, har Statsforvaltningen hjemmel til at fastsætte kontaktbevarende midlertidigt samvær i henhold til forældreansvarslovens § 29 a.

Der bliver på dette stadie af sagen ikke iværksat en egentlig sagsbehandling inden med partshøring inden vejledningsmødet.[703]

Der kan imidlertid, på forældrenes eget initiativ, have været afgivet skriftlige partsindlæg fra forældrene inden vejledningsmødet, hvor Statsforvaltningen efter forvaltningslovens § 19 – eller som følge af god forvaltningsskik – kan være forpligtet til at foretage partshøringer, som vil forsinke den igangværende sagsproces. Antallet af partsindlæg og partshøringer samt øvrige sagsskridt, herunder længden af partshøringsfristen kan medvirke til at komplicere sagsprocessen både faktisk og retligt, og skal følelig inddrages i en rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstidens længde.[704]

På dette tidspunkt af sagen – hvor samarbejdsmødet endnu ikke var afholdt – havde far i casen sendt fem rykkere til Statsforvaltningen med henblik på at få fremskyndet en afgørelse, ligesom far havde sendt bemærkninger til brug for samarbejdsmødet.

Statsforvaltningen har følgelig skullet tage stilling til fars henvendelser, men det må dog klart antages, at det ikke indgår som en faktor, der kan retfærdiggøre sagsbehandlingstiden, hverken hos Menneskeretsdomstol eller Ombudsmanden. Tværtimod vil den antagelige døde periode, der er gået fra far sendte kontaktskema til Statsforvaltningen og til afgørelse blev truffet og fars anmodning om at fremskynde sagen må have en negativ betydning i relation til Statsforvaltningens forklaringsbyrde for, at den tid der umiddelbart efter sagsakterne, synes at være forløbet uden aktivitet fra Statsforvaltningens side.

Der er derudover flere forhold, der konkret kan medvirke til, at sagen på dette indledende stadie bliver fremmet med den fornødne hurtighed og som kan bruges som forligsfremmende værktøjer. Der er to tiltag her, nemlig i forhold til tunge sager og obligatorisk vejledningsmøde, som behandles nedenfor.

4.1.1.2 Særlige komplicerede sager

Et tiltag for at sikre tilstrækkelig fremdrift i særlige komplicerede sager er at sætte faglig kompetence ind hurtigst muligt i sagsprocessen. Det fremgår af lovbemærkningerne til ændring af forældreansvarsloven i 2015, at visse samværssager, der umiddelbart vurderes som tunge, og i sager, hvor der anmodes om samvær med mindre børn, vil det være mest hensigtsmæssigt, at der deltager både en jurist og en børnesagkyndig i vejledningsmødet (også kaldet tværfagligt møde). Forældrene vil

[702] Se om samarbejdschikane i samværsvejledningen, afsnit 12.

[703] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 103 af 19.3.2015, afsnit 3.4.1. Statsforvaltningen bør da sende anmodningen om fastsættelse eller ændring af samvær til den anden forælder sammen med indkaldelsen.

[704] Se afsnit 3.2.2.2.

da få mulighed for få besvaret deres spørgsmål af sagsbehandlere med den nødvendige kompetence.[705]

Det fremhæves i samværsvejledningen, at dette vil kunne medvirke til, at problemerne kan afklares og løses allerede på vejledningsmøde og derved kan der spares tid og ressourcer. »Ved sagens visitering til vejledningsmødet skal det derfor altid overvejes, om der ud over den juridiske sagsbehandler, skal deltage en børnesagkyndig«.[706]

På dette punkt illustrerer casen flere interessante forhold. For det første, at på det tidspunkt (november 2015) hvor far sender kontaktskemaet til Statsforvaltningen, er konfliktniveauet ikke højt, men bliver det imidlertid relativt hurtigt efter mor forlader hjemmet med børnene og tager på krisecenter (medio december), og far nægtes samvær med børnene.

I mellemtiden har Statsforvaltningen (primo december) indkaldt forældrene til et samarbejdsmøde, der skal finde sted i februar 2016. I tiden mellem Statsforvaltningens mødeindkaldelse og samarbejdsmøde anmoder mor om midlertidig bopæl, far anmoder om fuld midlertidig forældremyndighed, og søger om kontaktbevarende samvær, samt også om fastsættelse af midlertidigt samvær ved en midlertidig afgørelse. Derudover foretages i sagen en underretning til kommunen fra mors læge vedrørende børnenes trivsel og mor ønsker ikke at deltage i samarbejdsmødet som følge af, at hun er bange for at være i samme rum som far.

Det må konstateres, at konfliktniveauet konkret er højt, især grund af mors anklager om (psykisk) vold. Uanset dette afholder Statsforvaltningen samarbejdsmødet uden jurist, hvilket forekommer at være i strid med lovbemærkningerne til lovændringen af forældreansvarsloven i 2015 om sager, der umiddelbart virker tunge.

Statsforvaltningen angiver også i sin afgørelse, hvor far gives afslag på kontaktbevarende samvær, midlertidig bopæl og midlertidig fuld forældremyndighed: »Vi har lagt vægt på, at det af sagens oplysninger fremgår, at forældrenes konfliktniveau er meget højt«.

Sagen overgik først til afgørelsesspor med sagsbehandling af jurist i marts måned, efter samarbejdsmødet med mor var blevet afholdt, dvs. efter Statsforvaltningen traf sin afgørelse vedrørende fars afslag på kontaktbevarende samvær, midlertidig bopæl og midlertidig fuld forældremyndighed.

Der har dermed været en periode på 2-3 måneder, hvor Statsforvaltningen har haft mulighed for at vurdere behovet for om sagen skulle ske med deltagelse af både en jurist og børnesagkyndig på grund af det høje konfliktniveau.

Det må også bemærkes, at samarbejdsmødet først skulle finde sted knap to måneder efter mødeindkaldelsen, som nævnt oven for i afsnit 4.1.1.1, samt at samarbejdsmødet med mor og far blev afholdt afskudt med ca. en måneds mellem, idet mor aflyste sin deltagelse i mødet. Mors afbud til mødet behandles straks neden for.

[705] Jf. afsnit 3.4.1. i de almindelige lovbemærkninger til lov nr. 103 af 19.3.2015. Se også samværsvejledningen, afsnit 3.

[706] Samværsvejledningen, afsnit 3.

4.1.1.3. Mødepligt

Begge forældres deltagelse i det indledende vejledningsmøde er siden oktober 2015 sblevet gjort obligatorisk.[707] Det betyder, at forældrene har pligt til at deltage i mødet, jf. forældreansvarslovens § 31 a, stk. 2, hvilket åbner op for nye problematikker.

Oplysningen om denne mødepligt skal fremgå af Statsforvaltningens indkaldelse til møde, og forældrene skal orienteres om konsekvensen ved at udeblive (processuel skadesvirkning).

Forældrenes adfærd er følgelig meget central for sagens fremdrift og for sagsbehandlingstidens længde. Både Menneskeretsdomstolen og Ombudsmanden inddrager parternes adfærd i rimelighedsvurderingen af sagsbehandlingstiden. Hvis parterne ikke er samarbejdsvillige og fx flere gange melder afbud til møder eller bare generelt ikke medvirker til sagens fremdrift, er det et forhold, der med rimelig grund kan forklare en eventuel lang sagsbehandlingstid.[708]

I visse tilfælde kan forældrene dog have god grund til ikke at give møde, fx er behovet for at være repræsenteret af en advokat en god grund til en kortvarig udsættelse.[709] Der vil endvidere i helt særlige tilfælde kunne holdes separate møder med forældrene, fx hvis en af dem af været voldelig over for den anden, eller blot som led i forligsbestræbelser.

Er der tale om en, at sag helt skal omberammes, bør Statsforvaltningen for at fremme mødet, kontakte forældreren for at afklare, om der er mulighed for, at en anden person deltager. Statsforvaltningen skal i den forbindelse være opmærksom på, at aflysningen ikke sker af chikanøse grunde, idet formålet med mødepligten er at fremme begge forældrenes aktive og loyale medvirken til sagens behandling og undgå, at sagens proces og afklaring trækkes ud. Statsforvaltningen vil også kunne - hvis en eller begge forældre ikke ønsker at deltage i mødet – foretage sagsbehandlingen på skriftligt grundlag.[710]

Mors advokat bad i den konkrete case på vegne af mor om omberammelse af samarbejdsmødet (det indledende vejledningsmøde) ca. 14 dage før mødet skulle finde sted på grund af, at hun var bange for at være i samme lokale som far. Samarbejdsmødet var planlagt til d. 4.2.2016. Dagen før, mødet skulle afholdes, meldte hun afbud.

Statsforvaltningen valgte at afholde mødet far alene, og udsatte, som det allerede er beskrevet, til en måned senere. Her er det vigtigt at have i mente, at mor identificeres med advokatens adfærd, hvilket vil have betydning i forhold til en eventuel klage mor vil kunne lave over sagsbehandlingstiden.[711]

[707] Se også om lovændringen oven for i afsnit 1.
[708] Kapitel 6, afsnit 2.1.2.3 og afsnit 3.3.3.
[709] Se almindelige lovbemærkninger til lov nr. 103 af 19.3.2015, afsnit 3.4.2. Det fremgår af lovbemærkningerne, at størstedelen af forældrene møder op til mødet, men at den væsentligste grund til en omberammelse skyldes udeblivelse.
[710] Samværsvejledningen, afsnit 3.1.
[711] Kapitel 6, afsnit 3.3.3.

Mors afbud til mødet viser derudover, at intentionen bag den obligatoriske mødepligt konkret ikke altid kan udmøntes i praksis. Sagen kan således, uanset den obligatoriske mødepligt, blive trukket i langdrag. Det kan dog anføres, at Statsforvaltningen traf afgørelse på det foreliggende grundlag (processuel skadesvirkning), idet afgørelserne om midlertidigt kontaktbevarende samvær, midlertidig bopæl og midlertidig forældremyndighed blev truffet inden mor deltog i samarbejdsmødet. Dette var imidlertid i realiteten uden betydning for mor, idet far fik afslag på det hele.

4.2. Sagens behandling efter et vejledningsmøde

Sagsprocessen efter det indledende møde afhænger, som det er beskrevet i afsnit 1.2, af hvorvidt parterne er nået til enighed om en aftale om samværet.

Såfremt parterne ikke kan blive enige om samværet, har Statsforvaltningen pligt til at tilbyde forældrene børnesagkyndig rådgivning eller konfliktmægling i henhold til forældreansvarslovens § 32, stk. 1. I særlige tilfælde kan Statsforvaltningen dog undlade at tilbyde rådgivning eller konfliktmægling, hvis det skønnes uhensigtsmæssigt, jf. forældreansvarslovens § 32, stk. 3.

Hvis parterne herefter *accepterer konfliktløsningstilbuddet*, skal det gennemføres hurtigst. Eventuelt kan sagen afsluttes ved, at forældrene er blevet enige.

Statsforvaltningen skal imidlertid også vurdere, om der på dette tispunkt er behov for en yderligere sagsoplysning, der enten kan bruges i forligsbestræbelser eller som led i Statsforvaltningens grundlag for en eventuel senere afgørelse.[712]

Det kan også være, at der konkret bliver behov for *flere møder*, hvor det dog skal fremhæves, at der her ikke er fastsat et lovpligtigt fremmøde.[713]

I casen blev der efter afholdelsen af de separate samarbejdsmøder i februar og marts måned 2016, imidlertid ikke tilbudt forældrene børnesagkyndig rådgivning eller konfliktmægling, som Statsforvaltningen er forpligtet til i henhold til forældreansvarslovens § 32, stk.1.

Det fremgår i al fald ikke af mødenotaterne eller de øvrige sagsakter. Det kan være, at Statsforvaltningen på grund af det høje konfliktniveau i henhold til forældreansvarslovens § 32, stk. 3 havde fundet et tilbud herom uhensigtsmæssigt.

Børnesagkyndig rådgivning blev imidlertid tilbudt og accepteret af forældrene i juli måned 2016 efter et møde afholdt i Statsforvaltningen vedrørende uenigheden omkring samværet, og det ene barns ændrede ønske omkring fordelingen heraf mellem mor og far. I mellemtiden har der således i februar og maj måned været truffet afgørelser om midlertidigt samvær, midlertidig bopæl og forældremyndighed.

Statsforvaltningen har således nogle forligsfremmende værktøjer, der under visse omstændigheder gør, at det er hensigtsmæssigt, at der på dette stadie af samværssagen endnu ikke er truffet en afgørelse, fx hvor der er kontakt mellem barn og samværsforælder.

[712] Samværsvejledningen, afsnit 3.6.2.

[713] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 103 af 19.3.2015, afsnit 3.4.2.

Menneskeretsdomstolen vil i sin rimelighedsvurdering inddrage sådanne forligsbestræbelser. Det fremgår således navnlig af konventionspraksis, at Menneskeretsdomstolen tillægger myndighedernes forligsbestræbelser positiv vægt i retfærdiggørelsen af sagsbehandlingstidens længde.[714]

Såfremt forældrene ikke bliver enige om samværet, og de ikke ønsker (yderligere) forligsbestræbelser, kan Statsforvaltningen træffe afgørelse, om samværet, evt. midlertidig kontaktbevarende samvær i henhold forældreansvarslovens § 29 a og midlertidig samvær i henhold til forældreansvarslovens § 29 inden en endelig afgørelse træffes.[715]

I de tilfælde, hvor der ikke er kontakt mellem barn og forælder, er det dog problematisk, hvis der først tages stilling til samværet efter det indledende møde, når der som beskrevet pt. er en lang berammelsestid i størstedelen af sagerne. Den lovbestemte frist på tre uger i forældreansvarslovens 29 a om midlertidig kontaktbevarende samvær vil under ingen omstændigheder da kunne overholdes, da berammelsestiden for mødet således vil overstige fristen. Formålet med det kontaktbevarende samvær forspildes således i sådanne tilfælde.

I disse situationer vil Ombudsformanden formentlig kritisere Statsforvaltningens sagsbehandlingstid, allerede når henses til, at det er en lovbestemt frist, der ikke er overholdt. Menneskeretsdomstolen vil dog isoleret givetvis ikke statuere en krænkelse, medmindre der er konkret er en helt udsædvanlig tidsperiode. Menneskeretsdomstolen vil uanset antagelig som udgangspunkt inddrage det som et negativt moment i helhedsbedømmelsen af sagsbehandlingstiden, især hvis samværsforælderen i denne periode ikke har set sine børn.[716] Der foreligger således en forklaringsbyrde for Statsforvaltningen, især hvis der er tale om en inaktiv periode uden sagsskridt.

I casen traf Statsforvaltningen afgørelse om kontaktbevarende samvær tre måneder efter far havde sendt kontaktskemaet til Statsforvaltningen, og efter der var afholdt et samarbejdsmøde, hvilket således har betydet en overskridelse af den lovbestemte frist på lidt over 2 måneder.

Det skal nævnes, at en overskridelse af fristen også ville være forekommet, hvis sagsbehandlingstiden først skulle beregnes fra den 7.1.2015, hvor Statsforvaltningen har anført, at far første gang anmodede herom. Overskridelsen ville så i stedet være knap en måned.

Det fremgår af lovbemærkningerne til ændringen af forældreansvarsloven i 2015, at den forælder, der søger om samvær, ikke særskilt skal anmode Statsforvaltningen om at fastsætte midlertidig kontaktbevarende samvær. Som af indførelsen af det kontaktbevarende samvær og indførelsen af den obligatoriske mødepligt skal stats-

[714] Se kapitel 6, afsnit 3.3.4.7.
[715] Samværsvejledningen, afsnit 3.7
[716] Se kapitel 6, afsnit 3.3.5.

forvaltningens sagsbehandling tilrettelægges sådan, at forældrene med det samme vejledes om processen.[717]

I relation den til den konkrete case overholdes dette ikke. På det tidspunkt, hvor fars advokat i december 2015 rykker for en fremskyndelse af sagen, og hvor det oplyses, at der far ikke har kontakt med børnene, burde Statsforvaltningen her have vejledt far og mor om processen og herefter have iværksat processen om at fastsætte kontaktbevarende samvær og tage stilling til, om det var til børnenes bedste.

4.2.1. Oplysning af sagen, partshøring og børnesamtaler

Når det er konstateret, at samværssagen er overgået til afgørelsessporet, fordi forældrene ikke har kunnet indgå forlig, skal Statsforvaltningen sørge for at sagen bliver tilstrækkeligt oplyst.[718]

Det påhviler Statsforvaltningen at oplyse sagen.[719] *Partshøringer* vil efter forvaltningslovens § 19 i skulle foretages i forhold til de oplysninger, der bliver indhentet. Sagen vil derfor på dette stadie stadig være under behandling, og en partshøring vil dermed udskyde afgørelsen af sagen. Tidshorisonten for sagens fremdrift vil afhænge af hvilke oplysninger, der skal indhentes, og måden det gøres på.

Sagsbehandlingstiden kan også blive længere, hvis der skal indhentes yderligere oplysninger. Oplysningerne kan indhentes, enten som led i forligsbestræbelser eller som led i Statsforvaltningens oplysningsgrundlag til brug for en senere afgørelse.[720]

Det fremhæves i samværsvejledningen, at det er vigtigt, at Statsforvaltningen på et så tidligt tidspunkt som muligt *inddrager barnet* i sagen. Barnets tilkendegivelser skal indgå i sagens afgørelse i henhold til forældreansvarslovens § 5, jf. § 4.

Inddragelse af barnet kan også være som et led i forligsbestræbelser mellem forældrene, hvor inddragelsen af barnet og dets perspektiv vil kunne være med til at fastholde fokus på barnets behov og give forældrene mulighed for at anlægge nye vinkler på, hvordan de varetager deres barns behov bedst muligt.

Det angives i samværsvejledningen, at inddragelsen af barnet på et tidligt tidspunkt i sagsprocessen er vigtigt især i konfliktfyldte sager, sager med mindre børn og sager med vold i familien, grænseoverskridende adfærd mod barnet eller misbrug.[721]

Det skal i denne forbindelse nævnes, at forældrene kan modsætte sig, at barnet skal deltage i en børnesamtale eller børnesagkyndig undersøgelse.

Det vil oftest være mindre tidskrævende at *indhente udtalelser* fra fx vuggestue, skole mv., end det er at indhente en sagkyndig udtalelse om én af forældrene eller begge, foretagelse af en børnesamtale eller en børnesagkyndig undersøgelse. Yder-

[717] Afsnit 3.3.2.1 i de almindelige bemærkninger til lov nr. 103 af 19.3.2015.
[718] Samværsvejledningen, afsnit 3.7.
[719] Se oven for afsnit 1.
[720] Samværsvejledningen, afsnit 3.6.2.
[721] Samværsvejledningen, afsnit 3.5

ligere oplysninger af sagen kan også komme fra forældrene. Fremkommer der mange partsindlæg fra forældrene vil det i sagens natur kunne komplicere sagsprocessen både faktisk og retligt.

Hvis forældrene accepterer, at en børnesamtale eller en børnesagkyndig undersøgelse skal finde sted, betyder det samtidig en accept af, at sagens afgørelse udskydes til efter samtale eller undersøgelsen har fundet. Dette er et element, der i henhold til Menneskeretsdomstolens konventionspraksis vil medvirke til at retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid.[722] Omvendt kan det være kritisabelt, at sagen ikke bliver tilstrækkelig oplyst.

Ifølge konventionspraksis er det dog vigtigt at have i mente, at Statsforvaltningen skal udvise agtpågivenhed fx i forhold til den børnesagkyndige undersøgelse, der foretages, ikke tager unødig lang tid. Statsforvaltningen har således en menneskeretlig forpligtelse til at sikre, at den børnesagkyndige laver arbejdet inden for en rimelig tidshorisont.[723]

Ombudsmanden vil også i sin vurdering konkret inddrage, hvor lang tid det fx tager Statsforvaltningen at iværksætte en børnesamtale eller en børnesagkyndig undersøgelse. Har det taget for lang tid at fastsætte tidspunktet herfor, vil det kunne være i strid med god forvaltningsskik.[724]

I casen blev der fx i april 2016 afholdt en børnesamtale med børnene med henblik på at få afklaret børnenes ønsker omkring samvær med far i forbindelse med afgørelse om midlertidigt samvær. Børnesamtalen blev afholdt ca. 5 måneder efter far sendte kontaktskema til Statsforvaltningen. Afholdelsen af børnesamtalen på dette tidspunkt synes umiddelbart at være i strid med god forvaltningsskik, når henses til Ombudsmandens undersøgelse af de familieretlige sager, hvor der refereres fra en sag, hvor børnesamtalen først blev afholdt 6 måneder efter klagens modtagelse.

Såfremt én eller begge *forældre er modvillig* over for at bidrage til sagens oplysning kan dette også påvirke den samlede sagsbehandlingstid. En sådan adfærd vil efter Ombudsmandens praksis og konventionspraksis medvirke negativt som faktor, der er således vil retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid – forudsat, at Statsforvaltningen har gjort, hvad de kunne for at fremskynde sagen, trods den modvillige adfærd.[725]

4.2.2. Midlertidige afgørelser

Der kan være behov for, at der bliver truffet en midlertidig afgøre om samvær eller kontaktbevarende samvær inden Statsforvaltningen træffer en endelig afgørelse, fx også under en forældremyndigheds- eller bopælssag.

[722] Se kapitel 6, afsnit 3.3.3.
[723] Se kapitel 6, afsnit 3.3.4.6.
[724] Se kapitel 6, afsnit 2.1.2.3.
[725] Samværsvejledningen, afsnit 4.4.

Formålet med en midlertidig afgørelse kan enten være at fastholde kontakten mellem barn og forælder, hvor der ikke er samvær, eller formålet kan være at suspendere eller ophæve samværet, fx i sager hvor der er mistanke om overgreb. Sådanne tilfælde kræver en hurtig afgørelse, mens sagens behandles og inden endelige afgørelse kan træffes.

Tilsiger sagen på sagens karakter på sit nuværende stadie en hurtigere sagsbehandling, vil en midlertidig afgørelse om samvær eller kontaktbevarende samvær være en brugbar løsning, hvorfor Statsforvaltningen ikke skal indlede detaljerede drøftelser i forhold til at fastsætte et samvær ved en endelig afgørelse.[726]

Indførelsen af den lovbestemte frist på tre uger i forældreansvarslovens § 29 a i 2015 om kontaktbevarende samvær, understøttes også af, at Statsforvaltningen kan fastsætte et standardiseret minimumssamvær.

Det anføres i lovbemærkningerne til lovændringen, at formålet er hermed er at undgå, at sagsbehandlingen af den midlertidige afgørelse trækker ud fx på grund af detaljerede drøftelser af omfanget om placeringen af det midlertidige samvær eller chikane. Det således for at søge at hindre, at formålet med den midlertidige afgørelse ikke forspildes.[727]

I casen blev der dog først truffet afgørelse om midlertidigt samvær (maj) , efter at der var givet afslag på kontaktbevarende samvær 3 måneder forinden (februar), samt efter der var afholdt børnesamtale med børnene (april), og efter far var blevet bedt om at præcisere sit ønske samvær (februar). Statsforvaltningen burde imidlertid have fastsat kontaktbevarende samvær.

Der går dog således ca. 5 ½ måned fra fars første henvendelse til Statsforvaltningen før Statsforvaltningen træffer afgørelse om et midlertidigt samvær (ikke kontaktbevarende samvær, idet formålet hermed allerede var forspildt).

Begrundelsen herfor må være, at Statsforvaltningen ikke har haft styr på, hvilke ansøgninger far har indgivet. Bl.a. oplyser Statsforvaltningen den 15.3.2016 far om, at han ikke har søgt om samvær, mens Statsforvaltningens souschef d. 11.4.2016 skriver til far, at far i hvert fald d. 15.2.2016 har søgt om midlertidigt samvær.

Reglerne om midlertidigt samvær og midlertidig kontaktbevarende samvær giver mulighed for at imødegå de problemer, som således kan opstå, hvis sagsbehandlingen trækker ud. Dette kan skyldes, at den ene forælder udebliver fra møde, ikke svarer på Statsforvaltningens henvendelser, forvaltningslovens parthøringsregler, gennemførelse af rådgivning eller konfliktmægling eller nærmere undersøgelse.

For at kunne træffe en hurtig afgørelse om midlertidigt samvær, kan det efter omstændighederne medføre, at der fastsættes samvær, uden at alle de processuelle regler er fulgt og uden, alle relevante oplysninger er indhentet. Dog vil bopælsfor-

[726] Samværsvejledningen, afsnit 5.2.5.

[727] Se almindelige lovbemærkninger til lov nr. 270 af 25.3.2015, afsnit 3.3.2.1.

ælderen som udgangspunkt skulle partshøres, hvilket Statsforvaltningen skal forsøge at gøre pr. telefon.[728]

Statsforvaltningen traf dog afgørelse om kontaktbevarende samvær (og midlertidig bopæl og midlertidig fuld forældremyndighed) inden vejledningsmødet med moren blev afholdt Der blev således ikke foretaget en partshøring af mor.

Dette må antageligt skulle ses i relation til at parthøringspligten i forvaltningslovens § 19, stk. 1 alene gælder i de sager, hvor der træffer træffes en afgørelse til ugunst for den pågældende part. Statsforvaltningens afgørelse faldt således ud til mors fordel, idet far fik afslag på kontaktbevarende samvær, midlertidig bopæl og midlertidig fuld forældremyndighed.

Menneskeretligt set kræves der også en hurtigere sagsbehandlingstid for midlertidige afgørelser, når disse vurderes særskilt. At sagen efter sin karakter kræver en hastede behandling, og derfor kan tilsige en midlertidige afgørelse, er også et element i Ombudsmandens rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden.[729] Isoleret set kan sagsbehandlingstiden for en midlertidig afgørelse om samvær udgøre en krænkelse af EMRK, men det svært at svare på hvor Menneskeretsdomstolens grænse går. Det kræves ikke, at der træffes en afgørelse med det samme.[730]

Lovgivningsmæssigt er det klart, at en overskridelse af den lovbestemte frist og de administrativt fastsatte frister vil give anledning til en kritik fra Ombudsmanden.[731] Det er imidlertid svært generelt at svare på om fristerne lever op til den menneskeretlige forpligtelse for midlertidige afgørelser. Normkonflikter mellem EMRK og forældreansvarsloven må i visse tilfælde formodes konkret at kunne opstå i praksis. I sådanne tilfælde er det således Statsforvaltningen, der skal sørge for, at hindre denne konflikt.[732]

Sagsbehandlingstiden for de midlertidige afgørelser har på dette stadie af sagen i den konkrete case været følgende:

	Menneskeretsdomstolen – start dato	**Ombudsmanden – start dato**	**Fælles slut dato**	**Sagsbehandlingstid**
Midlertidig afgørelse om samvær	21.11.15	21.11.15	13.5.16	5 mdr. og 22 dage
Midlertidig afgørelse om kon-	21.11.15	21.11.15	24.2.16	3 mdr. og 3 dage

[728] De almindelige bemærkninger til lov nr. 270 af 25.3.2015, afsnit 3.3.2.1 og samværsvejledningen, afsnit 13.
[729] Kapitel 6, afsnit 2.1.2.3. og afsnit 3.3.1.
[730] Se kapitel 6, afsnit 3.3.1.
[731] Se kapitel 6, afsnit 2.1.1.
[732] Se herom i kapitel 3, afsnit 3 og afsnit 4.

taktbevarende samvær				

Som det fremgår af oversigten, er der bestemt ikke tale om en hurtig sagsbehandlingstid af de midlertidige afgørelser om samvær. Det er allerede anført, at den lovbestemte sagsbehandlingstid for den midlertidige afgørelse om kontaktbevarende samvær er overskredet i casen.

Det må også klart antages, at de øvrige midlertidige afgørelser har taget længere tid end påkrævet efter bekendtgørelse om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær. Formålet med de midlertidige afgørelser i casen kan derfor anføres at være forspildt på grund af de lange sagsbehandlingstider.

I forhold til konventionspraksis er det usikkert, om disse sagsbehandlingstider isoleret set vil kunne statuere en krænkelse af EMRK, men de vil dog kunne medvirke som en negativ faktor i Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering af den samlede sagsbehandlingstid. I denne forbindelse bemærkes, at Menneskeretsdomstolen ikke tillægger det betydning for rimelighedsvurderingen om en lovbestemt frist er overskredet.

Ud fra den konkrete case, synes en normkonflikt med EMRK at være en reel mulighed i andre sager. Der træffes meget sen en midlertidig den afgørelse, og den lovbestemte frist om kontaktbevarende samvær er ikke overholdt. Hvis en lignende sag forekommer, hvor far eller mor på sigt mister kontakt til sine børn som følge heraf, synes det mere oplagt.

Ombudsmanden vil dog klart kritisere en overskridelse af den lovbestemte frist i forældreansvarsloven og de fastsatte administrative frister. Far (og fars advokats) anmodninger til Statsforvaltningen om at fremskynde sagernes behandling vil derimod tælle positivt som faktor for, at der ikke foreligger forhold, der kan lægges ham til last i forhold til sagsbehandlingstidens længde.

4.2.2.1. Ankestyrelsens hjemmel til at træffe midlertidige afgørelser

Det altovervejende udgangspunkt er, at Statsforvaltningen alene midlertidige afgørelser.

Midlertidige afgørelser kan imidlertid undtagelsesvist træffes af Ankestyrelsen. Adgangen til at træffe en midlertidig afgørelse kan i helt særlige tilfælde udøves af Ankestyrelsen i henhold til forældreansvarslovens § 29, stk. 4. Det gælder i sager, hvor Statsforvaltningen endnu ikke har taget stilling til sagen, og mor eller far har anmodet Ankestyrelsen om at træffe afgørelse. Normalvis vil Ankestyrelsen i sådanne tilfælde fremsende anmodningen til Statsforvaltningen, og bed dem om at træffe afgørelse.

I nogle situationer kan sagen imidlertid være så hastende, at det ikke vil være muligt for Ankestyrelsen at anmode Statsforvaltningen om at tage stilling til anmodningen.

Det fremgår lovbemærkningerne til forældreansvarslovens § 29, stk. 4, at dette fx kan være i sager, hvor det gøres gældende, at barnet har været udsat for vold el-

ler seksuelle krænkelser.[733] Bestemmelsens anvendelsesområde synes derfor ikke umiddelbart at vedrøre sager, hvor det fx (alene) gøres gældende, at sagsbehandlingstiden har været for lang, men bestemmelsen kunne være et godt retsmiddel for parterne til at få en hurtig(ere) midlertidig afgørelse i de situationer, hvor der ikke er kontakt mellem barn og forælder.[734]

I casen orienterede Ankestyrelsen, i maj 2016, far om, at sagen om det kontaktbevarende samvær stadig var under behandling hos Statsforvaltningen, hvorfor der ikke kunne træffes afgørelse herom. På dette tidspunkt er der gået ca. 5,5 måneder fra fars første henvendelse til Statsforvaltningen. Det kan formodes, at sagsbehandlingstiden vil have været kortere, hvis Ankestyrelsen havde hjemmel til at træffe afgørelse herom.

4.3. Udsættelse af afgørelsen

4.3.1. Orientering hvis sagen trækker ud

Det følger af god forvaltningsskik og af Justitsministeriets vejledning om forvaltningsloven, at parterne skal have besked, hvis sagen trækker ud og tager længere tid at behandle end sædvanligt. Hvis parterne rykker for en afgørelse med en henvisning til sagsbehandlingstiden, skal Statsforvaltningen svare med det samme, og orientere parterne om, hvor langt sagen er i processen, og hvornår der forventes at foreligge en afgørelse.[735]

I casen var det derfor ikke i overensstemmelse med god forvaltningsskik, at far ikke fik besked om, at sagen vedrørende de midlertidige afgørelser trak ud. Det var far, der flere gange rykkede for en hurtig afgørelse. I den forbindelse fik far heller ikke svar på, hvornår han kunne forvente at få en afgørelse.

4.3.2. Børnesagkyndig rådgivning

Hvis forældrene accepterer tilbuddet om børnesagkyndig rådgivning stilles samværssagen i bero indtil rådgivningen er afsluttet.[736] Det frem går af statistikken fra Statsforvaltningen, at børnesagkyndig rådgivning i 2016 i gennemsnit tog 5,8 uger.[737] Derfor vil en eventuel afgørelse af sagen blive udsat i minimum to måneder. Det vides ikke hvor for lang ventetiden er for at komme til børnesagkyndig

[733] Jf. lovbemærkningerne til § 28, stk. 3 til lov nr. 499 af 6.6.2007. Se endvidere nærmere om bestemmelsen Stine Krone Christensen, 2014, side 484 f.

[734] Stine Krone Christensen, 2014, side 486, henviser til Familiestyrelsens afgørelse af 15.11.2007, j.nr. 07-540-0657 hvoraf det fremgår, at bestemmelses anvendelsesområde fx vedrører sager, hvor der er frygt for, at barnet udsættes for vold, seksuelle krænkelser eller andre grænseoverskridende handlinger, eller hvor barnets psykiske velfærd er truet.

[735] Vejledning om forvaltningsloven, nr.11740 af 4.12.1986, pkt. 206-208. Se herom i kapitel 6, afsnit 2.1.2.3.

[736] Jf. bekendtgørelse om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær, § 19, stk. 4. Se herom i samværsvejledningen, afsnit 3.6.3.

[737] Statistik fra Statsforvaltningen, Børnesagkyndig rådgivning, 2016.

rådgivning, men som det er beskrevet oven for i afsnit 4.2 foreligger der en forventning om, at rådgivningen gennemføres hurtigst muligt.

Udsættelsen kan enten medføre, at sagen kan blive forligt, eller hvis forlig ikke opnås, skal Statsforvaltningen træffe afgørelse i sagen. Den børnesagkyndige skal i henhold til § 21, stk. 2 i bekendtgørelse om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær, når rådgivningen er afsluttet, orientere sagsbehandleren i Statsforvaltningen om, hvorvidt forældrene er blevet enige, eller om Statsforvaltningen skal fortsætte sagsbehandlingen.

Udsættelsen vil følgelig medføre en forlænget sagsbehandlingstid, som efter Menneskeretsdomstolens konventionspraksis tæller med i den samlede sagsbehandlingstid, men som vil kunne retfærdiggøre sagsbehandlingstiden på grund af, at det er et forligsfremmende værktøj.[738] I den forbindelse inddrager Menneskeretsdomstolen i vurderingen om parten selv har accepteret, at sagen er blevet stillet i bero.[739]

For så vidt angår casen, må det formodes på grund af, at der ikke foreligger mange sagsakter i perioden juli til november, at samværssagen blev stillet i bero på den grund af den børnesagkyndige rådgivning. Denne periode vil derfor kunne medvirke til, at den samlede sagsbehandlingstid vil kunne retfærdiggøres.

4.3.3 Anmodning om aktindsigt i egen sag

Anmodning om aktindsigt i egen sag kan under nærmere omstændigheder medføre en udsættelse af samværssagens afgørelse.

Hvis en part anmoder om aktindsigt i egen sag, skal Statsforvaltningen og Ankestyrelsen snarest afgøre om aktindsigten kan imødekommes. Det foreskrives i forvaltningslovens § 16, stk. 2, at en anmodning om aktindsigt skal færdigbehandles inden 7 arbejdsdage efter modtagelsen, medmindre fx sagens omfang eller kompleksitet undtagelsesvis ikke gør det muligt. Der er i samværssager næppe ofte vil være grundlag for ikke at overholde denne frist, allerede fordi alle sagsakter ligger i samme sag.

Den aktindsigtssøgende skal i givet fald underrettes om grunden til fristoverskridelsen og om, hvornår anmodningen kan forventes færdigbehandlet. En overskridelse af denne frist vil give anledning af kritik af Ombudsmanden, mens det, som allerede beskrevet, ikke er et element Menneskeretsdomstolen lægger vægt på.

Fremsætter en part under behandlingen af samværssagen en anmodning om aktindsigt, udsættes afgørelsen af sagen, indtil parten har fået mulighed for at gøre sig bekendt med dokumenterne. Dette fremgår af forvaltningslovens § 9 b, stk. 1.

Dette gælder dog ikke, hvis udsættelse vil medføre overskridelse af en lovbestemt frist for sagens afgørelse, eller hvis partens interesse i, at sagens afgørelse udsættes, findes at burde vige for væsentlige hensyn til offentlige eller private interes-

[738] Jf. også foran i afsnit 4.2. Se herom i kapitel 6, afsnit 3.3.4.7.
[739] Se kapitel 6, afsnit 3.3.3.

ser, der taler imod en sådan udsættelse, jf. forvaltningslovens§ 9 b, stk. 2. En udsættelse af en afgørelse om midlertidig kontaktbevarende samvær kan derfor ikke ske i de tilfælde, hvor en forælder beder om aktindsigt i sagen, og det medfører en overskridelse af fristen på 3 uger i forældreanvarslovens § 29 a.

I casen anmodede far flere gange om aktindsigt i sagen. Det fremgår ikke umiddelbart af sagens akter, hvorvidt det medførte en udsættelse af sagen, men Statsforvaltningen har således, som udgangspunkt, haft hjemmel til at udsætte sagen, således at far kunne gøre sig bekendt med dokumenterne.

4.4. Sagens afslutning

Sagen kan enten afsluttes ved, at forældrene indgår en aftale om samværet eller at Statsforvaltningen træffer en afgørelse herom.

Når Statsforvaltningen har til et tilstrækkeligt oplysningsgrundlag bliver der truffet en afgørelse. Her er det særlig vigtig, at der gives en begrundelse, der kan danne et grundlag for en eventuel genoptagelsesanmodning og klage til Ankestyrelsen med henblik på muligheden for at påklage afgørelsen.

Dette betyder således, at sagsbehandlingstiden for samværssagen som udgangspunkt stopper ved Statsforvaltningens afgørelse. Dette gælder både efter Ombudsmandens praksis og konventionspraksis.[740] I den forbindelse er det vigtigt at være opmærksom på, at sagsbehandlingstiden for en midlertidig afgørelse indgår i den samlede beregning af sagsbehandlingstiden, når sagen når sin afslutning ved Statsforvaltningen. Dette gælder i al fald efter Menneskeretsdomstolens konventionspraksis.[741]

En midlertidig afgørelse om samvær, der er truffet under en sag om forældremyndighed eller bopæl bliver automatisk endelig, jf. forældreansvarslovens § 29, stk. 3. Det er derfor ikke nødvendigt for samværsforælderen på ny at rette henvendelse til Statsforvaltningen om samværet, medmindre samværsforælderen ønsker samværet ændret. Bestemmelsen kan derfor i nogle sager være medvirkende til, at konflikten ikke fortsætter mellem forældrene, og dermed kan det undgås, at sagen fortsat trækkes i langdrag.[742]

I forhold til case kan det anføres, at samværssagen nåede sin »afslutning« tre gange under Statsforvaltningens behandling, idet far først får afslag på kontaktbevarende samvær (februar 2016), herefter tildeles han midlertidig samvær (maj 2016) og endelig indgik mor og far en aftale om samværet (november 2016). I tiden herimellem skal bemærkes, at både mor og far har klaget over

[740] Se kapitel 6, afsnit 2.1.2.1 og 3.2.
[741] Kapitel 6, afsnit 3.2.
[742] Se også de almindelige lovbemærkninger lov nr. 103 af 19.3.2015, hvor det anføres, at afgørelsens midlertidige karakter ikke er hensigtsmæssig i forhold til forældrene i konflikt.

afgørelserne, det ene barn gjorde brug af barnets initiativret og Ankestyrelsen har også truffet afgørelser i sagen.

I realiteten er der således tre tidsperioder, der kan underlægges en rimelighedsvurdering, men tidsperioderne skal beregnes samlet set. Den samlede sagsbehandlingstid for hele casen vil blive omtalt neden for i afsnit 4.5, mens den fulde sagsbehandlingstid for den midlertidige afgørelse om kontaktbevarende samvær vil blive behandlet i afsnit 4.6.

4.5. Genoptagelse

Det sker ikke sjældent, at forældrene anmoder Statsforvaltningen om at genoptage samværssagen efter en endelig afgørelse, der truffet. Der findes to muligheder for, at en forælder kan kræve sagen genoptaget.

En særlig afvisningsmulighed for genoptagelse har hjemmel i forældreansvarslovens § 39, stk. 1. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»En anmodning om ændring af forældremyndighed, barnets bopæl, samvær eller anden kontakt kan afvises af statsforvaltningen, hvis forholdene ikke har ændret sig væsentligt. […].«

Bestemmelsens anvendelsesområde er de gentagne ansøgninger om ændring af en eksisterende samværsaftale- eller afgørelse.[743] Bestemmelsens overordnede formål er at skabe ro om barnet og sikre, at barnet ikke bliver belastet af forældrenes unødvendige procesførelse. Bestemmelsen blev således indsat for at hindre lange sagsforløb.[744]

En genoptagelse af samværssagen kan har også ske i henhold til § 29, stk.1 bekendtgørelse om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær m.v., der vedrører:

»Statsforvaltningen kan genoptage behandlingen af en påklaget afgørelse, hvis:

1. klagen indeholder en ansøgning, som statsforvaltningen ikke har taget stilling til,
2. klagen indeholder væsentlige nye oplysninger,
3. der foreligger væsentlige oplysninger, som statsforvaltningen ikke har taget stilling til, eller
4. der er begået sagsbehandlingsfejl, der kan have betydning for afgørelsen.

Anmodes der om en genoptagelse af samværet på baggrund af disse kriterier, er spørgsmålet om sagsbehandlingstiden fortsat løber her, eller om der er tale om et nyt afgrænset forløb, hvor sagsbehandlingstiden skal beregnes forfra.

Menneskeretsdomstolen vurderer konkret, om der er tale om én samlet periode eller flere adskilte perioder. Menneskeretsdomstolen lægger særlig vægt på om

[743] Lovbemærkningerne til § 38 i lov nr. 499 af 6.6.2007.
[744] Afsnit 3.1.2.2 i de almindelige bemærkninger til lov nr. 600 af 18.6.2012.

samtlige perioder er nødvendige for at få en afgørelse af tvisten. Denne vurdering tages med udgangspunkt i den forælders forhold, der anmoder om genoptagelse.[745]

Hvis der er tale om, at sagen umiddelbart genoptages efter afgørelsen er truffet i henhold til ovenstående bestemmelser, må der argumenteres for, at der herved bliver tale om én samlet periode, således at sagsbehandlingstiden både for den første periode, og denne nye periode medregnes. Der må her være tale om, at den nye periode er så tæt på afgørelsen, og dermed kan være nødvendig for at få en afgørelse af samværstvisten.[746] Dette må tillige antages at gælde i forhold til Ombudsmandspraksis.

Det må være tilfældet i casen, hvor far klager over Statsforvaltningens afgørelse af 24.2.2016, d. 28.2.2016. Klagen ligger således meget tæt op ad afgørelsen. Fars klage (genoptagelsesanmodning) skal derfor medtælles i den samlede sagsbehandlingstid.

En konkret faktor i casen er, at sagen »genoptages« igen i juni måned, da det ene af børnene gjorde brug af barnets initiativ ret. Denne »genoptagelse« skal ses i forlængelse af Statsforvaltningens afgørelse af 13.5.2016, hvor en 7/7-ordning foranstaltes. Barnet udtrykte, at hun ikke vil have samvær med far hver anden uge, men alene hver anden weekend. Dette betyder, at det er den samme tvist vedrørende samværet, og derfor også skal medtælles i den samlede sagsbehandlingstid. Denne genoptagelse må antages at have mundet ud i den aftale, mor og far indgik på et møde med Statsforvaltningen i november måned.

I tiden herimellem er det antaget, at der været forligsbestræbelser (børnesagkyndig rådgivning), hvilket har ud afskudt sagens endelig afgørelse. Den mellemliggende periode mellem mødet i juli måned og den aftale mor og far indgår på mødet i november, tæller, i al fald efter Menneskeretsdomstolens konventionspraksis, med i den samlede sagsbehandlingstid. Menneskeretsdomstolen tillægger, som også nævnt i afsnit 4.2, det positiv vægt, at der har været forligsbestræbelser. Derfor vil denne mellemliggende periode være med til at kunne retfærdiggøre, at mor og far først har fået en afslutning på sagen et år efter den startede i januar (21. november 2015 til 21. november 2016).

Det bør bemærkes, at mor og far således indgik en aftale om samværet i november 2016, dvs. at Statsforvaltningen ikke traf en afgørelse. Det formodes ikke at have betydning for Menneskeretsdomstolens beregning af den samlede sagsbehandlingstid, at samværssagen blev afsluttet med en frivillig aftale og ikke afgørelse. Denne sidste periode har haft betydning for far for at få en afslutning på sagen. Ombudsmanden vil uden tvivl ikke sondre mellem, om der er indgået en aftale eller truffet en afgørelse, idet forløbet frem til aftalen blev indgået mellem mor og far, således stadig var i Statsforvaltningens regi.

Den samlede sagsbehandlingstid for samværssagen i Statsforvaltningen, hvorunder de midlertidige afgørelser for samvær er inkluderet, har derfor været følgende:

[745] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 556.

[746] Jf. også Maria Fonseca og Marianne Holdgaard, 2013, side 250.

	Menneskeretsdomstolen – start dato	Ombudsmanden – start dato	Fælles slut dato	Sagsbehandlingstid
Samværssag	21.11.15	21.11.15	21.11.16	1 år

Casen er generelt set i forhold til den fremførte statistik ikke repræsentativ for de gennemsnitlige sager. Samværssagens behandlingstid var samlet set på 1 år. Sammenlignet med Statsforvaltningens oplyste maksimale sagsbehandlingstid på 7 måneder og den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for året 2016 på 9,1 uger, er der i casen tale om en længere sagsbehandlingstid.

Hvis der omvendt går lang tid fra, at der er truffet afgørelse i samværssagen, og der fx er tale om, at far indledte sagen til at starte med, men at det nu er far, der nu anmoder om en ændring af samværet, vil må man formode, at Menneskeretsdomstolen ikke ser det som én samlet periode, men to adskilte perioder, hvis sagen genoptages. Her må det være bestemmelsen i forældreansvarslovens § 39, stk. 1, der finder anvendelse.

4.6. Klage til Ankestyrelsen

Ankestyrelsen er administrativ rekurs instans for Statsforvaltningens afgørelser, herunder midlertidige afgørelser, jf. forældreansvarslovens § 41, stk. 1.

Indgives der en klage til Ankestyrelsen, skal den tid, der her påløber også medregnes i den samlede sagsbehandlingstid. Det forhold, at en forælder gør brug af denne klageret forlænger følgelig sagsbehandlingstiden, men det ikke et forhold, som efter konventionspraksis lægges hverken parten eller Ankestyrelsen til last. Dette indgår i Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering, og kan således være med et at retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid. Sagsbehandlingstiden i Ankestyrelsen tæller naturligt også med i samlede sagsbehandlingstid efter Ombudsmandens praksis, idet administrativ rekurs skal være udnyttet forinden klage om sagsbehandlingstiden kan indgives til Ombudsmanden.[747]

Har en forælder klaget over Statsforvaltningens afgørelse, skal Statsforvaltningen hurtigst muligt indsende klagen til og sagens akter til Ankestyrelsen. Forældrene skal samtidig orienteres om, at sagen er videresendt til Ankestyrelsen. Denne sagsbehandlingstid vil kunne vurderes kritisabel, hvis der til at opstå et »hul« i sagens behandling(stid).

Forinden fremsendelse af klage skal Statsforvaltningen dog overveje om der – ud fra klagens indhold er grundlag for at genoptage den påklagede afgørelse.[748] Denne sagsbehandlingstid vil også kunne vurderes som kritisabel, hvis samværssagen da kommer til at ligge stille uden sagsbehandling for en periode.

[747] Kapitel 6, afsnit 2.1.2.1 og 3.1.
[748] Samværsvejledning, afsnit 22.3 Se herom oven for afsnit 4.5.

Hvis Statsforvaltningen ikke genoptager sagsbehandlingen af samværssagen, bliver klagen videre sendt til Ankestyrelsen, der på skriftligt grundlag tager stilling til sagen og træffer afgørelsen.[749]

Dette skete i casen, hvor Statsforvaltningen den 15.3.2016 ikke fandt grundlag for at genoptage afgørelsen af 24.2.2016. Far havde d. 28.2.2016 klaget over Statsforvaltningens afgørelse om afslag på kontaktbevarende samvær, (og midlertidig bopæl og midlertidig forældremyndighed). Tidsperioden for dette konkret sagsskridt i casen var således 17 dage.

Sagen i Ankestyrelsen afgøres af en jurist, og som udgangspunkt, er de papirer som Statsforvaltningen sender, nok til at træffe en afgørelse, fremgår det af Ankestyrelsens hjemmeside.[750] Dette betyder, at Ankestyrelsen som udgangspunkt således ikke skal bruge tid og ressourcer på at skaffe nye oplysninger. Dog er der mulighed for, at klageren kan fremsende nye oplysninger, som klageren finder er vigtige for, at Ankestyrelsen kan træffe en afgørelse.[751] Dette vil i sagens natur skabe behov for partshøring herom.

I henhold § 15 i Ankestyrelsens Forretningsorden, skal Ankestyrelsen efter modtagelsen af klagen over Statsforvaltningens samværsafgørelse sende en skriftlig bekræftelse til parterne med angivelse af den forventede sagsbehandlingstid.

På Ankestyrelsens hjemmeside fremgår det, at de forventer at kunne træffe afgørelse inden for 5 måneder fra klagen er modtaget, hvilket formodentlig kan tages som udtryk for en maksimal sagsbehandlingstid. Ankestyrelsen oplyser i denne forbindelse om, også på hjemmesiden, at de som hovedregel behandler sagerne i den rækkefølge som de modtager dem fra Statsforvaltningen.[752] Dette må konkret åbne op for, at klager af særlig hastende karakter, hvor samværet helt er ophørt, risikerer ikke at blive behandlet før sager af mindre vigtig karakter.

Far blev af Ankestyrelsen oplyst om en forventede sagsbehandlingstid på 3 måneder for en klage over en midlertidig afgørelse. Det tog 2 måneder at behandle fars klage. Den samlede sagsbehandlingstid for den midlertidige afgørelser om kontaktbevarende samvær har derfor, inklusiv Ankestyrelsens sagsbehandlingstid, været:

[749] Se bekendtgørelse om forretningsorden for Ankestyrelsen, nr. 1839 af 22.12.2015.

[750] Ankestyrelsens hjemmeside: https://ast.dk/born-familie/for-borgere/din-sag-om-foraeldremyndighed-og-samvaer (hentet 28.12.2016).

[751] Ankestyrelsens hjemmeside: https://ast.dk/born-familie/for-borgere/din-sag-om-foraeldremyndighed-og-samvaer (hentet 28.12.2016).

[752] Ankestyrelsens hjemmeside: https://ast.dk/born-familie/for-borgere/din-sag-om-foraeldremyndighed-og-samvaer (hentet 28.12.2016). I forlængelse heraf angiver Ankestyrelsen på deres hjemmeside: »Vi modtager et stort antal forældreansvarssager om året. Det betyder, at der først knyttes en sagsbehandler til din sag, på det tidspunkt hvor vi når til din sag i den samlede række af sager. Hvis du ringer til os, kan du derfor opleve, at du ikke kan komme til at tale med sagsbehandleren, og at den, du taler med, ikke kan besvare dine konkrete spørgsmål til sagen, men alene kan yde generel vejledning.«

	Menneskeretsdomstolen – start dato	Ombudsmanden – start dato	Fælles slut dato	Sagsbehandlingstid
Midlertidig afgørelse om kontaktbevarende samvær	21.11.15	21.11.15	12.5.16	5 mdr. og 21 dage

Det skal bemærkes, at Statsforvaltningens (anden) midlertidige afgørelse om samvær, der blev truffet d. 13.5.2016, ikke er påklaget til Ankestyrelsen.

Ankestyrelsen skal ved klagens indgivelse orientere parterne om deres rettigheder og om deres eventuelle pligt til at give oplysninger.

Ankestyrelsen kan dog sende klagen retur til Statsforvaltningen, hvis samværssagen ikke er blevet genvurderet i overensstemmelse med de oven for beskrevne regler, jf. Ankestyrelsens Forretningsorden § 14. Det vil alt andet lige betyde, at sagsbehandlingstiden hermed bliver forlænget, og den må således skulle medtælles i den samlede sagsbehandlingstid.

For at hjemvisningen i sig selv skal udgøre en krænkelse af EMRK, kræver det dog formentlig, at sagen bliver hjemvist mere end én gang.[753]

I casen traf Ankestyrelsen afgørelse d. 12.5.2016, (i alt ca. 2 måneder sagsbehandlingstid fra modtagelse af klagen). Det fremgår af Ankestyrelsens afgørelse, at mors advokat angivelig d. 18.3.2016 havde bedt om 5 ugers udsættelse på grund af påsken, hvilket måske betyder, at Ankestyrelsen kunne have truffet afgørelse på et tidligere tidspunkt.

Ankestyrelsen gav far medhold i sin klage om, at sagsbehandlingstiden havde været for lang, og at Statsforvaltningen burde have fastsat kontaktbevarende samvær. Ankestyrelsen anførte dog, at de ikke havde mulighed for at fastsætte samvær, idet Statsforvaltningen fortsat havde sagsbehandlingen. Statsforvaltningen skulle derfor tage stilling til om der grundlag for at fastsætte et midlertidigt samvær, dvs. at sagen blev hjemvist. I realiteten, som beskrevet oven for, ville det have betydet en længere sagsbehandlingstid, hvis Statsforvaltningen skulle til tage stilling til en kontaktbevarende samvær (på ny), men Statsforvaltningen traf dagen efter, den 13.15.2016, afgørelsen om det midlertidige samvær.

Hvis Ankestyrelsen stadfæster afgørelsen er der herved truffet en endelig. afgørelse, idet Ankestyrelsens afgørelser ikke kan indbringes for anden administrativ myndighed.[754] Dette betyder, at sagsbehandlingstiden så skal beregnes til dette

[753] Kapitel 6, afsnit 3.2.2.4.
[754] Jf. Ankestyrelsens Forretningsorden § 30, stk. 2.

tidspunkt.[755] Dette gælder dog ikke i det tilfælde, at en af parterne indbringer sagen for retten i medfør af Grundlovens § 63. Se nærmere herom i kapitel 8.[756]

I den forbindelse er det væsentligt at holde sig for øje, at forældrene både efter Ankestyrelsens og retten afgørelse igen kan bede Statsforvaltningen om ændring af en afgørelse om samvær i henhold til forældreansvarslovens § 39, stk.1. De oven for beskrevne overvejelser gør sig gældende på samme måde her.

Det fremgår af Ankestyrelsens hjemmeside, at Ankestyrelsen har flere reaktionsmuligheder i forhold til den klage, der er blevet behandlet.[757] I det følgende oplistes reaktionsmulighederne, hvorunder betydningen af beregningen af sagsbehandlingstiden kommenteres.

1. Stadfæstelse af Statsforvaltningens afgørelse (Statsforvaltningens afgørelse gælder)
    a. Sagsbehandlingstiden stopper.

2. Ændring af Statsforvaltningens afgørelse (Du får helt eller delvis ret i din klage)
    a. Sagsbehandlingstiden stopper.

3. Hjemvisning af sagen til fornyet behandling ved Statsforvaltningen (Statsforvaltningen skal se på sagen igen)
    a. Statsforvaltningen skal vurdere sagen på ny.
    b. Sagsbehandlingstiden løber fortsat.

4. Afvise klagen, f.eks. fordi det ikke er muligt at påklage det konkrete forhold (fx over personale i Statsforvaltningen)
    a. Sagsbehandlingstiden stopper formentlig ved Statsforvaltningens afgørelse, idet den ikke antages at have en sammenhæng med en materiel klage over en samværsafgørelse.

5. Udtale kritik af Statsforvaltningens sagsbehandling
    a. Det er usikkert, hvorledes sagsbehandlingstiden fortsat løber, men verserer der stadig en sag ved Statsforvaltningen, må det formodes, at Menneskeretsdomstolen og Ombudsmanden vil se det som én samlet periode

6. I helt særlige tilfælde ophæves Statsforvaltningens afgørelse, hvis Statsforvaltningen fx ikke havde kompetence til at træffe afgørelsen. (Statsforvaltningens afgørelse gælder ikke længere).
    a. Sagsbehandlingstiden stopper.

[755] Kapitel 6, afsnit 2.1.2.1 og afsnit 3.1.
[756] Se afsnit 3.2.1.
[757] Ankestyrelsens hjemmeside: https://ast.dk/born-familie/for-borgere/din-sag-om-foraeldremyndighed-og-samvaer (Hentet 28.12.2016)

Ankestyrelsens reaktionsmuligheder kan således få betydning for den samlede sagsbehandlingstid, og dermed indirekte for hvorvidt sagsbehandlingstiden i en konkret samværssag er rimelig.

5. Sagsprocessen i forældremyndigheds- og bopælssager

Fra, at en sag om forældremyndighed eller barnets bopæl starter i Statsforvaltningen, og frem til, at det står klart, at sagen ikke kan forliges, er sagsprocessen i udgangspunktet den samme som sagsprocessen i samværssager, hvorfor der henvises til afsnit 4. [758]

For så vidt angår casen gør de samme forhold sig overordnet gældende i forhold til beregningen af sagsbehandlingstidens begyndelse for forældremyndigheds- og bopælssagen, herunder de midlertidige afgørelser.[759]

Det skal dog bemærkes, at mor d. 16.12.2015 bad Statsforvaltningen om at træffe afgørelse om midlertidig bopæl, ligesom far d. 21.12.2015 anmodede Statsforvaltningen om at træffe midlertidig afgørelse om fuld forældremyndighed til fars fordel.

I forhold til sagsbehandlingstiden for tvisten om den fulde forældremyndighed, opstod tvisten imidlertid først d. 21.12.2015, hvor fars advokat beder Statsforvaltningen træffe afgørelse herom, dvs. en måned senere, end far sendte kontaktskemaet. Tvist om forældremyndigheden fremgik ikke af kontaktskemaet, hvorimod tvist om bopæl var oplyst.

Efter Menneskeretsdomstolens konventionspraksis, må det derfor antages, at sagsbehandlingstiden for forældremyndighedssagen skal beregnes fra d. 21.12.2015 på grund af, at tvisten om forældremyndigheden i realiteten først opstår her. Efter Ombudsmandens praksis, vil sagsbehandlingstiden, i henhold til det allerede anførte, blive beregnet fra 21.11.2015, dvs. fra fars første henvendelse til Statsforvaltningen.

Sagsbehandlingstidens start og den samlede sagsbehandlingstid for de midlertidige afgørelser er derfor følgende:

Midlertidige afgørelser

	Menneskeretsdomstolen – start dato	**Ombudsmanden – start dato**	**Fælles slut dato**	**Sagsbehandlingstid**
Midlertidig afgørelse om forældremyndighed	21.12.15	21.11.15	24.2.16	2 mdr. og 3 dage **og/eller** 3 mdr. og 3 dage.

[758] Det synes dog usikkert, hvorvidt Statsforvaltningen efter § 29 i bekendtgørelse om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær mv. har mulighed for at genoptage en påklaget midlertidig afgørelse om forældremyndighed og/eller barnets bopæl, idet fremgår af vejledningen om forældremyndighed og barnets bopæl, at denne adgang kun gælder i samværssager. Af bekendtgørelsen kan imidlertid ikke læses, at denne adgang kun er gældende for i samværssager. Se Vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, afsnit 1..

[759] Se afsnit 4.1 og afsnit 4.2.2.

Midlertidig afgø-relse om bopæl	21.11.15	21.11.15	24.2.16	3 mdr. og 3 dage

Som det fremgår af oversigten, antages det således, at beregningen af sagsbehandlingstiden for forældremyndigsagen efter konventionspraksis vil være en 1 måned senere end de øvrige sagstyper. Disse startdatoer anvendes i resten af afhandlingen.

Når Statsforvaltningens forligsbestræbelser ikke lykkedes, afslutter Statsforvaltningen sagen om forældremyndighed eller barnets bopæl. Dette skal ses i relation til, at Statsforvaltningen som tidligere beskrevet, ikke har afgørelseskompetence i forældremyndigheds- og bopælssager.

Afgørende for, at Statsforvaltningen efter forældreansvarslovens § 40, stk. 1, 1. pkt., på eget initiativ kan afslutte en sag om forældremyndighed eller barnets bopæl, er, at der ikke er opnået enighed mellem parterne om forældremyndigheden eller bopælen under Statsforvaltningens behandling af sagen.

Det beror på et konkret skøn om, der er grundlag for at afslutte sagsbehandling en forældremyndigheds- eller bopælssag. Statsforvaltningens opgave er på den ene side at fokusere på forligsbestræbelser, og på den anden side skal Statsforvaltningen undgå unødige forsinkelser i sagsbehandlingen, herunder forsinkelser i relation til sagens indbringelse for retten.[760]

I lovbemærkningerne til ændringen af den familieretlige strukturreform i 2007 anføres, at tvister, der viser sig uløselige, på et hensigtsmæssigt og så tidligt tidspunkt som muligt, må indbringes for domstolene. Det anføres i forlængelse heraf, at det derfor er nødvendigt med en stram sagsstyring i Statsforvaltningen, så unødvendige, ubegrundede forsinkelser undgås.[761]

Det understreges endvidere i vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, at hvor Statsforvaltningen vurderer, at yderligere forligsbestræbelser vil være nytteløse, skal sagen hurtigt afsluttes. »Statsforvaltningen skal således koncentrere sig om de sager, hvor der er forligspotentiale«.[762]

I forbindelse med Statsforvaltningens beslutning om at afslutte sagen skal Statsforvaltningen give forældrene besked og samtidig vejlede om muligheden for at få forældremyndigheds- og/eller bopælssagen indbragt for retten inden for 4 uger efter sagens afslutning i henhold til forældreansvarslovens § 40, stk. 1. 2. pkt.[763]

[760] Stine Krone Christensen, Forældreansvarsloven med kommentarer, Karnov Group, 2. udg., 2014, side 598.
[761] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 525 af 24.6.2005, afsnit 3.1.3.
[762] Vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, afsnit 4.4.5.2.
[763] Vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, afsnit 4.4.7.1.

5.1. Oversendelse af sagen til retten

Såfremt én af forældrene anmoder om, at sagen inden for 4 ugers fristen bliver indbragt for retten, skal Statsforvaltningen straks indbringe sagen for retten.[764] Den tid, der løber mellem Statsforvaltningens afslutning af sagen og partens anmodning om indbringelse af sagen for retten inden 4 ugers fristen, tæller med i den samlede sagsbehandlingstid. Denne periode er lægges hverken forælderen eller Statsforvaltningen last, men indgår i Menneskeretsdomstolens samlede rimelighedsvurdering, som en faktor, der kan retfærdiggøre sagsbehandlingstidens længde.[765] I denne forbindelse skal bemærkes, at kravet om god forvaltningsskik ikke længere gælder fra det tidspunkt, hvor sagen bliver oversendt til retten.

Det er dog ikke muligt for Statsforvaltningen at indbringe sagen for retten, hvis afslutningen af sagen skyldes, at den forælder, der anmoder herom, er udeblevet fra et møde i Statsforvaltningen, jf. forældreansvarslovens § 41, stk. 1, 3. pkt.. Dette betyder, at sagen således ikke afsluttes for behandling i Statsforvaltningen. Sagsbehandlingstiden løber derfor fortsat i Statsforvaltningen.

Statsforvaltningen kan derudover i henhold til forældreansvarslovens § 39, stk. 2 indbringe en afvisning af en ændringsanmodning af en eksisterende aftale eller afgørelse om forældremyndighed og/eller barnets bopæl for retten, hvis ansøgerne anmoder herom. Her gælder tillige en fire ugers frist.

Indgives forælderens anmodning senere end de 4 uger, afviser Statsforvaltningen at indbringe sagen for retten. Der gives ikke dispensation fra overskridelse af fristen. Der må i stedet indgives en ny anmodning om forældremyndighed og/eller barnets bopæl til Statsforvaltningen.[766]

Spørgsmålet er i den forbindelse, om sagsbehandlingstiden fortsat løber eller om den starter forfra. Samme overvejelser som ved genoptagelse kan formodentlig også gøre sig gældende her. Det vil sige, der skal foretages en vurdering af, om samtlige perioder er nødvendige for at få en afgørelse af tvisten.[767] Her det vigtigt, at der ikke går for lang tid mellem sagens afslutning i Statsforvaltningen og til anmodningen om en ny afgørelse af sagen om forældremyndigheden og/eller bopælen. Et forhold, der dog må skulle inddrages i vurderingen, og som kan tale imod at se det som én samlet periode er, at det er forælderen, der har overskredet fristen for indbringelse af sagen for retten.

Dette kan således betyde, at Menneskeretsdomstolen vil anse det som to adskilte perioder, hvor sagsbehandlingstiden ved nye anmodninger starter forfra. Det kan derfor blive sværere at overbevise Menneskeretsdomstolen om, at der er tale om en urimelig lang sagsbehandlingstid. God forvaltningsskik i sådanne situationer antages fortsat at skulle iagttages af Statsforvaltningen, idet sagen således fortsat er under behandling hos Statsforvaltningen, men det kan også været svært at overbevise

[764] Vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, afsnit 4.4.7.3.
[765] Kapitel 6, afsnit 3.3.3.
[766] Vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, afsnit 4.4.7.2.
[767] Se oven for afsnit 4.5.

Ombudsmanden om en urimelig sagsbehandlingstid, hvis parten selv er skyld den forlænget sagsbehandlingstid. Det forekommer derfor ikke sandsynligt, at den første del af forløbet vil kunne medføre en menneskeretskrænkelse eller være et brud på god forvaltningsskik, hvis sagen har været igennem en sådan proces, og Statsforvaltningen ikke har ladet den ene part trække sagen unødigt i langdrag.

Hvis der ikke på ny bliver indbragt en sag for Statsforvaltningen betyder det i forhold til sagsbehandlingstiden, at den således stopper ved Statsforvaltningens afslutning af sagen.

Statsforvaltningen kan også efter anmodning fra én af forældrene afslutte sagens behandling og indbringe sagen for retten, jf. forældreansvarslovens § 40, stk. 2. Betingelserne herfor er enten, at forældrene har deltaget i vejledningsmøde, konfliktmægling eller lignende og ikke er blevet enige eller, hvis modparten trods to indkaldelser, er udeblevet fra vejledningsmøde m.v.[768]

Foruden disse beskrevne muligheder for sagens indbringelse for retten, kan Statsforvaltningen i henhold til forældreansvarslovens § 40, stk. 3 i særlige tilfælde efter anmodning afslutte sagen og indbringe sagen for retten, uden at betingelserne i § 40, stk. 1 og 2 er opfyldt.

Dette kan fx være i tilfælde, hvor der for kort tid siden har været gennemført omfattende forligsbestræbelser i sagen, og der kort tid herefter rettes henvendelse til Statsforvaltningen igen. Statsforvaltningen behøver i sådanne tilfælde nødvendigvis ikke at indkalde til et nyt vejledningsmøde. De omfattende forligsbestræbelser kan have været flere vejledningsmøder, børnesagkyndig rådgivning, og flere sagkyndige udtalelser. Det er afgørende, at Statsforvaltningen vurderer, at alle forligsmuligheder er udtømte.[769] Det vil sige, at det igen er en afvejning af muligheden for, at parterne kan indgå forlig over for sagens fremme og undgå unødige forsinkelser.

I casen bad fars advokat d. 20.1.2016 om, at forældremyndigheds-og bopælssagen skulle sendes til retten, hvis ikke Statsforvaltningen snart traf en afgørelse herom. Derudover bad far på samarbejdsmødet d. 4.2.2016 om at sagen blev sendt til retten. Disse to anmodninger imødekom Statsforvaltningen ikke.

Den 8.3.2016 bad mor på samarbejdsmødet om, at sagen skulle indbringes for retten. Samme dag oversendte Statsforvaltningen bopælssagen til byretten, og den 30.3.2016 blev forældremyndighedssagen oversendt til byretten.

Det må antages, at Statsforvaltningen burde havde sendt sagerne til retten på tidligere tidspunkter, idet der som beskrevet er tale om en højkonflikt, hvilket Statsforvaltningen selv erkendte. De to separate samarbejdsmøder var især et udtryk for sagens høje konfliktniveau. Derved kunne et forløb på omkring to måneder havde været med til at fremme sagsprocessen. Menneskeretsdomstolen vil formentlig vurdere om sagen på et tidligere tidspunkt kunne have været sendt til retten.

[768] Vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, afsnit 4.4.6.2.
[769] Vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, afsnit 4.4.6.3.

Menneskeretsdomstolen kræver, at en forudgående administrativ behandling foregår hurtigt, når dette er en betingelse for at kunne indbringe sagen for en domstol.[770]

Imidlertid skal Statsforvaltningen således foretage en afvejning af muligheden for forligsbestræbelser over for sagens fremme og unødige forsinkelser. Forklaringen på hvorfor Statsforvaltningen først vælge at sende sagerne til retten i marts måned 2016 skal måske finde i den afvejning, især når tages i betragtning, at samarbejdsmødet med mor først blev holdt i marts måned, og der ingen forligsbestræbelser havde været. Samarbejdsmødet med mor har således i forhold til bopælssagen været sidste mulighed for at finde ud af om sagen kunne forliges.

I et menneskeretligt perspektiv vil Menneskeretsdomstolen formodentlig se positivt på, at Statsforvaltningen ventede med at afslutte sagen til efter samarbejdsmødet med mor var holdt, idet Menneskeretsdomstolen som beskrevet flere gange tidligere, således lægger positivt vægt på forligsbestræbelser i sin rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden.[771] Modsat kan det anføres, at Statsforvaltning også lod mor trække tiden ud ved at melde afbud til det indledende møde.

På det tidspunkt, hvor forældremyndigheds- og bopælssagen fremsendes til retten har sagsbehandlingstiden været følgende:

	Menneskeretsdomstolen – start dato	**Ombudsmanden – start dato**	**Fælles slut dato**	**Sagsbehandlingstid**
Forældremyndighedssagen	21.12.15	21.11.15	30.3.16	3 mdr. og 16 dage
Bopælssagen	21.11.15	21.11.15	8.3.16	3 mdr. og 9 dage

Sagsbehandlingstiden for Statsforvaltningen behandling af forældremyndigheds- og bopælssagen er, som det ses, derfor ikke repræsentativ for det fremførte statistike materiale. Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for året 2016 i sagerne var 9,1 uger.[772] I casen er der således tale om længere sagsbehandlingstid. De forskudte samarbejdsmøder må formodes at have en indflydelse herpå.

Statsforvaltningen skal således straks indbringe sagen for retten. Når sagen indbringes for retten, skal der ikke udarbejdes en stævning. Statsforvaltningen skal således straks indbringe sagen for retten. Statsforvaltningen skal vejlede parterne om muligheden for at søge fri proces.[773]

Statsforvaltningen skal i forbindelse med sagens oversendelse til byretten videregive alle sagens relevante oplysninger, der kan danne grundlag for det videre forløb under domstolsprøvelsen, og der skal medsendes diverse notater, børnesagkyndig

[770] Kapitel 6, afsnit 3.1.
[771] Kapitel 6, afsnit 3.3.4.7.
[772] Se afsnit 2.1.4.
[773] Vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, afsnit 4.4.7.3.

erklæring eller undersøgelse, udtalelser fra institutioner mv.[774] Sørger Statsforvaltningen for, at alt relevant materiale er videresendt til retten, vil det kunne danne grundlag for en effektiv sagsproces.[775]

Derudover vil en endnu ikke-afsluttet børnesagkyndig undersøgelse eller børnesagkyndig erklæring skulle sendes til retten efter færdigbehandling, jf. forældreansvarslovens § 33, stk. 2.

5.1.1. Klage over midlertidig afgørelse bortfalder

Når sagen er indbragt for retten, kan Ankestyrelsen behandle en klage over Statsforvaltningens midlertidige afgørelse om forældremyndighed og/eller barnets bopæl. Kompetencen til at behandle klagen bortfalder i henhold til forældreansvarslovens § 41, stk. 2, og Ankestyrelsen vil ikke kunne hjemvise sagen til fornyet behandling.[776]

Klagen vil derfor blive afvist af Ankestyrelsen, også selv om Ankestyrelsen har påbegyndt behandlingen af klagen. Statsforvaltningen skal orientere Ankestyrelsen om sagens oversendelse til retten for at sikre, at Ankestyrelsen stopper behandlingen af klagen.[777]

I casen påklagede far Statsforvaltningens afgørelse om afslag på midlertidige bopæl og midlertidig fuld forældremyndighed ad flere omgange, men Ankestyrelsen afviste at behandle klagerne i henhold til forældreansvarslovens § 41, stk. 2, idet sagerne var blevet sendt til afgørelse i byretten. I et af tilfældene, fremgår det imidlertid, at Statsforvaltningen først sendte forældremyndighedssagen til byretten den 30.3.2016, mens Ankestyrelsen den 23.3.2016 havde afvist at behandle den med en henvisning til, at den var sendt i retten.. Det vides ikke, hvad årsagen er til denne fejl.

Dog vil en klage over Statsforvaltningens behandling af forældremyndigheds- og/eller bopælssag fortsat kunne behandles hos Ankestyrelsen, selv om sagen er indbragt for retten, jf. forældreansvarslovens § 41, stk. 4. Her kan det antages, at en klage over sagsbehandlingstiden vil være omfattet. Det betyder, at en klage over sagsbehandlingstiden vil kunne påklages til Ombudsmanden efter Ankestyrelsen har taget stilling til klagen.[778] Der vil derfor være sideløbende sagsprocesser: en sagsproces ved Ankestyrelsen og en ved retten.

[774] Vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, afsnit 4.4.4.7.3.1.

[775] At sagerne kan være for lidt oplyste fremgår af Ankestyrelsens evaluering af forældreansvarsloven fra 2012, side 153. Her nævnes, at det fra dommersiden var påpeget, at sagerne generelt var meget lidt oplyste, når de blev modtaget fra Statsforvaltningen. Det fremgik heller ikke altid hvilken efter hvilke bestemmelsen sagen blev indbragt for retten og de relevante dokumenter var ikke i alle tilfælde sendt med, hvor barnets perspektiv var belyst yderligere i Statsforvaltningen. Omvendt fremgår det af evalueringen, at medarbejderne i Statsforvaltningen havde nævnt, at de påkrævede dokumenter var blevet medsendt, når sagen blev indbragt for retten.

[776] De almindelige bemærkninger til lov nr. 600 af 18.6.2012, afsnit 3.4.2.

[777] Vejledning om forældremyndighed og barnets bopæl, afsnit 5.5.

[778] Se herom kapitel 6, afsnit 2.1.2.1.

Denne klagemulighed over Statsforvaltningens sagsbehandling gjorde far i casen brug af vedrørende bopælssagen. Far klagede i februar måned over, at Statsforvaltningen efter 2 måneders sagsbehandling endnu ikke havde truffet afgørelse om sagen. Far fik svar fra Ankestyrelsen umiddelbart herefter med besked om, at Statsforvaltningen var blevet bedt om at fremskynde sagen. Klagen var derfor færdigbehandlet forinden bopælssagen blev oversendt til retten.

Sagsbehandlingstiden hos Ankestyrelsen må, uanset at sagen er overgået til retten, indgå i vurderingen af sagsprocessen under den samlede sagsbehandlingstid, idet sagsprocesserne lægger så tæt op ad hinanden, og begge er et retligt procesmiddel i den samme sag.

6. Processuelle spørgsmål og overvejelser

Det ovenstående giver anledning til en række processuelle spørgsmål og overvejelser om det danske administrative system.

Et spørgsmål er, om parterne har et retsmiddel til at undgå, at en sag trækker ud og/eller et retsmiddel, der kan hindrer en yderligere forsinkelse af sagen. Casen er illustrerende for behovet herfor. I denne forbindelse er det interessant at undersøge om Ombudsmandinstitutionen kan anvendes i denne henseende.

Ombudsmandens reaktionsmuligheder er følgende: der kan fremsættes kritik, afgives henstillinger, og i øvrigt kan Ombudsmanden fremsætte sin opfattelse af sagen, jf. ombudsmandslovens § 22.

Ombudsmandens kontrol af, om en sagsbehandlingstid i en konkret forældreansvarssag opfylder den lovbestemte tidsfrist (forældreansvarslovens § 29 a)og de fastsatte administrative (bekendtgørelse om forældremndighed, bopæl og samvær) og i øvrige tilfælde synes ikke at være *et retsmiddel* for parterne til at fremskynde processen og dermed undgå en lang sagsbehandlingstid.

Dette følger af, at administrativ rekurs hos Ankestyrelsen skal være udnyttet forinden klage kan indgives til Ombudsmanden, jf. ombudsmandslovens § 14. I de tilfælde, hvor sagsbehandlingen ved både Statsforvaltningen og Ankestyrelsen er lang, kan det synes problematisk, at der i dansk ret ikke eksisterer et retsmiddel, der kan hindre eller afhjælpe en lang sagsbehandlingstid, herunder især i de tilfælde, hvor den lovbestemte frist i forældreansvarslovens § 29 a ikke overholdes.

Dette må især tages i betragtning, at Ankestyrelsen på deres hjemmeside oplyser, at afgørelser i sager om forældremyndighed og samvær forventes at blive truffet inden for fem måneder.[779] Dette kan betyde, at sagsbehandlingstiden for en klage over Statsforvaltningens sagsbehandlingstid således kan være op til fem måneder.

[779] Jf. https://ast.dk/born-familie/for-borgere/din-sag-om-foraeldremyndighed-og-samvaer (set 12.12.2016).

Såfremt sagen om samvær, bopæl og/eller forældremyndighed indbringes for retten, og klagen er sket til Ombudsmanden forinden, er spørgsmålet om Ombudsmanden da fortsat kan behandle klagen over sagsbehandlingstiden.

I forhold til forældremyndigheds- og bopælssager, er det en vurdering af om det kan forventes, at byretten vil tage stilling til spørgsmålet. Hvis dette er tilfældet vil Ombudsmandens ifølge praksis i henhold til ombudsmandslovens § 16, stk. 1 afvise at behandle klagen.[780]

Det er formodentligt tvivlsomt, om byretten vil behandle klagen over sagsbehandlingstiden. Spørgsmålet er således, om det skal ske efter påstand fra parten eller om byretten ud fra det foreliggende sagsmateriale af egen drift skal tage stilling hertil.

Som der redegøres for i kapitel 8, er domstolene i forældremyndigheds- og bopælssager på den ene side underlagt et officialprincip, der gør dem ansvarlige for sagens oplysning, og det taler for, at domstolene af egen drift skal tage stilling hertil. På den anden side er der tale om processuelt spørgsmål, der kan være uden betydning for sagens materielle afgørelse.

I forhold til samværssager fremgår det nedenfor i kapitel 9, at domstolene efter Grundlovens § 63 ikke efterprøver god forvaltningsskik. Det betyder derfor, at Ombudsmanden ikke kan erklære en afgørelse for ugyldig i det tilfælde, hvor en sagsbehandlingstid ikke har levet op til kravet om god forvaltningsskik. Det samme må antages at gælde, hvor en midlertidig afgørelse om kontaktebevarende samvær træffes efter fristens udløb i henhold til den lovbestemte frist i forældreansvarsloven § 29 a. Dertil må det bemærkes, at Ombudsmandens udtalelser ikke er retligt bindende.[781]

Det synes derfor ikke forventeligt at domstolene vil tage stilling til et anbringende om klage over sagsbehandlingstiden under en § 63-prøvelse. Netop dette taler for, at Ombudsmanden skal behandle klagen om sagsbehandlingstiden, selv om sagen er indbragt for domstolene.

Det kan dog ikke vides, om domstolene konkret vil efterprøve anbringende om sagsbehandlingstid. Det synes mest oplagt, at domstolene vil foretage efterprøvelsen, hvis det gøres gældende i tilfælde, hvor Statsforvaltningen og (evt. Ankestyrelsen) har truffet afgørelse om midlertidig samvær og endelig afgørelse om samvær, og parten ikke har fået prøvet spørgsmålet om sagsbehandlingstidens længde i det administrative system.

Under alle omstændigheder bør parten i retten gøre gældende, at sagsbehandlingstidens længde har overskredet rimelighedsgrænsen. Dette gælder også i forhold EMRK 8 og EMRK artikel 6, hvis sagsbehandlingstiden ved domstolene også er problematisk – også med henvisning til sagsforløbet ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen. På denne måde står parten i en god position i forhold til en eventuel sag for Menneskeretsdomstolen.

[780] Helle Bødker Madsen, 2016, side 485.

[781] Jf. kapitel 2, afsnit 3.7.

Der findes derfor ikke et retsmiddel for lange sagsbehandlingstider som den i retsplejelovens § 152 a. Bestemmelsen, der alene gælder for domstolsprøvelsen, har til formål at sikre parterne et retsmiddel i relation til kravet om rimelig frist i EMRK artikel 6. Parterne kan ved risiko for eller ved krænkelse af EMRK artikel 6 gøre brug af denne bestemmelse og fremskynde, at retten fastsætter tidspunktet for hovedforhandling.[782]

7. Sammenfatning

Der er i dansk ret en retlig ramme for, at danske forældreansvarssager kan afgøres inden for en rimelig frist. Kravet om god forvaltningsskik og Menneskeretsdomstolens krav om rimelig frist sikrer sammen med forældreansvarsloven den formelle ret hertil. Forældreansvarslovens sagsbehandlingsregler har til formål at sikre, at forældreansvarssager kan afgøres hurtigt og inden for en rimelig frist til barnets bedste. Statsforvaltningen og Ankestyrelsens har en selvstændig forpligtelse til at sikre, at disse formelle krav overholdes i forældreansvarssager.

Reglen om mødepligt for det indledende møde, den lovbestemte tidsfrist for sager om kontaktbevarende samvær, endeligheden af midlertidige afgørelser om samvær samt Statsforvaltningens forligsværkstøjer som konfliktmægling og børnesagkyndig rådgivning skal ses i dette perspektiv.

Der findes imidlertid ikke tilsvarende regler for Ankestyrelsens sagsbehandling, der alene er reguleret af bestemte regler i retssikkerhedsloven. Den formelle og retlige ramme for rimelige sagsbehandlingstider ved Ankestyrelsen kan derfor anføres alene at være kravet om god forvaltningsskik og Menneskeretsdomstolens krav om rimelig frist.

For at den formelle og retlige ramme for rimelige sagsbehandlingstider kan udmøntes til en reel ret i konkrete sager, kan det anføres, at være en forudsætning, at reglerne anvendes i overensstemmelse med forældreansvarslovens bagvedliggende intentioner om effektivitet i sagsbehandlingen.

Menneskeretsdomstolen ser det fx som en positiv faktor, at den retsanvendende myndighed har forsøgt sig med forligsbestræbelser. Statsforvaltningen har hjemmel og pligt til i forældreansvarslovens § 32 at tilbyde forældrene forligsløsninger. Hvis parterne accepterer børnesagkyndig rådgivning eller konfliktmægling betyder det en udsættelse af sagens afgørelse. Dette forlænger sagsbehandlingstiden, men kan efter de angivne omstændigheder retfærdiggøres forudsat, at både forløbet med rådgivningen og mægling konkret er forløbet med nødvendig omhu. Sagbehandlingsens hurtighed skal i den konkrete sag være rimelig.

Derudover er Statsforvaltningens forpligtelse til at oplyse sagen følgelig en faktor, der kan retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid. Det betyder at iværksættelse af en børnesamtale, børnesagkyndig undersøgelse, indhentelse af sagkyndige erklæringer, og andre relevante oplysninger kan retfærdiggøre sagsbehandlingsti-

[782] Se om bestemmelsen i kapitel 8, afsnit 1.

den. Dette forudsætter imidlertid, at Statsforvaltningen fx sørger for, at den børnesagkyndige undersøgelse laves en for en rimelig tidshorisont.

Omvendt ser Menneskeretsdomstolen fx det som en negativ faktor, hvis der foreligger perioder med inaktivitet eller hvis parten selv (eller dennes advokat) er årsag til den lange sagsbehandlingstid.

En periode med inaktivitet kan konkret ske i forhold til ventetiden på at komme til det første indledende møde i Statsforvaltningen

Den anvendte case illustrerer de positive og negative faktorer. Mor og far deltog i børnesagkyndig rådgivning og ventetiden på at komme til de første indledende møde var knap 2,5 måneder. Derudover illustrerer casen til dels problematikkerne ved, at de bagvedliggende intentioner ikke altid opfyldes i praksis samt til dels, at der umiddelbart synes at være visse forhold, der ikke er taget højde for lovgivningsmæssigt.

Dette ses konkret ved, at det er »nemt« at aflyse deltagelse i det første indledende møde, uanset deltagelse i 2015 blev gjort obligatorisk. Det betyder, at formålet med at fremme begge forældres aktive og loyale medvirken til sagens behandling ikke altid virker i praksis. Det er derfor heller ikke i en konkret situation, hvor der hvor der foreligger den eneste lovbestemte regel om sagsbehandlingstid, muligt at undgå, at sagens proces og afklaring forhales.

Der kan være gode grunde til at ikke at deltage i mødet, hvilket også klart fremgår af lovbemærkninger til lovændringen af forældreansvarsloven i 2015. Casen illustrerer imidlertid, at det er muligt at ønske om berammelse af mødet 14 dage før det skal finde sted samt konkret at melde afbud til mødet dagen før det indledende møde.

Uanset årsagerne hertil, medfører sådanne aflysninger alt andet lige en længere sagsbehandlingstid. Problematikken hermed kan være, at Statsforvaltningen reelt kan have svært ved at gennemskue om der foreligger reelle årsager til afbuddet, især når tages i betragtning, at Statsforvaltningen endnu ikke har mødt parterne og endnu ikke ved stridens kerne. Dette er formålet med det indledende møde.

Dette ses konkret ved, at midlertidige afgørelser om kontaktbevarende samvær, samvær, forældremyndighed og barnets bopæl ikke er afgjort tilstrækkeligt hurtigt. Den lovbestemte frist på 3 uger for kontaktbevarende samvær blev ikke iagttaget, de øvrige midlertidige afgørelser blev ikke afgjort hurtigt og i al fald ikke inden for 4 uger, som bekendtgørelsen om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær foreskriver for forældremyndigheds- og bopælssager.

Det fremgår derudover af det statistikke materiale, at Statsforvaltningen også i andre tilfælde har svært ved at leve op til den lovbestemte sagsbehandlingsfrist, om end der er tale om mindre overskridelser, men bestemmelsen bliver således ikke efterlevet konsekvent. Sagsbehandlingsfristernes manglende overholdelse vil klart give anledning til Ombudsmanden kritik.

Dette ses også ved, at casen generelt set i forhold til den fremførte statistik ikke er repræsentativ for de gennemsnitlige sager. Sagsbehandlingstiden for både sam-

værssagen og for forældremyndigheds- og bopælssagen var længere end de gennemsnitlige sagsbehandlingstider.

Lovgivningsmæssigt illustrerer casen også, at der mangler et retsmiddel, når en sag trækker ud ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen. Ankestyrelsen har i særlige tilfælde mulighed for at træffe en midlertidig afgørelse, hvor Statsforvaltningen endnu ikke har taget stilling. Denne hjemmel synes imidlertid ikke at gælde for tilfælde, hvor sagsbehandlingstiden er lang. Et sådant retsmiddel vil i casen formentlig kunne have medvirket til en hurtigere sagsbehandlingstid.

Ombudsmandens kontrol af Statsforvaltningen og Ankestyrelsens afgørelser synes heller ikke at være retsmiddel for parterne i de tilfælde, hvor sagsbehandlingen trækker ud, idet Ombudsmanden først kan behandle en klage over sagsbehandlingstiden, når administrativ rekurs er udnyttet.

Afgørende for den reelle ret til en rimelig sagsbehandlingstid i den enkelte forældreansvarssag er den konkrete anvendelse af reglerne – eller mangel på samme. Og det kan således bestemt ikke afvises, at krænkelser af kravet om en afgørelse inden for en rimelig frist, kan forekomme i konkrete forældreansvarssager.

Derfor kan formodningsprincippet i sagens natur ikke anvendes af Statsforvaltningen og Ankestyrelsen i forældreansvarssager i relation til EMRK's krav om rimelig frist. For at iagttage det menneskeretlige fristkrav – og god forvaltningsskik – kræver det, at Statsforvaltningen og Ankestyrelsen af egen drift sikrer, at forældreansvarssager kan afgøres inden for en rimelig frist af – af hensyn til barnets bedste.

»Taktik eller almindelig slendrian skal ikke være afgørende for, hvorledes et barn skal have samvær med sine forældre.«[783]

[783] Jf. Sys Rovsing, *Vejledning om behandling af forældreansvarssager*, i TFA2000.81.

Kapitel 8

»Rimelige« sagsbehandlingstider ved domstolene

Dette kapitel har tæt sammenhæng med kapitel 7. Domstolsprøvelsen af en forældremyndigheds- og/eller bopælssag efter sagsbehandlingen hos Statsforvaltningen, og en samværssag indbragt for domstolene i henhold til Grundlovens § 63, vurderes i relation til den reelle ret til rimelig sagsbehandlingstid i en forældreansvarssag. Statistik omkring de gennemsnitlige sagsbehandlingstider anvendes for at understøtte vurderinger om de reelle sagsbehandlingstider.

Formålet med dette kapitel er at kort redegøre for sagsprocessen og de relevante regler herom i retsplejeloven, der kan få eller har betydning for sagsbehandlingstiden. Indledningsvist redegøres også kort for lovgivers intentioner om effektivitet ved domstolsprøvelsen for at give et indblik i det bagvedliggende formål med retsplejelovens regler.

Kravet om rimelig frist i EMRK vurderes også sammen med casen for at illustrere og vurdere forskellige sagsskridt i forældreansvarsager, der domstolsprøves, og hvilken betydning disse kan have for en rimelig eller urimelig sagsbehandlingstid.

Sagsbehandlingstiden i de 10 samværssager, der har været indbragt for domstolene i medfør af Grundlovens § 63 inddrages også for at bidrage til det samlede billede af afhandlingens problemstilling om rimelige sagsbehandlingstider.

1. Lovgivers intentioner om effektivitet ved domstolene

Lovgivers ønske om effektivitet inden for civile retsplejelov har på visse punkter været præget af EMRK.[784] For lange sagsbehandlingstider er i et menneskeretligt perspektiv således ikke en ukendt problemstilling i Danmark.[785] Det er i flere sager slået fast af Menneskeretsdomstolen, at den danske stat ikke har overholdt deres forpligtelse til at sikre, at kravene i EMRK artikel 6, stk. 1 overholdes.[786] Senest er

[784] Se i denne forbindelse fx Claes Nilas, *Råderummet for dansk retspleje i en international kontekst*, i Trine Baumbach og Peter Blume (red.), Retskildernes kamp – Forholdet mellem national offentlig ret og udefra kommende ret, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2012, side 231 ff., hvor EMRKs påvirkning på dansk retspleje behandles.

[785] I ægtefælle- og dødsboskiftesager samt i straffesager er der en større opmærksomhed på lange sagsbehandlingstider. Se TFA2011.360Ø (ægtefælleskifte), U2010.1008V (ægtefælleskifte og U1999.495ØLK (dødsboskifte) samt se fx straffesagerne TfK2011.257V, U2012.2315/1H og U2014.1318Ø. Se også bet. nr. 1407/2001, side 42 f., der nævner 16 afgørelser vedrørende rimelig fristkravet. Afgørelserne vedrører dog ikke afhandlingens sagstyper.

[786] Se disse civile sager, der alle vedrører erstatning: Christensen mod Danmark, sag af 22.1.2009, Iversen mod Danmark, sag af 28.9.2006 Poulsen mod Danmark, af 4.9. 2006, Kurt Nielsen mod Danmark, sag af 15.2.2000, A m.fl. mod Danmark, sag af 8.2.1996 (Bløder-sagen).

den danske stat i sagen Valentin mod Danmark[787] blevet dømt for langsommelig sagsbehandlingstid i et konkursbo, der varede ca. 17 år.

I lyset af navnlig Danmarks domsfældelse i Strasbourg i Bløder-sagen, blev der i 1997 fremsat til et lovforslag om ændring af retsplejeloven for at sikret hurtigere behandling af civile sager.[788] Formålet med lovforslaget var at understege rettens pligt til at tilgodese hensynet til, at sager ikke trækker unødigt længe ud. En hurtigere sagsbehandling blev sikret ved at give dommere bedre instrumenter til at styre sagsgangen og fremskynde sagerne. Instrumenterne, som domstolene, i dag også kan gøre brug af, vedrører bl.a. reglerne om adgangen til i videre omfang at afskære nye påstande m.v., der fremkommer på et sent tidspunkt, og til at afslå anmodninger om udsættelse af sagen, og muligheden for at sanktionere overskridelse af frister for indlevering af processkrifter.[789] Lovforslagets stramninger skulle endvidere ses som en opfordring til parterne til at medvirke til en hurtigere sagsbehandling.[790]

På baggrund af en gennemgang af Bløder-sagen og Menneskeretsdomstolens øvrige konventionspraksis i lovforslaget, vurderede lovgiver, at det ikke var hensigtsmæssigt med faste frister for sagernes forberedelse og berammelse til hovedforhandling m.v. under hensyntagen til, at det beror på en konkret vurdering, hvorledes en sagsbehandlingstid har været lang. Lovgiver fremhævede i denne forbindelse at »retsplejelovens sagsbehandlingsregler skal være udformet således, at der kan anvendes den tid, der er nødvendig for en grundig forberedelse og behandling af sagen, ligesom rettens procesledelse må have en sådan karakter, at parterne herved ikke mister den rådighed over processen, som er et grundlæggende princip i den civile retspleje«.[791] Lovgiver foretager dermed en hensynsvejning over for den materielle rigtige afgørelse.

I 2006 blev der i retsplejeloven[792] indsat en bestemmelse med det formål at sikre, at der eksisterer effektive retsmidler, der kan forhindre eller standse en krænkelse af fristkravet i EMRK artikel 6. Med virkning fra 1. januar trådte retsplejelovens § 152 a i kraft. Bestemmelsen gælder for både civile sager og straffesager. Bestemmelsen i retsplejelovens § 152 a foreskriver, at en part kan forlange, at retten fastsætter tidspunktet for hovedforhandling, hvis det er nødvendigt på grund af kravet om rimelig frist i EMRK artikel 6. Det fremgår af lovarbejderne til bestemmelsen, at formålet med bestemmelsen er at præcisere parternes reaktionsmulighed i tilfælde af krænkelse eller risiko for krænkelse af retten til rettergang inden for en

[787] Sag af 26.6.2009.

[788] Jf. forslag til lov nr. 178 af 27.2.1997 *om ændring af retsplejeloven (Hurtigere behandling af civile sager m.v.)*, der inkluderer en gennemgang af Bløder-sagen, og den menneskeretlige konventionspraksis vedrørende kravet om rimelig frist i EMRK artikel 6. Se afsnit 3. Om Bløder-sagen se også kapitel 6, afsnit 3.3.4.1.

[789] Afsnit 1 i de almindelige bemærkninger til lov nr. 178 af 27.2.1997.

[790] Afsnit 4 i de almindelige bemærkninger til lov nr. 178 af 27.2.1997.

[791] Afsnit 4 i de almindelige bemærkninger til lov nr. 178 af 27.2.1997.

[792] Jf. lov nr. 538 af 8.6.2006.

rimelig frist efter EMRK artikel 6. Formålet har været at tydeliggøre, at parterne råder her over et effektivt retsmiddel, jf. EMRK artikel 13.

I 2012 kom det frem, at danske borgere må vente over to år på afgørelser i Højesteret. Berammelsestiden var på gennemsnitlig på 27,5 måneder.[793] Domstolsreformen, der trådte i kraft i 2007, medførte således mod forventning, længere sagsbehandlingstider. Dette er et åbenlyst menneskeretligt problem.

I sommeren 2014 trådte der derfor en ny retsplejelov[794] i kraft med det formål at effektivisere sagsbehandlingen og nedbringe sagsbehandlingstiden, især hos Højesteret. De centrale ændringer af retsplejeloven bestod i en forhøjelse af beløbsgrænsen for anke af sager fra byretten til landsretten, landsrettens kompetence til at afvise at behandle en sag, hvis det skønnes, at sagen ikke får andet udfald end i byretten samt en indskrænkning af muligheden for at anke sager afsagt af Sø- og Handelsretten som første instans til Højesteret. Med andre ord, var formålet med disse tiltage at mindske antallet af sager, der skulle behandles ved domstolene. Der blev derudover indsat en ny bestemmelse i lovens § 336 a, der foreskriver, at parterne har en pligt til at fremme sagen med fornøden hurtighed.

[793] Se brev fra forhenværende Præsident for Højesteret, Børge Dahl, til Justitsministeriet om sagstilgangen til Højesteret, d. 10.10.2012 og Institut for Menneskerettigheder, *Menneskerettigheder i Danmark, Status 2013*, om Retfærdig Rettergang, side 36. Se også Jonas Christoffersen, *Ny reform giver langstrakte retssager*, Advokaten 2007, nr. 10, side 36.

[794] Lov nr. 178 af 11. juni 2014 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love.

2. Tal og statistik

I dette afsnit fremføres tal og statistik over domstolenes sagsbehandlingstider mv. i forældremyndigheds- og bopælssager (forældreansvarssag) og i almindelige civile sager, hvorunder domstolsprøvelsen af samværssager hører under.[795]

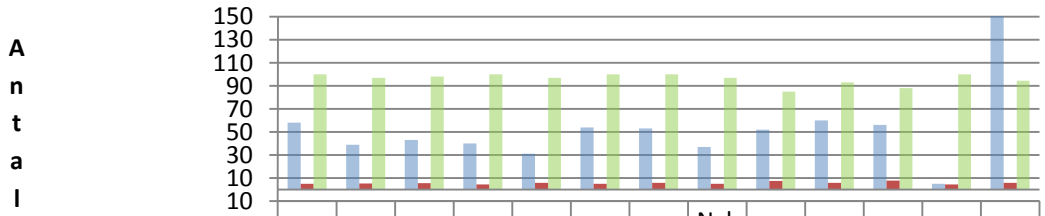
Nogle af tallene har jeg for overblikkets skyld selv bearbejdet i diagrammer, hvorfor alle byretter af oversigtsmæssige hensyn ikke er med. De byretter, der fremføres er udvalgt med henblik på en geografisk spredning. Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid, der fremføres skal ses i forhold til det totale antal af sager, der således vedrører alle byretterne.

Det skal fremhæves, at sagsbehandlingstiden for afgørelseskategorien forældre-ansvarssager vedrører forældremyndighed- og bopælssager, der er statistik udskilt.

Der gøres endvidere opmærksom på, at der ikke endnu ikke er offentliggjort tal og statistik fra 2. halvår 2016, hvorfor en sammenligning med tidligere år ikke kan være fuldstændig retvisende.

2.1. Sagsbehandlingstider i byretterne

2.1.1. Sagsbehandlingstid for forældreansvarssager



	Aalborg	Randers	Århus	Viborg	Esbjerg	Sønderborg	Odense	Nykøbing Falster	Roskilde	Glostrup	København	Bornholm	Total
Sager i alt	58	39	43	40	31	54	53	37	52	60	56	5	913
Gnst. (mdr.)	5,0	5,4	5,5	4,6	5,9	5,0	5,8	4,9	7,4	5,9	7,8	4,4	5,9
Afgjort inden 1 år (%)	100	97	98	100	97	100	100	97	85	93	88	100	94,5

Figur 1

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for alle (ikke blot de i skemaet angivne) forældreansvarssager var i første halvår 2016 totalt set 5,9 måneder for 913 sager, hvoraf 94,5 % af sagerne var afgjort inden for et år. Der ses dog også nogle udsving i forhold til den totale gennemsnitlige sagsbehandlingstid. Det er ikke alle byretter, der er lige hurtige. Sagsbehandlingstiden i fx *Roskilde byret* var gennemsnitlig 7,4

[795] Se herom neden for i afsnit 3.

måneder (for 52 sager) og *Københavns byret* 7,8 måneder (for 56 sager). Begge byretter havde også det laveste antal afgjort sager inden for et år (Roskilde 85% og København 88 %).

Modsat var den hurtigste sagsbehandlingstid ud af de valgte byretter i skemaet *Bornholm* på 4,4 måneder (for 5 sager), hvorefter kommer byretten i *Viborg* med en sagsbehandlingstid på 4,6 måneder for 40 sager.[796]

Det er kritisabelt, at der er så store forskelle i den gennemsnitlige sagsbehandlingstid hos byretterne. Dette synes ikke at være en hensigtsmæssig retstilstand, når tidsfaktoren er af stor betydning i forældremyndigheds- og bopælssager.

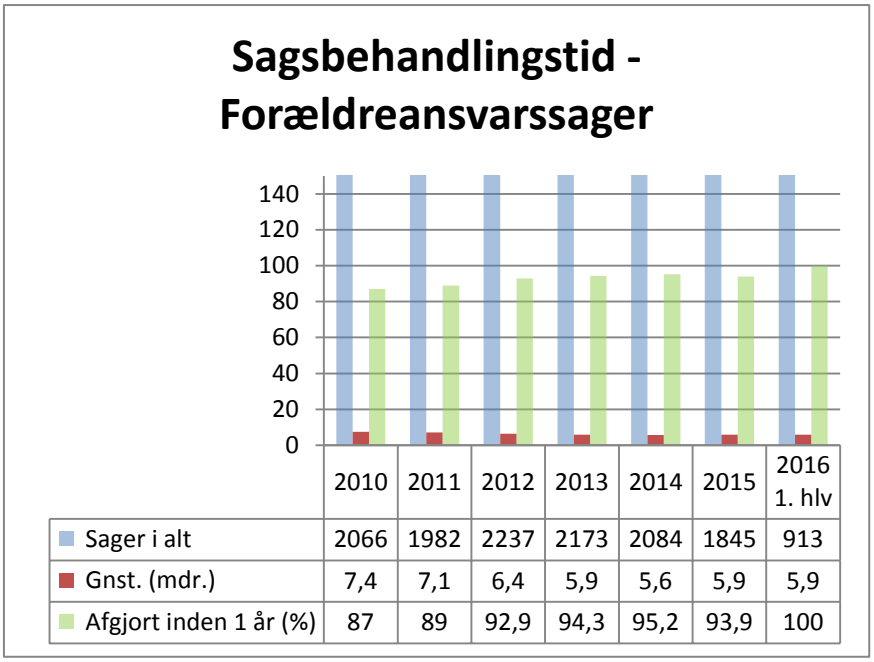
Det kan imidlertid også tages i betragtning, at forskellen i sagsbehandlingstiderne kan være udtryk for forskellige forhold, fx at parterne eller advokaterne kan være skyld i sagsbehandlingstidernes længde og/eller interne forhold, fx af ressourcemæssige karakter hos de enkelte byretter, men det synes dog påfaldende, at der kan være en forskel på 3 måneder de enkelte byretterne imellem.

Domstolene har også selv et ønske om at skabe ensartethed i sagsbehandlingen, hvilket der således ikke er, når, der i gennemsnit kan være en forskel i sagsbehandlingstiden på knap 3 måneder blandt de enkelte byretter.[797]

[796] Domstolenes »Statistik for civile sager - 1. halvår 2016, Sagsbehandlingstid for sager inden for sagskategorien forældreansvarssager.« Tallene vedrører forældreansvarssager afgjort med dom.

[797] Mål og indsatsområder for Danmarks Domstole 2013-2018. Se domstolenes hjemmeside: http://www.domstol.dk/om/publikationer/HtmlPublikationer/Profil/For%20ret%20og%20retfaerdighed/kap04.htm

2.1.1.1. 2010-2016



	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016 1. hlv
Sager i alt	2066	1982	2237	2173	2084	1845	913
Gnst. (mdr.)	7,4	7,1	6,4	5,9	5,6	5,9	5,9
Afgjort inden 1 år (%)	87	89	92,9	94,3	95,2	93,9	100

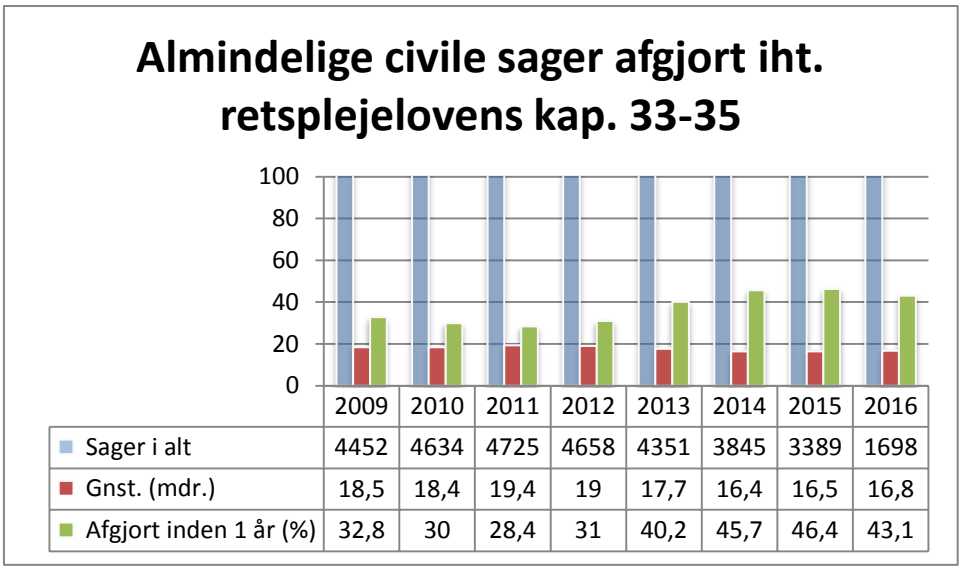
Figur 2

Det fremgår af figur 2, at de faktiske tal for sagsbehandlingstiden i forældremyndigheds- og bopælssager afgjort med dom efter endt hovedforhandling overordnet set har været faldende i perioden 2010-2014, hvorefter sagsbehandlingstiden steg svagt i 2015. Sagsbehandlingstiden i det første halvår af 2016 er ikke ændret siden 2015.

I den forbindelse kan nævnes domstolenes årsrapport for 2015, hvor det fremgår, at målet om, at 80 % af sagerne skulle afgøres under 6 måneder ikke er opfyldt. Dog er der »kun« tale om en afvigelse på 6 %.[798]

[798] Danmarks Domstole, Årsrapport 2015, side 15.

2.1.2. Sagsbehandlingstid for almindelige civile sager



	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Sager i alt	4452	4634	4725	4658	4351	3845	3389	1698
Gnst. (mdr.)	18,5	18,4	19,4	19	17,7	16,4	16,5	16,8
Afgjort inden 1 år (%)	32,8	30	28,4	31	40,2	45,7	46,4	43,1

Figur 3

Sagsbehandlingstiden i almindelige civile sager for byretten, der behandles efter retsplejelovens kapitel 33-35, var gennemsnitlig 16,8 måneder i det første halvår 2016 (for 1698 sager), der blev afsluttet med dom eller forlig efter endt hovedforhandling. 43,1 % af sagerne var afgjort inden for et år. Det ses af statistikken, at alene én sag var blevet afgjort under tre måneder (Helsingør Byret), mens 61 af sagerne var afgjort inden for 3-6 måneder, 670 af sagerne inden for 6-12 måneder samt det største antal af sagerne (966) med en sagsbehandlingstid på over et år.

Udviklingen i sagsbehandlingstiden set over perioden 2009-2016 har fra år til år både medført stigende og faldende sagsbehandlingstider. Det ses, at 2009-niveauet er lavere end 2016-niveauet. Der er således en forskel i sagsbehandlingstiden på 1,7 måneder, mens der en forskel på 2,6 måneder mellem 2016 og den længste sagsbehandlingstid i 2011. Der en forskel for den korteste sagsbehandlingstid på 0,4 måneder mellem 2016 og 2014. Sagsbehandlingstiden har i perioden 2014-2016 været svag stigende.[799]

Det kan derfor konstateres, at sagsbehandlingstiden i almindelige civile sager generelt i perioden 2009-2016 er længere end sagsbehandlingstiden i forældremyndigheds- og bopælssager, hvilket er positivt, taget sagernes karakter i betragtning. Heraf må således udledes, byretterne tager højde for, at sagsbehandlingstiden i forældremyndigheds- og bopælssager kan være en vigtig faktor.

Statistik set falder samværssagerne – der domstolsprøves efter Grundlovens § 63 – under de civile sager, der behandles efter retsplejelovens kapitel 33-35. Det

[799] Domstolenes »Statistik for civile sager – 1. halvår 2016, Sagsbehandlingstid for sager inden for sagskategorien almindelige sager, jf. RPL. kap. 33-35«.

betyder derfor, at der generelt set vil være en risiko for en længere sagsbehandlingstid, hvilket også ses konkret at være tilfældet i de 10 samværssager, der er domstolsprøvet i henhold til Grundlovens § 63. Sagsbehandlingstidens længde af disse samværsager bliver behandlet særskilt nedenfor i afsnit 3.5 i forbindelse med redegørelsen af sagsprocessen ved domstolene.

Det kan dog ikke udelukkes, at der ved prøvelsen efter Grundlovens § 63 generelt set anvendes en hurtigere procedure end de øvrige civile sager; på samme måde som bopæls- og forældreansvarssager, der statistisk er udskilt.

Det bør bemærkes, at casen ikke anvendes på dette punkt, idet samværssagen ikke har været indbragt for domstolene.

2.2. Berammelsestider i byretterne

Berammelsestiderne er vigtige for den samlede sagsbehandlingstid, idet lange berammelsestider jo kan medvirke til en samlet set for lang sagsbehandlingstid, men kan også i sig være problematisk. Danske domstoles berammelsestider er således ved tidligere afgørelser fra Menneskeretsdomstolen blevet kritiseret.[800]

Berammelsestiderne for sagens hovedhandling ses overordnet at variere både ved de enkelte byretter, samt ved de enkelte byretter efter, hvorvidt der er tale om en forældremyndigheds- og bopælssag eller en almindelig civil sag.

Fx fremgår det, at berammelsestiden for en forældreansvarssag ved *byretten i Randers* er »fra om en måned«, mens det for almindelige civile sager er »fra om 1-2 måneder«, når det er en hovedforhandling af en dags varighed. Ved en forhandling af en ½ dags varighed er det fra om en måned i en almindelig civil sag. Berammelsestiden for en retsmægling er 6 uger. Berammelsestiden for at for få et møde i fogedretten er for samværssager ca. en uge.[801]

Ved byretten i Odense er berammelsestiden længere for hovedforhandligen end ved byretten i Randers. For en forældreansvarssag er der hovedforhandling indenfor 2 måneder, mens det for en almindelig civil sag er 2 til 3 måneder (for hovedforhandling på 1 dags varighed) og 4-6 uger (for ½ dags varighed). Berammelsestiden for retsmægling er dog kortere end i Randers (4 uger). Det fremgår endvidere, at berammelsestiden for en samværssag i fogedretten kan ske med »kort varsel«.[802] Om det er mere eller mindre end ca. en uge er usikkert.

Berammelsestiden for en forældreansvarssag og en almindelig civil sag (1 dags varighed af domsforhandlingen) er ved *byretten i Sønderborg* begge omkring 8 uger, mens det er omkring 3-4 uger i en almindelig civil sag (med ½ retsdag). Det er således værd at bemærke, at berammelsestiden for en almindelig civil sag gennemsnitlige er den samme som en forældreansvarssag, og derfor i nogle sager såle-

[800] Se herom kapitel 6, afsnit 3.3.4.1.

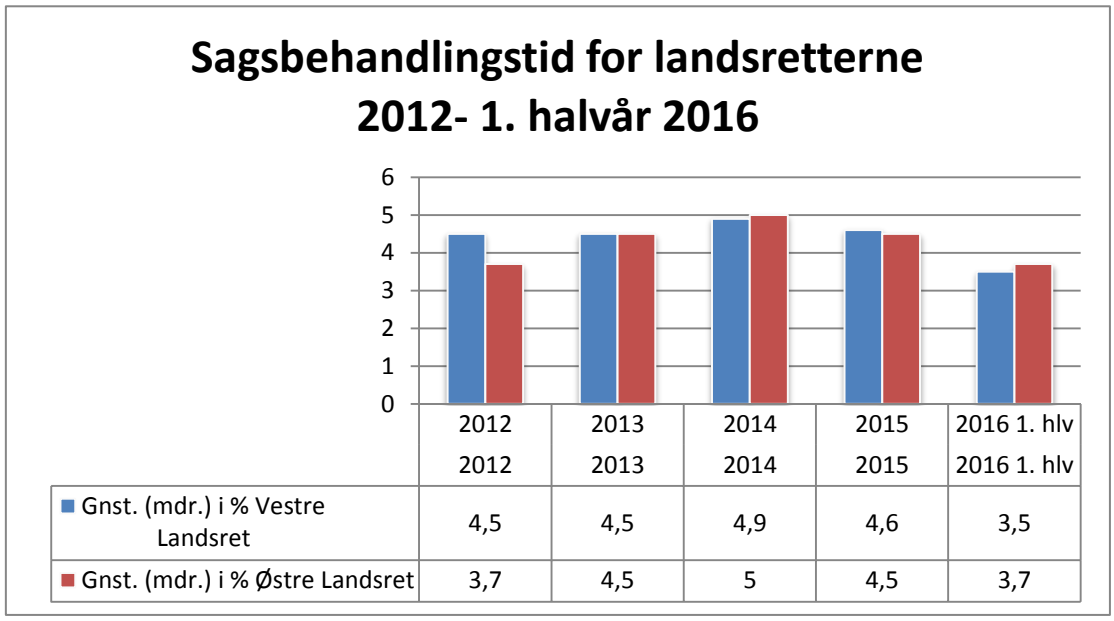
[801] Domstolenes hjemmeside: http://www.domstol.dk/RANDERS/TALOGFAKTA/AKTUELLE%20SAGSBEHANDLINGSTIDER/Pages/default.aspx (hentet 30.1.2017).

[802] Domstolenes hjemmeside: http://www.domstol.dk/Odense/talogfakta/Pages/Sagsbehandlingstider.aspx (hentet 30.1.2017).

des kortere. Berammelsestiden for retsmægling er længere end ved byretten i Randers og byretten i Odense, idet den er på 7 uger. For så vidt angår berammelsestiden for samværssager i fogedretten er den på 1 uge.[803]

Et sidste og illustrerende eksempel er *Københavns Byret*. Her er berammelsestiden på for forældreansvarssager 6-10 uger højere end de foregående eksempler – en forskel på op til 4 uger, der kan konkret forekomme. Det samme er berammelsestiden i almindelige civile sager: 20 uger (1 dags varighed) og 10-12-uger (½ dags varighed). Retsmægling kan dog ske om 3-4 uger. For en fogedsag om samvær er berammelsestiden på 1-3 uger.

2.3. Sagsbehandlingstid for forældreansvarssager – landsretterne



	2012 2012	2013 2013	2014 2014	2015 2015	2016 1. hlv 2016 1. hlv
Gnst. (mdr.) i % Vestre Landsret	4,5	4,5	4,9	4,6	3,5
Gnst. (mdr.) i % Østre Landsret	3,7	4,5	5	4,5	3,7

Figur 4

Figur 4 viser udviklingen i sagsbehandlingstiden for hovedforhandlede familieretssager i ved landsretterne som ankeinstans i perioden 2012 til 1. halvår 2016.

Overordnet set har udviklingen fra 2012-2016 været positiv. Sagsbehandlingstiden i 1. halvår 2016 er Vestre Landsret lavere end i 2012, mens det er samme niveau for Østre Landsret. Det fremgår, at der alene i 2013 har været samme niveau i sagsbehandlingstiden. Ellers har der de øvrige år ikke været den samme sagsbehandlingstid, selv om det kan anføres at være minimale udsving.[804]

[803] Domstolenes hjemmeside: http://www.domstol.dk/SOENDERBORG/TALFAKTA/SAGSBEHANDLINGSTIDER/Pages/default.aspx (hentet 30.1.2017)

[804] Domstolenes »Sagsbehandlingstider for landsretterne for hovedforhandlede sager 2012 – 1. halvår 2016 (gennemsnit i måneder)«.

For så vidt angår sagsbehandlingstiden fremadrettet, fremgår det af domstolenes handleplan for 2017, at der er bestemte målsætninger for sagsbehandlingstiden i perioden 2015-2018. Målsætningerne er for familieretssager overraskende ikke ens for landsretterne. Det fremgår således af handleplanen, at landsretterne er udfordret på mange verserende sager og lange gennemløbstider.

Målsætningen for Østre Landsret er, at 60 % af sagerne skal være afgjort inden for tidsintervallet 4 måneder, mens det 85 % af sagerne skal være afgjort inden for tidsintervallet 6 måneder. Vestre Landsrets målsætninger er mere ambitiøse med en andel på 40 % af sagerne, der skal være afgjort inden for tidsintervallet 3 måneder, 70 % sagerne inden for 4 måneder samt 90 % af sagerne inden for 6 måneder. Østre Landsret har således ikke en målsætning for sager, der skal være afgjort inden for 3 måneder, hvilket må forstås således, at det ikke er muligt at behandle sagerne i dette tidsinterval.[805]

2.4. Sagsbehandlingstid for almindelige civile sager - landsretterne

Landsretternes statistik over sagsbehandlingstider vedrører både 1. instanssager, der er henvist til fra byretten til landsretten, jf. retsplejelovens § 226 og sager, der bliver domstolsprøvet af landsretten som ankeinstans.

Der er en stor forskel mellem sagsbehandlingstiderne for 1. instanssager og ankesager. Sagsbehandlingstiden for 1. instans-sager var overraskende på 34, 1 måneder i Vestre Landsret og 25,4 måneder i Østre Landsret i 1. halvår af 2016. En sagsbehandlingstid på omkring 2-3 år for sager, der alene er blevet domstolsprøvet i én instans er kritisabelt.

De lange sagsbehandlingstider kan være på grænsen til, at der er alene på grund af sagsbehandlingstiden, dvs. uden at inddrage Menneskeretsdomstolens parametre, foreligger en krænkelse af EMRK. Har der undervejs i sagsprocessen været døde perioder og der ikke er forhold, som skyldes parterne, vil der utvivlsomt foreligge en krænkelse af EMRKs krav om rimelig frist.

Landsretterne synes selv at have peget på hvilke årsager, der er medvirkende til de lange sagsbehandlingstider. Af domstolenes årsrapport for 2015 fremgår det, at landsretterne angiver, at et øget antal retsmøder tilsyneladende aflyses med kort varsel, og det kan være vanskeligt at få sat andre sager på med kort varsel. I 70 % af tilfældene skete aflysningerne på et tidspunkt, hvor der var 4 dage eller mindre til det berammede retsmøde.[806]

I ankesagerne er sagsbehandlingstiderne også lange, men dog kortere end 1. instans-sagerne. Sagsbehandlingstiden for Østre Landsret var for 1. halvår 2016 på 13,2 måneder, dvs. samme sagsbehandlingstid som hos Vestre Landsret.

Sagsbehandlingstiden for almindelige civile sager, der bliver behandlet ved landsretten som ankeinstans har i perioden 2012 til 1. halvår 2016 haft nogle udsving i både negativ og positiv retning.

[805] Se Danmarks Domstoles Handlingsplan 2017,side 2

[806] Danmarks Domstole Årsrapport, 2015, side 21.

Det ses, at sagsbehandlingstiden er faldet med ca. 2 måneder for 2014-2016, mens sagsbehandlingstiden var stigende fra 2012-2014.

Sagsbehandlingstiden var faldende fra 2012 (12,4 måneder) til 2013 (11,9 måneder), mens sagsbehandlingstiden steg fra 2014 (13,3 måneder) til 2015 (14, 1 måneder).[807]

Der er dermed også en væsentlig forskel i sagsbehandlingstiden for landsretten som ankeinstans i henholdsvis forældremyndigheds- og bopælssager og almindelige civile sager. En gennemsnitlig samværssag, der indbringes for domstolene i medfør af Grundlovens § 63 vil således have en betydelig risiko for længere sagsbehandlingstid hos både byretterne og landsretterne end forældremyndigheds- og bopælssager.

Det må her igen imidlertid bemærkes, at landsretterne kan have behandlet sagerne hurtigere end de øvrige civile sager. Ikke desto mindre vil denne sagsbehandling skulle lægges oveni sagsbehandlingstiden hos Statsforvaltningen. Derfor vil der være behov for netop at samværssagerne fremskyndes hurtigt.

Dette ses ikke at være tilfældet i de sager, som har været for retten, jf. nedenfor afsnit 3.5.

2.5. Sagsbehandlingstider i Højesteret

En forældreansvarssag, hvad enten det er en forældremyndighed- og bopælssag eller om det er en samværssag, kan under angivne betingelser indbringes for Højesteret. Én samværssag har faktisk været prøvet af Højesteret i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. Det er derfor interessant at få indblik i sagsbehandlingstiden i Højesteret. Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid var for 1. halvår af 2016 12, 1 måneder. Sagsbehandlingstiden i mundtlige hovedforhandlinger var 14 måneder, mens den i skriftelig hovedforhandling var kortere, (9,1 måneder).

Det fremgår af statistikken, at sagsbehandlingstiden siden 2012 og frem til 1. halvår af 2016 har været faldende gennem hele perioden, både samlet set for mundtlige og skriftlige hovedforhandlinger, men også særskilt. Forskellen mellem den gennemsnitlige sagsbehandlingstid samlet i 2012 og 2016 er 9,2 måneder.[808] Til trods for denne forbedring, er sagsbehandlingstider alt andet lige fortsat kritisable lange – også i en menneskeretlig kontekst.

2.6. Sagsbehandlingstider i Procesbevillingsnævnet

Procesbevillingsnævnet behandler i afdelingen for appeltilladelser ansøgninger om 2. og 3. instansbevillinger i civile sager. Desuden behandler nævnes afdeling om fri proces klager over Civilstyrelsens afslag på fri proces.[809]

[807] Domstolenes »Sagsbehandlingstider for hovedforhandlede sager 2012 til 1. halvår 2016 (gennemsnit i måneder).«

[808] Domstolenes »Sagsbehandlingstid ved Højesteret 2012 – 1. halvår 2016 (gns. i mdr.)«

[809] Danmarks Domstole Årsrapport, 2015, side 24.

Sagsbehandlingstiderne i Procesbevillingsnævnet er også relevant at nævne, navnlig på grund af, at Menneskeretsdomstolen tidligere har kritiseret sagsbehandlingstiden i nævnet. Sagsbehandlingstiden hos Procesbevillingsnævnet kan således konkret medvirke til en for lang sagsbehandlingstid.[810]

Af domstolenes årsrapport for 2015 fremgår det, at sagsbehandlingstiden for appeltilladelser var 11,3 uger, mens den for klager over fri proces var 8,6 uger.[811]

3. Samværssager

For at undgå gentagelser redegøres først for domstolsprocessen i samværssager, idet samme regler og grundprincipper for rettens sagsbehandling som udgangspunkt finder anvendelse for både samværssager og forældremyndigheds- og bopælssager. Navnlig rettens muligheder for sikre en effektiv og forsvarlig fremdrift af sagen finder som udgangspunkt anvendelse i samme udstrækning. Særreglerne for rettens sagsbehandling af forældremyndigheds- og bopælssager i retsplejelovens kapitel 42 behandles i afsnit 4.1.

Den processuelle ramme ,som indledningsvis beskrives i afsnit 3.1, anvendes i første omgang som afsættet for redegørelsen af domstolsprocessen i samværssager i henhold til Grundlovens § 63.

10 samværssager er indbragt for domstolene i medfør af grundlovsbestemmelsen. Derfor er det relevant at redegøre for domstolsprocessen i sådanne sager, og for de relevante regler i retsplejeloven, der konkret må antages at have betydning for den enkelte sags tidsforløb.

Beskrivelsen af den processuelle ramme har dog også betydning for analysen af omfanget af domstolsprøvelsen efter Grundlovens § 63 i kapitel 9 samt for analysen af de menneskeretlige krav og omfanget heraf i EMRK artikel 6, stk. 1 i kapitel 10. Beskrivelsen af den processuelle ramme anvendes navnlig i kapitel 11, hvor der sker en sammenholdelse af domstolsprøvelsen af samværssager og de menneskeretlige krav hertil.

3.1. Den processuelle ramme for domstolsprøvelsen iht. Grundlovens § 63

De civilprocessuelle grundprincipper og retsplejeloven danner overordnet set den processuelle ramme for domstolsprøvelsen efter Grundlovens § 63. Domstolsprøvelsen sker derfor både offentligt og mundtligt. Dette betyder, at offentligheden har adgang til at overvære retsmøderne *(umiddelbar offentlighed)*, og parterne har ret til at være til stede i alle retsmøder, herunder gøre sig bekendt med alt, der fremkommer i sagen (*partsoffentlighed*). Offentligheden er endvidere med til at fremme borgernes tillid til retsplejen, og virker som en kontrol med behandlingen af den enkelte sag. Offentlighedsprincippet kommer til udtryk i retsplejelovens § 28 a og EMRK artikel 6, stk. 1.

[810] Se herom kapitel 6, afsnit 3.3.4.1.

[811] Danmarks Domstole Årsrapport, 2015, side 24. Tallene for 2016 ses endnu ikke offentliggjort.

Mundtlighed betyder, at retten træffer sin afgørelse på grundlag af parternes fremstillinger af sagen i retssalen. Mundtligheden har en særlig værdi, når den forbindes med umiddelbarheden. Processtoffet (beviser og procedure) fremføres direkte for den ret, som skal afgøre sagen. Dommeren har derfor muligheden for at danne direkte indtryk af parters og vidners sikkerhed og pålidelighed og kan straks stille supplerende spørgsmål.[812]

Fordi domstolsprøvelsen af samværssager sker i henhold til Grundlovens § 63 er parterne i samværssagen på den ene side af »bordet« forskellig fra sagens parter under samværssagens behandling i Statsforvaltningen og Ankestyrelsen. Idet det er en administrative myndigheds afgørelse, der indbringes for domstolene til kontrol i medfør af Grundlovens § 63, er sagens modpart enten Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen, og således ikke den anden forælder.[813]

3.1.1. Forhandlingsmaksimen

Domstolsprøvelsen af samværssagen sker efter forhandlingsmaksimen i retsplejelovens § 338. Det betyder, at parternes påstande og anbringender danner rammen for selve domstolsprøvelsen. Retten kan derfor ikke tilkende parten mere end det, der er krævet i påstanden, og retten kan ikke tage hensyn til anbringender, der ikke er gjort gældende. Dette betyder, at retten således som altovervejende udgangspunkt er bundet af parternes påstande.[814] Det er dog vigtigt at have i mente, at retten selvfølgelig kender »jus«; retten afgør sagen som den forelagt af parterne på grundlag af gældende ret, og retten er således i almindelighed ikke bundet af parternes udtalelser om disse regelsæt og deres fortolkning.[815]

Forhandlingsmaksimen indebærer, at retten skal træffe sin afgørelse på grundlag af de oplysninger, som parterne tilvejebringer i retssagen. Dette betyder, at retten ikke har ansvaret for sagens oplysning i forhold til at træffe den materielle korrekte afgørelse. Dette står således i klar modsætning til Statsforvaltningen og Ankestyrelsens forpligtelse til af egen drift at oplyse sagen i henhold til officialmaksimen. Parterne og vidner er dog, modsat, hvad gælder i Statsforvaltningen og Ankestyrel-

[812] Se om de civilprocessuelle grundprincipper Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2013, side 26 f.

[813] Udgangspunktet er, at sagen anlægges mod den myndighed, der har ansvaret for den pågældende afgørelse, jf. Karsten Revsbech, 2016, side 377 f. Hvis sagen er truffet af Statsforvaltningen som første instans og er indbragt for domstolene inden rekurs til Ankestyrelsen er udnyttet, er det Statsforvaltningen sagen skal anlægges mod. Se fx TFA2015.465V. Er afgørelsen derimod truffet af Ankestyrelsen som rekursinstans, skal sagen anlægges mod Ankestyrelsen.

[814] Se Bent Christensen, 1994, side 35.

[815] Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2013, side 578 og 603. Statsforvaltningen og Ankestyrelsen er dog som modpart i disse sager underlagt et legalitetsprincip ved formuleringen af påstande og anbringender. Statsforvaltningen og Ankestyrelsen kan derfor ikke frit opstille påstande og anbringender, men skal ved udformningen af dem respektere gældende ret som den udlægges af dem, og søge at realisere lovgivers intentioner, som de opfatter disse, jf. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Prøvelse*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2. udg., 1994, side 34.

sen, forpligtet til at tale under strafansvar i henhold til retsplejelovens §§ 181 og 305.

Parterne kan oplyse sagen for retten i sin bevisførelse gennem partsforklaringer, vidneforklaring, sagkyndige erklæringer (notat fra børnesamtale, børnesagkyndig undersøgelse) og dokumenter (fx udtaleser fra børnehave, dagplejere/vuggestuer), såfremt retten tillader bevisførelsen.[816]

Forhandlingsmakismen er af stor betydning for vurderingen af retten til domstolsprøvelse, jf. EMRK artikel 6. Se nærmere i kapitel 11.[817]

3.2. Domstolsprocessen

3.2.1. Beregning af sagsbehandlingstiden iht. EMRK artikel 6

Hvis en samværssag indbringes for domstolene i medfør af Grundlovens § 63 forlænges sagsprocessen i sagens natur. Spørgsmålet er om domstolsprøvelsen skal medtælles under ét samlet forløb i forhold til beregningen af sagsbehandlingstiden. Derfor bliver fx berammelsestider vigtige. Her er det vigtigt at have i mente, at parterne ikke længere er beskyttet af kravet om god forvaltningsskik. Sagsbehandlingstidens rimelighed kan derfor alene bedømmes efter EMRKs standarder.

Idet forældreansvarslovens § 31, stk. 1, foreskriver, at alle forældreansvarssager skal starte i Statsforvaltningen, vil den forudgående sagsbehandlingstid hos Statsforvaltningen og Ankestyrelsen som hovedregel skulle medtælles i henhold til Menneskeretsdomstolens konventionspraksis

Der må således ikke gå for lang tid mellem sagens afslutning ved Statsforvaltningen og sagens anlæg ved domstolene. Hvis der går for lang tid, kan det betyde, at Menneskeretsdomstol først beregner fristen fra sagens anlæg ved domstolene, og således ikke fra sagen startede i Statsforvaltningen.[818]

I den forbindelse skal det haves i mente, at det ikke er et krav, at administrativ rekurs skal være udnyttet forinden domstolsprøvelsen, jf. forældreansvarslovens § 41 modsætningsvis. [819] Når samværsafgørelsen er truffet af Statsforvaltningen kan sagen således indbringes for domstolene i medfør ag Grundlovens § 63 uden der er indgivet klage til Ankestyrelsen.[820]

[816] Se herom Karsten Revsbech, 2016, side 383 f. Det fremgår af de samværssager, der er indbragt for domstolene i medfør af Grundlovens § 63, at det ikke er i alle tilfælde, at både mor og far afgiver forklaring. Den forælder, der har indbragt sagen for retten afgiver partsforklaring, mens den anden forælder, hvis denne møder op, kan afgive vidneforklaring. I fx TFA2000.194/3Ø/3Ø fremgår det, at far var procestilvarslet, men ikke gav møde efter råd fra sin advokat. I én enkelt sag, TFA2015.465V, ses endvidere, at en socialrådgiver afgav vidneforklaring.

[817] Afsnit 1.1.1.

[818] Kapitel 6, afsnit 3.1.

[819] Se herom fx Hans Gammeltoft Hansen m.fl., 2002, side 813, der anfører, at hovedreglen er lagt til grund i retspraksis med henvisning til flere afgørelser.

[820] Se U2015.465V og U2015.45Ø.

Såfremt der er allerede er klaget over Statsforvaltningens afgørelse til Ankestyrelsen og parten samtidig indbringer sagen for domstolene, må retten skulle udsætte sin behandling af sagen, indtil Ankestyrelsen har truffet sin afgørelse.[821]

Dette synes at være tilfældet i TFA2002.252V, hvor sagen blev anlagt d. 29.4.1999. Ankestyrelsens afgørelse blev truffet d. 23.9.1999. Det må betyde, at der har været ca. 5 måneder, hvor sagen ikke var under behandling ved landsretten. Spørgsmålet er, hvorledes Menneskeretsdomstolen vil beregne sagsbehandlingstiden i sådan en situation. Spørgsmålet er, om sagsbehandlingstiden skal beregnes fra sagens anlæg ved domstolene eller om den forudgående sagsbehandlingstid hos de administrative myndigheder skal medtælles.

Det må antages, at den forudgående sagsbehandlingstid hos de administrative myndigheder stadig skal medtælles. Der er således ikke tale om en situation, hvor parten har ladet gå lang tid mellem sagens afslutning hos den administrative myndighed og sagens anlæg ved domstolene, men en situation, hvor sagen fortsat behandles i det administrative system. Den mellemliggende periode på de fem måneder må imidlertid skulle lægges parten til last på grund af, at det, som omtalt, ikke er et krav, at administrativ rekurs er udnyttet forinden.

3.2.2. Rettens forberedelse i 1. instans

Efter sagen er anlagt ved domstolene, går rettens forberedelse af sagen i gang. Retsplejelovens kapitel 33 regulerer sagsforberedelsen i 1. instans Retsplejelovens regler herom, er i modsætning til forældreansvarsloven, meget detaljeret, og giver retten forskellige virkemidler til at få skåret sagen til. Forberedelsen i første instans består som udgangspunkt af stævning, svarskrift og det forberedende møde. Forberedelsen i førsteinstanser er som udgangspunkt overvejende skriftlig, men der afholdes normalt et forberedende møde med parterne. Denne kombination af skriftlig og mundtlig forberedelse øger kvaliteten af sagsbehandlingen, og forkorter forberedelsestiden.

Gennem disse indledende processkrifter søger retten at få et overblik over sagens problemstillinger, og navnlig hvilke beviser, der skal føres. I indkaldelsen til det forberedende møde tilkendegiver retten over for parterne, hvilke særlige forhold, retten ønsker drøftet. Det betyder, at parterne således kan være forberedt på de forhold som retten vil rejse på mødet. Det forberedende møde i retsplejelovens § 353 har betydning for sagens videre fremdrift, idet retten fastsætter tidsplanen for forberedelsens afslutning og så vidt muligt for hovedforhandlingen.[822] Forsinkelser som følge af parten egen adfærd vil kunne have negativ betydning for vurderingen af rimelig frist kravet i EMRK artikel 6.

[821] Jf. retsplejelovens 345. Der gælder derudover heller ikke nogen søgsmålsfrist for sagens indbringelse for domstolene. Det er dog antaget, at prøvelsen kan nægtes, hvis det som følge af det sene tidspunkt ikke længere er muligt at oplyse sagen forsvarligt eller hvis der foreligger passivitet fra den, der har indbragt sagen for domstolene, jf. Karsten Revsbech, 2016 side 372.

[822] Jf. i det hele Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2013, side 286 f.

Derudover foreskriver bestemmelsens i retsplejelovens § 353, stk. 4, fx, at anmodninger om bevisførelse, der forlænger sagsbehandlingstiden væsentlig, skal fremsættes senest i det forberedende møde.[823] I denne situation bør retten ex officio påse rimelig frist kravet.

Reglerne er dog ikke så formaliserede, at tidsplanen ikke kan ændres. Hensynet til en forsvarlig domstolsprøvelse sikres også i retsplejelovens, jf. fx retsplejelovens § 354, stk. 2, der giver retten adgang til at ændre tidsplanen for forberedelsen og hovedforhandlingen, hvis det er påkrævet af »hensyn til en forsvarlig behandling af sagen«.

I fx U2010.305Ø fandt landsretten ikke grundlag for at tilsidesætte byrettens skøn i forhold til behovet for en omberammelse af sagen som følge af en parts advokats udtræden af sagen 18 dage før hovedforhandlingen. Sagsøgeren var blevet givet en frist til at finde en ny advokat og til at udarbejde et påstandsdokument. Landsretten udtalte bl.a., at der ved vurderingen af hvorvidt en advokats udtræden kan begrunde en ændring af tidsfrister fastsat under sagens forberedelse og en omberammelse af hovedforhandling, må der foretages en afvejning af partens interesse i at være repræsenteret af en advokat over for modpartens interesse i sagens fremme. I den konkrete sag, vejede sagsøgerens interesse i at være repræsenteret af en advokat således tungere end modpartens interesse i, at sagens fremgang skulle følge den oprindelige tidsplan.

En forlængelse af sagsbehandlingstiden kan således konkret være berettiget på et sent tidspunkt i sagsprocessen, når der foreligger et vigtigt hensyn – og tillige en grundlæggende rettighed i EMRK artikel 6, stk. 1. En sådan hensynsafvejning vil således også kunne indgå i Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering.

Parterne kan endvidere bruge bestemmelsen i retsplejelovens § 152 a, hvis retten endnu ikke har fastsat et tidspunkt for hovedforhandlingen. Bestemmelsen har som et overordnet formål at sikre, at parterne råder over et retsmiddel således, at rimelig frist-kravet i EMRK artikel 6 ikke krænkes.

Bestemmelsen er dog, for så vidt vides, endnu ikke anvendt i retspraksis. Spørgsmålet er da også, om bestemmelsen i alle tilfælde er egnet og tilstrækkeligt retsmiddel mod en for lang sagsbehandlingstid. I de tilfælde, hvor der allerede er gået (for) lang tid, kan rimelig frist-kravet i EMRK artikel 6 være krænket på det tidspunkt, hvor retten anmodes om at fastsætte dato for hovedforhandlingen. Her vil en brug af § 152 a således ikke hindre en krænkelse af EMRK artikel 6, men alene stoppe en igangværende krænkelse.

Parterne og disses advokater har også et ansvar for sagens fremme, hvilket reguleres direkte i retsplejelovens § 336 a og 126, stk. 1. Bestemmelsen i § 336 a forskriver nærmere, at parterne har pligt til at fremme sagen med fornøden hurtighed, til at undgå unødige sagsskridt og til at undersøge muligheden for forlig, også forud for sagens anlæg. I forhold til det sidstnævnte er det dog vanskeligt at forestille sig

[823] En tilsvarende bestemmelse finder anvendelse efter forberedelsens afslutning, jf. retsplejelovens § 358, stk. 3.

et forlig mellem en part og Statsforvaltningen/Ankestyrelsen ved en domstolskontrol efter § 63.

Det vil følgelig indgå i en rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden, om parterne og advokaterne har overholdt disse pligter. Det er alene modpartens manglende overholdelse af disse pligter, som kan komme staten til skade ved en klage over rimelig frist-kravet. I den forbindelse er det også væsentligt huske, at parten i henhold til, i hvert fald Menneskeretsdomstolens konventionspraksis, identificeres med advokaten, således at advokatens måske unødvendige sagsskridt eller accept af sagens udsættelser lægges parten til last.[824]

Der gælder endvidere visse udeblivelses- og præklusionsregler, der også tilsiger en effektiv domstolsprøvelse, jf. retsplejelovens §§358-363. Navnlig reglerne om præklusion, dvs. rettens adgang til at skære parterne fra at komme med nye påstande, anbringender og anmodning om ny bevisførelse efter forberedelsens afslutning har til formål at sikre, at retssagen ikke strækker sig over lang tid.[825] Som det tidligere er beskrevet, kritiserede Menneskeretsdomstolen således blev landsretten i Bløder-sagen for ikke at gøre bruge af sådanne lovhjemlede muligheder i retsplejeloven til at skære sagen til under forberedelsen.[826] Disse bestemmelser er fortsat relevante at holde sig for øje i vurderingen af, om rimelig frist kravet i konkrete sager reelt overholdes.

I kølvandet på Danmarks domfældelse i Bløder-sagen, kan det vist godt anføres, at landsretten i U1996.723Ø nægtede at genoptage forberedelsen af en sag, der havde varet 3 år. Landsrettens begrundelse herfor var, at det måtte antages, at der, såfremt sagen blev genoptaget, måtte påregnes at gå ikke ubetydelig tid, før den kunne afsluttes. I denne forbindelse henvistes der til EMRK artikel 6, stk. 1. Dette var således et processkridt, som konkret kan hindre en krænkelse af rimelig frist-kravet. Henset til den allerede lange sagsbehandlingstid i sagen, kan det dog ikke udelukkes, at processkridtet i den konkrete sag ikke hindrede en krænkelse.

3.2.3. Udsættelse af sagens afgørelse

Hvis retten fx afviser parternes ønske om bevisførelse, eller fremsættelse af nye påstande m.v. kan sådanne beslutninger under angivne betingelser kæres til landsretten i henhold retsplejelovens kapitel 37. Dette betyder en længere sagsbehandlingstid, idet sagens materielle afgørelse udsættes. Dette vil indgå i Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering som et forhold, der hverken kan lægges parten eller retten til last. Det betyder overordnet set, at kæremål ikke vil være en negativ faktor i en rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden, men der skal dog ikke gå uforholdsmæssig lang tid, ligesom, at der ikke må foreligger døde perioder i sagsbehandlingen.[827]

[824] Kapitel 6, afsnit 3.3.3.
[825] Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2013, side 323.
[826] Kapitel 6, afsnit 3.3.4.1.
[827] Kapitel 6, afsnit 3.3.3 og 3.3.4.4.

3.2.4. Efter hovedforhandlingen

Når sagen har været hovedforhandlet, har retten herefter en frist på 4 uger til afsigelsen af dommen, hvilket således også tilsiger en effektiv afslutning af sagen, jf. retsplejelovens § 219, stk. 3, og således hindrer, at parterne i lang tid skal afvente afslutningen på sagen. Menneskeretsdomstolen inddrager også sagsbehandlingstiden for dommens afsigelse i rimelighedsvurderingen, og kan således medvirke negativt som en faktor, hvis der går for lang tid mellem hovedforhandlingens afslutning og dommens afsigelse. Menneskeretsdomstolen vil dog som udgangspunkt ikke tillægge det vægt om tidsfristen i konkrete sag er overskredet, men det kan blive inddraget i rimelighedsvurderingen, at der i en konkret sag er brugt netop fire uger, når andre forhold i sagen er foregået langsomt. [828]

3.2.5. Anke til landsretten og tilladelse til domstolsprøvelse i Højesteret

Det er ikke givet, at samværssagen når sin ende ved dommens afsigelse i byretten. Parterne kan under visse betingelser anke sagen til landsretten, og med procesbevillingsnævnets tilladelse, kan sagen også blive prøvet i Højesteret, jf. retsplejelovens §§ 368 og 368 a.[829] Dette betyder, at sagsbehandlingstiden fortsat løber her. Det forhold, at parten udnytter sine appelmuligheder er et forhold, der umiddelbart hverken lægges parten eller retten til last, men indgår i Menneskeretsdomstolens samlede rimelighedsvurdering, som en faktor, der kan retfærdiggøre sagsbehandlingstidens længde.

Det kræves følgelig stadig, at landsretten og Højesteret behandler sagen med særligt omhu for at sikre en fornøden hurtig afslutning af sagsbehandlingen. I den forbindelse har landsretten visse virkemidler til at skære sagen til, jf. navnlig retsplejelovens §§ 376-386. Der gælder tillige en frist for domsafsigelse på 4 uger fra hovedforhandlingens afslutning, jf. retsplejelovens § 219, stk. 3, der skal ses som et virkemiddel fra lovgivers side til at sikre, at der ikke går længere tid end højst nødvendigt, før dommen afsiges.[830]Der gælder umiddelbart ingen frist for domsafsigelse for Højesteret.

Det skal derudover nævnes, at Højesteret undtagelsesvist og under særlige angivne betingelser kan genoptage samværssagen efter retsplejelovens § 399, stk. 1. Hvis en samværssag undtagelsesvist genoptages, medfører dette i sagens natur en længere sagsbehandlingstid og vil skulle medtælles i den samlede sagsbehandlingstid.

[828] Se kapitel 6, afsnit 3.3.4.7, hvor det anført, at Menneskeretsdomstolen dybdegående vurderer de forskellige stadier i den enkelte sag.

[829] Se i denne forbindelse U2016.3826.V, hvor landsretten anførte, at retsplejelovens § 368 a om adgangen til at afvise ankesager kun bør anvendes i sager om forældremyndighed og bopæl, hvis der foreligger særlige omstændigheder.

[830] De almindelige bemærkninger til lov nr. 414 af 10.6.1997 om ændring af retsplejeloven, afsnit 4.8.2.

3.3. Oversigt over sagsbehandlingstider

I dette afsnit følger en oversigt over sagsbehandlingstiderne i samværssagerne afgjort efter Grundlovens § 63 for at give et indblik i den reelle sagsbehandlingstid i sådanne sager. I det omfang beregningen af sagsbehandlingstiden giver anledning til tvivl, knyttes bemærkninger hertil.

Der gøres opmærksom på, at det ikke fremgår sagerne, hvornår samværssagen er startet i Statsforvaltningen, hvorfor der tages udgangspunkt i tidspunktet for sagens afgørelse ved Statsforvaltningen. Der vil derfor ikke være tale om et fuldstændig retvisende billede, men kan dog give en ret klar indikation af sagsbehandlingstidens samlede længde. Hvorvidt sagsbehandlingstiden konkret retfærdiggøres af Menneskeretsdomstolens anvendte parametre, kan derfor ikke svares på, idet dette ikke kan udledes af afgørelserne; allerede fordi, at sagsbehandlingstidens længde ikke er påberåbt og behandlet i sagerne for domstolene.

Dom	**SF afgørelse**	**AS afgørelse**	**Sagens anlæg**	**Endelig afgørelse**	**Sagsbehandlingstid**
Utrykt dom af 22.9.2016	28.5.15	2.9.15	5.2.16	22.9.2016*	*Samlet:* 1 år, 3. mdr. og 26 dage *Domstol:* 7 mdr. og 18 dage
Utrykt dom af 4.9.2015	30.6.14	10.9.14	20.11.14	4.9.15*	*Samlet:* 1 år, 2 mdr. og 6 dage *Domstol:* 9 mdr. og 16 dage
TFA2015.465V	7.4.14	-	22.4.14	10.4.15**	*Samlet:* 1 år og 4 dage *Domstol:* 11 mdr. og 20 dage
TFA2015.45Ø	7.11.13	-	12.11.13	18.9.2014**	*Samlet:* 10 mdr. og 12 dage *Domstol:* 10 mdr. og 7 dage
U2007.673Ø	11.10.05	21.11.05	-	1.11.06*	*Samlet:* 1 år og 22 dage *Domstol:* -
U2006.1623Ø	6.1.05	18.5.05	-	24.2.06*	*Samlet:* 1 år, 1 mdr. og 19 dage *Domstol:* -

U2004.2764H	5.9.00	19.12.00	6.9.01	31.8.04***	*Samlet:* 3 år, 11 mdr. og 27 dage *Domstol:* 2 år, 11 mdr. og 26 dage
TFA2000.252V	-	23.9.99	29.4.99	3.3.00*	*Samlet:* 5 mdr. og 10 dage *Domstol:* 10 mdr. og 9 dage
TFA.2000.194Ø	-	10.3.99	29.4.99	28.1.00*	*Samlet:* 10 mdr. og 19 dage *Domstol:* 9 mdr.
TFA1997.181Ø	-	27.6.94	12.1.95	29.8.96**	*Samlet:* 2 år, 2 mdr. og 3 dage *Domstol:* 1 år, 7 mdr. og 18 dage

*1 domstolsinstans
**2 domstolsinstanser
***3 domstolsinstanser

Det ses af oversigten, at sagsbehandlingstiden i 7 af sagerne overstiger 1 år, men sagsbehandlingstiden i 3 af sagerne er mindre end 1 år.

Den korteste sagsbehandlingstid på 5 måneder og 10 dage i TFA2000.252V giver anledning til bemærkninger. Årsagen til, at den samlede sagsbehandlingstid er kortere end landsrettens sagsbehandlingstid skyldes, at parten indbragte afgørelsen for domstolene inden den var afgjort i Ankestyrelsen.

Den længste sagsbehandlingstid for sagerne var 3 år og 11 måneder for tre instanser i U2004.2764H.

Beregningen af sagsbehandlingstiden i afgørelserne utrykt dom af 22.9.2016 og TFA1997.181Ø giver anledning til tvivl i forhold til overholdelse af kravet om domstolsprøvelse inden for en rimelig frist. Det skyldes, at Menneskeretsdomstolen, som forudsætning for at beregne hele sagen under én samlet periode kræver, at der ikke går lang tid mellem afgørelse i det administrative system og sagens anlæg ved domstolene. I afgørelserne er sagen ikke anlagt umiddelbart efter sagens afgørelse. I udtrykt dom af 22.9.2016 gik der 5 måneder og 4 dage mellem Ankestyrelsens afgørelse og sagens anlæg. I TFA1997.181Ø gik der længere tid: 6 måneder og 17 dage.

Dette kan på den ene side konkret betyde, at sagsbehandlingstiden ikke skal beregnes fra sagens start hos Statsforvaltningen, men i stedet ved sagens anlæg. Sagsbehandlingstiderne vil derfor blive kortere. Dog skal der på den anden side også være tid til at finde en advokat og søge om fri proces. Derfor er det usikkert, hvorledes Menneskeretsdomstolen vil vurdere disse tidsperioder.

Oversigten viser derudover det samme, som der er konstateret tidligere: at sagsbehandlingstiden for samværssager, der domstolsprøves efter Grundlovens § 63, stk. 1., 1 pkt. er længere end forældremyndigheds- og bopælssager, der bliver domstolsbehandlet efter retsplejelovens kapitel 42.[831]

Ved en sammenligning af de gennemsnitlige sagsbehandlingstider, der fremført i dette kapitel og i kapitel 7 for 2016, ses forskellen. Nedenfor gives eksempler herpå med sagbehandlingstiderne for Statsforvaltningen, byretten og landsretterne:

Samværssager:
Statsforvaltningen: 9,1 uger
Byretten: 16,8 måneder
Landsretten: Østre Landsret 25,4 måneder eller Vestre Landsret 34,1 måneder.

Samlet sagsbehandlingstid: 4,4 år, hvis det drejer sig om en sag fra fx en given byret, der henhører under Vestre Landsret.

Forældremyndighed- og bopælssager:
Statsforvaltningen 6,7 uge
Byretten: 5,9 måneder
Landsretten: Østre Landsret 3,7 måneder eller Vestre Landsret 3,5 måneder

Samlet sagsbehandlingstid: 10, 9 måneder, hvis det drejer sig om en sag fra fx en given byret, der henhører under Vestre Landsret.

Det betyder, at der en forskel på 3 år mellem de to sagstyper. Det skal endvidere bemærkes, at domstolene i utrykt dom af 22.9.2016 og U2007.673Ø hjemviste sagerne til fornyet behandling, hvorfor sagsbehandlingstiden følgelig er blevet længere. Der kan derfor stilles spørgsmålstegn ved, om der er en reel ret til en rimelig sagsbehandlingstid i samværssager, der indbringes for domstolene i medfør af Grundlovens § 63, stk. 1.1. pkt. Reelt set er der en mulighed for en krænkelse af rimelig frist-kravet i EMRK artikel 6.

4. Forældremyndigheds og bopælsager

Domstolsprøvelsen af forældremyndigheds- og bopælssager sker, som tidligere beskrevet, i henhold til forældreansvarslovens § 40.[832] Det er domstolene, der som følge af den valgte kompetencefordeling i forældreansvarssager, har enekompetencen til at træffe endelige afgørelser i sager om forældremyndighed og barnets bo-

[831] Se oven for i afsnit 2.1.2 og afsnit 2.4.
[832] Se kapitel 7, afsnit 5.1.

pæl.[833] Den processuelle ramme for domstolsprøvelsen, som beskrives nedenfor i afsnit 4.1, skal ses i dette perspektiv.

Beskrivelsen anvendes som afsættet for redegørelsen af domstolsprocessen i forældremyndigheds- og bopælssager. Der foretages også her alene en redegørelse af de relevante regler i retsplejeloven, der konkret må antages at have betydning for den enkelte sags tidsforløb.

4.1. Den processuelle ramme for domstolsprøvelse efter retsplejelovens kapitel 42

Reglerne i retsplejelovens kapitel 42 supplerer retsplejelovens almindelige regler, der er gennemgået ovenfor. Dette skal forstås således, at hvor er der i retsplejelovens kapitel 42 ikke er forskrevet en særregel eller hvor en afvigelse af nødvendig på grund af sagens særlige beskaffenhed, finder retsplejelovens almindelige regler anvendelse.[834]

Det skal bemærkes, at sager om forældremyndighed og barnets bopæl altid behandles for lukkede døre, jf. retsplejelovens § 453. Dermed fraviges offentlighedsprincippet på dette punkt.

Forhandlingsmaksimen er på visse punkter fraveget for domstolsprøvelsen af forældremyndigheds- og bopælssager. Dette skal ses i forhold til, at det er rettens ansvar, at den materielle korrekte afgørelse bliver truffet. Retten er, på grund af sagernes indispositive karakter, ikke bundet af parternes påstande og anbringender, men alene skal træffe afgørelse ud fra hvad der er bedst for barnet i henhold til forældreansvarslovens § 4.[835]

For at retten kan træffe afgørelsen på det rigtige grundlag, kan retten træffe bestemmelse om bevisførelse, hvilket herunder inkluderer børnesagkyndige erklæringer eller sagkyndige erklæringer samt pålægge parterne afgive forklaring efter samme reglerne som gælder for vidner, jf. retsplejelovens § 450 b.[836]

4.2. Domstolsprocessen

4.2.1. Beregning af sagsbehandlingstiden

Når en forældremyndigheds- og/eller bopælssag indbringes for domstolene i medfør af forældreansvarslovens § 40 overgår sagen til domstolsprøvelse i 1. instans ved byretten. Sagsbehandlingstiden løber fortsat her.

[833] Se herom kapitel 5, afsnit 4.2.

[834] Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2013, side 927.

[835] Se herom lovbemærkningerne til retsplejelovens § 450 b til lov nr. 500 af 6.6.2007 om *Forslag til lov om ændring af forskellige lovbestemmelser som følge af forældreansvarsloven (Behandling af retssager om forældremyndighed og tvangsfuldbyrdelse).* Se om fravigelsen af forhandlingsprincippet i ægteskabsager, herunder forældremyndighedssager Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2013, side 947 ff.

[836] Vidneførsel tillades dog sjældent i forældremyndighedssager. Se herom fx Maria Fonseca og Marianne Holdgaard, 2013, side 240 f. og Svend Danielsen, *Ægteskabssagernes forvandling*, i U1993B231f.

Det betyder, at sagsbehandlingstiden for domstolsprøvelsen af forældremyndigheds- og bopælssagen i casen indgår i den samlede sagsbehandlingstid. Sagsbehandlingstiden for forældremyndigheds- og bopælssagen stoppede med at løbe, da byretten traf afgørelse. Der blev ikke anket til landsretten.

Sagsbehandlingstiden har derfor samlet og isoleret set være følgende:

Samlet sagsbehandlingstid inklusiv sagsbehandlingstiden hos Statsforvaltningen[837]

	Menneskeretsdomstolen – startdato	**Slutdato**	**Sagsbehandlingstid**
Forældremyndigheds-sagen	21.12.15	14.11.16	10 mdr., og 25 dage
Bopælssagen	21.11.15	14.11.16	11 mdr., og 25 dage

Hertil skal dog bemærkes, at mor og fars aftale om samværet i Statsforvaltningen blev indgået d. 21.11.2016 (den sideløbende sagsproces), hvorfor den samlede sagsproces i realiteten først stoppede her.

Sag*sbehandlingstiden isoleret for domstolsprøvelsen*

	Menneskeretsdomstolen – startdato	**Slutdato**	**Sagsbehandlingstid**
Forældremyndigheds-sagen	30.3.16	14.11.16	7 mdr. og 16 dage
Bopælssagen	8.3.16	14.11.16	8 mdr. og 7 dage

I casen er den reelle sagsbehandlingstid således væsentlig længere end den gennemsnitlige.
for 1. halvår 2016 på 5,9 måneder for byretterne.[838]

Som det fremgår oversigten, er der en forskel i beregningen af sagsbehandlingstiderne for domstolsprøvelsen. Dette skyldes, at Statsforvaltningen forskudt sendte sagerne til retten. Menneskeretsdomstolen beregner, i tilfælde, hvor en civil sag starter ved domstolene, sagsbehandlingstiden fra sagens anlæg[839].

Herunder skal bemærkes, at byretten var ca. en måned om at træffe afgørelse sagen fra den blev optaget til dom. Dette betyder, at retsplejelovens § 219, stk. 4 er overholdt, idet afgørelsen blev sagt inden for bestemmelsens fire ugers frist.

[837] Ombudsmandens beregning af sagsbehandlingstiden er ikke med på grund af, at kravet om god forvaltningskik således ikke gælder for domstolene.

[838] Se kapitel 7, afsnit 2.1.4.
[839] Kapitel 6, afsnit 3.1.

Den samlede sagsbehandlingstid for casen på 1 år er lang, når henses til sagens karakter, og det væsentlige forhold, at far under en stor del af sagen ikke havde kontakt med sine børn. Det kan således konstateres, at sagsbehandlingstidens længde har haft en betydning for om far kunne se sine børn.

Set med menneskeretlige øjne, vil sagsbehandlingstiden på 1 år også være lang, men kan dog muligvis retfærdiggøres ud fra Menneskeretsdomstolens parametre. Vurderingen af hvorvidt sagsbehandlingstiden i casen samlet set har været rimelig i henhold til Menneskeretsdomstolens krav herom foretages neden for i afsnit 5.

4.2.2. Rettens forberedelse i 1. instans

Rettens mulighed for i forældremyndigheds- og bopælssager at foranstalte bevisførelse i form af børnesagkyndige undersøgelser, indhentelse af sagkyndige erklæringer om forældrene og afholdelse af børnesamtale gælder således udelukkende for domstolsprøvelsen af forældremyndigheds- og bopælssager – og ikke i samværssagerne. Forskellen mellem den processuelle ramme for domstolsprøvelsen af samværssager i henhold til Grundlovens § 63 og den processuelle ramme kommer til udtryk ved rettens forberedelse af sagen

I en menneskeretlig rimelighedsvurdering vil rettens foranstaltning af bevisførelse kunne med være til at retfærdiggøre en forlængelse af sagsbehandlingstiden.

Muligheden for at indbringe en tvist om forældremyndigheden eller bopælen for domstolen betyder, at retten kan modtage sager, hvor parterne ikke har deltaget i forligsforhandlinger, og hvor der ikke har været inddraget børnesagkyndige eller foretaget en børnesamtale.[840]

I casen fandt en børnesamtale dog både sted i Statsforvaltningen (april 2016) og i byretten (juni 2016).

I forberedelsen af sagen har retten kompetence til at udpege en børnesagkyndig til at deltage i forberedende møde i medfør af retsplejelovens § 450 a med henblik på at opnå et forlig mellem parterne. Den sagkyndige kan også anmodes om at indhente yderligere oplysninger, f.eks. fra skole, fritidshjem, børnehave eller lignende med henblik på et forlig.

Det fremgår af lovbemærkningerne til bestemmelsen, at det skønnes naturligt at indkalde til et forberedende møde, hvor også forældrene deltager sammen med deres advokater.[841]

Retten kan i forligsmæssig henseende anmode den børnesagkyndige om at afholde en samtale med parterne eller barnet samt om at indhente oplysninger, medmindre en af parterne modsætter sig dette. Dette kan ske før det første retsmøde eller efterfølgende med henblik på et nyt forberedende retsmøde. Sådanne forligsbe-

[840] Bemærkningerne til § 450 a til lov nr. 500 af 6.6.2007.

[841] Jf. i det hele lovbemærkningerne til § 450 a til lov nr. 500 af 6.6.2007.

stræbelser vil, som allerede omtalt, være en positiv faktor i Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden.[842]

I casen deltog mor og far i et forberedende møde, hvor børnesamtalen også fandt sted. Det lykkedes dog ikke at forlige sagen.

4.2.3. Skriftlig sagsbehandling

Ønsker en af forældrene at starte en ny sag i forlængelse af en afgjort sag (ændringsanmodning), gælder den særlige regel, at Statsforvaltningens afvisning af at genoptage sagen, fordi der findes ikke at være væsentlige forandrede forhold, kan sagen indbringes for domstolene i medfør af forældreansvarslovens § 39, stk. 2.

Rettens behandling heraf sker som udgangspunkt skriftlig, og afgørelsen træffes ved en kendelse i henhold til retsplejelovens § 455 a.

Formålet med den skriftlige behandling skal ses i lyset af ønsket om, at der dæmmes op for gentagne sager for at skabe ro om barnet og skærme det mod gentagen inddragelse i en unødvendig procesførelse. En skriftlig behandling er således mindre tidskrævende end en mundtlig forhandling, der dog under visse angivne betingelser, fx hvis retten finder der er grundlag for at Statsforvaltningens afgørelse skal tilsættes, kan være påkrævet. Finder retten, at Statsforvaltningens afgørelse om afvisning ikke var truffet med rette, hjemvises sagen til fornyet behandling i Statsforvaltningen.[843]

Dette betyder, således, at det sagsbehandlingstiden for ændringsanmodningen bliver længere, og skal medtælles i den samlede sagsbehandlingstid af den nye. Hjemvisningen kan formentlig ikke i sig selv statuere en krænkelse af rimelig frist kravet i henhold til Menneskeretsdomstolens konventionspraksis, men vil dog indgå som en negativ faktor i forhold til sagsbehandlingstidens rimelighed.[844] Problematikken vil navnlig opstå, hvis der har været ført en sag til ende, og en ny sag berettiget starter i forlængelse heraf.[845]

4.2.4. Midlertidige afgørelser

Retten kan på samme grundlag som Statsforvaltningen træffe midlertidige afgørelser i henhold til forældreansvarslovens § 26, stk. 1.[846] Afgørelsen træffes ved kendelse og kan fuld-

[842] Se kapitel 6, afsnit 3.3.4.7.
[843] Se lovbemærkningerne til § 455 a i lov nr. 600 af 18.6.2012.
[844] Kapitel 6, afsnit 3.3.4.6.
[845] Jf. Maria Fonseca og Marianne Holdgaard, 2013, side 255.
[846] Det anføres i lovbemærkningerne til ændringen af forældreansvarsloven i 2012, at ordning, hvor en klage over en midlertidig afgørelse bortfalder ved oversendelse af sagen til retten, forudsætter, at retterne er opmærksomme på eventuelle behov for en ændring af statsforvaltningens midlertidige afgørelse, der som oftest vil være truffet på et mindre fuldstændigt grundlag end den senere endelige afgørelse, som træffes af retten. Se de almindelige bemærkninger til lov nr. 600 af 18.6.2012, afsnit 3.4.2.

byrdes straks, jf. retsplejelovens §§ 481, stk. 1. og 536.[847] Retspraksis tyder på, at kendelsen kan kæres uden Procesbevillingsnævnets tilladelse, jf. FM2016.83ØLK, Landsretten udtalte, at en afgørelse om, hos hvem af forældrene et barn midlertidig skal have bopæl, er af en sådan karakter, at afgørelsen ikke kan anses for omfattet af kærebegrænsningsreglen i retsplejelovens § 389 a.

Retten er forpligtet til at træffe en midlertidig afgørelse så hurtigt som muligt.[848]

I casen traf byretten d. 29.6.2016 midlertidig afgørelse om, at børnene fortsat skulle have bopæl hos mor. Dvs. efter en sagsbehandlingstid på knap 4 måneder i byretten fra sagen blev indbragt d. 8.3.2016. Afgørelsen skal ses i lyset af, at far ønskede at få Statsforvaltningens afgørelse om midlertidig bopæl ændret. Den midlertidige afgørelse blev truffet efter børnene, d. 10.6.2016, havde haft en børnesamtale med en børnesagkyndig psykolog.

Ud fra en umiddelbar betragtning kan sagsbehandlingstiden for denne midlertidige afgørelse om bopæl synes lang. Det fremgår ikke af sagsakterne, at der var været foretaget nogen sagsskridt i den forbindelse med byretten traf afgørelsen. Der må således have været en død periode, hvilket stemme forenes med, at det fremgår af domstolenes hjemmeside, at der er en berammelsestid på 6-8 uger hos den pågældende byret.[849] Den døde periode, og forholdsvis lange berammelsestid vil i et menneskeretligt perspektiv medvirker negativt som en faktor i Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering af den samlede sagsbehandlingstid.[850]

4.2.5. Udsættelse af sagens afgørelse

Derudover kan fx rettens beslutning om iværksættelse af børnesagkyndig undersøgelse kæres af parterne efter reglerne herom i retsplejelovens kapitel 37, hvilket følgelig betyder, at der pågår længere tid før sagen når sin afslutning. Dette indgår i Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden. [851] Landsretten, der behandler kæren, skal dog også udvise særlig omhu på grund af sagens karakter, hvilket betyder, at der skal foretages en efter forholdende hurtig behandling i den konkrete sag.

I casen var der et kæremål, idet far gjorde indsigelse mod, at sagen skulle behandles i den retskreds, hvor mor nu havde bosat sig, og ikke i den retskreds hvor far (og oprindeligt børnene) har bopæl.

Det fremgår af sagsakterne, at kæremålet er foretaget på en ukendt dato i marts, og at byretten traf afgørelse herom den 23.3.2016. Far fik ikke medhold i sit kæremål, men havde imidlertid på en ukendt dato fået Procesbevillingsnævnets tilladelse til at kære sagen til landsretten. Den 5.7.2016 traf landsretten afgørelse, om at sagen skulle behandles i fars retskreds. Dette betyder, at der har været en sagsbehandlingstid på omkring 4 måneder for kæremålet.

[847] Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2013, side 951.
[848] Se nærmere kapitel 7, afsnit t 4.2.2.
[849] Domstolenes hjemmeside:
http://www.domstol.dk/Helsingoer/talogfakta/aktuellesagsbehandlingssider/Pages/default.aspx (hentet 28.12.2016)
[850] Kapitel 6, afsnit 3.3.4.1.
[851] Kapitel 6, afsnit 3.3.4.7.

Spørgsmålet er om, kæremålet har haft indflydelse på, at byretten først efter 4 måneder traf afgørelse om den midlertidige bopæl. Det har kæremålet dog ikke, idet den midlertidige afgørelse blev truffet før landsrettens afsigelse af kæremålet. Såfremt at kæremålet havde haft betydning for byrettens sagsbehandlingstid af den midlertidige afgørelse, vil det formentlig kunne give anledning til en menneskeretlig normkonflikt, idet 4 måneder umiddelbart synes lang tid.

4.2.6. Anke til landsretten og tilladelse til domstolsprøvelse i Højesteret

Gør parterne brug af ankeadgangen i retsplejelovens § 454, stk. 1 påløber der ligeledes her en længere sagsbehandlingstid, der medtælles i den samlede tidsperiode.[852]

Det samme gør sig gældende, hvis parterne af procesbevillingsnævnet gives adgang til at få sagen prøvet i Højesteret eller hvis sagen genoptages.[853]

5. Opsamling på casen

I dette afsnit foretages en kort opsamling af sagsprocessen i casen, og det diskuteres, hvorvidt sagsbehandlingstiden på 1 år udgør en menneskeretlig krænkelse.

De positive elementer i casen som af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis kan udledes af relevans for casen er forligsbestræbelserne, og at børnesamtalen er foretaget både ved Statsforvaltningen og byretterne. For begge forhold accepteres således en udsættelse af sagens afgørelse i en rimelig tidsperiode.

Derudover klagede far til Ankestyrelsen, og sagen blev indbragt for byretten, hvilket medførte en forlænget sagsbehandlingstid. Endvidere deltog mor og far i børnesagkyndig rådgivning. Dette er faktorer, der er med til at retfærdiggøre sagsbehandlingstiden.

Der er også flere elementer af relevans for casen, der af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis kan fortolkes som negative. De antageligt inaktive perioder som ventetiden til det indledende møde og den forudsætningsvis lange berammelsestid i byretten har medført kan ikke retfærdiggøre sagsbehandlingstiden. Derudover kan det formentlig være kritisabelt, at børnesamtalen ved Statsforvaltningen først blev afholdt 5 måneder efter sagens start. Det vigtigste element, når der som her er tale om en familieretlig sag, er sagens karakter, og det forhold, at far ikke har set sine børn under størstedelen af sagsprocessen. Dette er således en skærpende omstændighed, der ikke kan retfærdiggøre sagsbehandlingstiden.

Derudover følger det af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis, at en administrativ sagsbehandling skal foregå hurtigt, hvis den administrative behandling er en forudsætning for en domstolsprøvelse. Det er usikkert, om en sagsbehandlingstid på ca. 3-4 måneder i forældremyndigheds- og bopælssagen er tilstrækkelig hurtig.

Endvidere skal det fremhæves, at far ikke på noget tidspunkt under sagsprocessen har medvirket til forsinkelser, der negativt kan påregnes ham og dermed positivt retfærdiggøre sags-

[852] Ankeinstansen kan også ved kendelse træffe en midlertidig afgørelse om forældremyndigheds- og/eller bopælsspørgsmålet, jf. Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2013, side 951 med henvisninger.

[853] Se nærmere oven for afsnit 3.2.5. Bernhard og Michael Kistrup, side 953 anfører, at adgangen til at genoptage sagen efter retsplejelovens § 399 med den friere adgang til skilsmisse og ændringen af afgørelser om forældremyndighed næppe tænkes benyttet i praksis.

behandlingstiden, foruden brug af klage- og domstolsmulighederne, og han har tilsvarende accepteret børnesamtalen samt den børnesagkyndige rådgivning.

Ud fra en umiddelbar betragtning synes de negative elementer at trække i retningen af en krænkelse. Baggrunden for, at det konkret er svært at svare på om der foreligger en krænkelse er, at der i konventionspraksis ikke ses at være statueret en krænkelse af en sagsbehandlingstid på 1 år, hvor der har været involveret tre instanser og hvor der også er positive elementer, der kan retfærdiggøre sagsbehandlingstiden. Der gælder formentlig en absolut grænse for hvor lang inaktivitet, der accepteres. I en forældremyndighedssag blev en inaktiv periode på 1 år og fem måneder accepteret i en konkret sag.

Sammenfattende er det derfor svært svare på, om sagsbehandlingstiden på 1 år for tre instanser i casen konkret kan være en menneskeretlig krænkelse, idet der er både negative og positive elementer i sagsprocessen. Det skal dog understreges, at en sagsbehandlingstid på 1 år, uanset Menneskeretsdomstolens rimelighedsvurdering, ud fra forældreansvarslovens hovedprincip om barnets bedste i § 4 synes at være (for) lang.

6. Fogedretssager om samvær, forældremyndighed og bopæl

6.1. Beregning af sagsbehandlingstid

Hvis en aftale om eller afgørelse om samvær, forældremyndighed eller barnets bopæl misligholdes, kan fogedretten blive anmodet om at foretage en tvangsfuldbyrdelse.[854] Sagsprocessen for forældreansvarssagen kan derfor blive yderligere forlænget.

Spørgsmålet er i denne forbindelse om tvangsfuldbyrdelsesstadiet skal medtælles i én samlet sagsbehandlingstid, eller om der skal beregnes en særskilt sagsbehandlingstid for fogedsagen.

I de tilfælde, hvor der tale om en aftale, der indgået mellem forældrene uden for retssystemet, må det antages, at den forudgående sagsbehandlingstid ikke skal medtælles. Det må antages ikke at gælde i al fald i henhold EMRK artikel 6, der finder anvendelse på afgørelser af tvister.[855] Tvisten kan anføres først at opstå på tidspunktet for anmodningen om tvangsfuldbyrdelsen til fogedretten.[856]

Er der omvendt tale om, at sagen er startet hos Statsforvaltningen, er fogedstadiet også er nødvendigt for en afgørelse af sagen om samvær, forældremyndighed og/eller barnets bopæl. Fogedsagen skal derfor medtælles i den samlede sagsbehandlingstid. Dette gælder formentlig, selv om samværet trods flere anmodninger fx ikke fuldbyrdes, dvs. at der været flere på hinanden følgende fogedsager om tvangsfuldbyrdelse af samvær.[857] Fristen må dog antages at stoppe på fra det tidspunkt, hvor fx samværet er fuldbyrdet første gang.

Dog må samme overvejelser i forhold til genoptagelse også gør sig gældende her. Er der fx tale om, at en afgørelse om samvær er truffet 3 år før samværsforælderen beder om hjælp til tvangsfuldbyrdelse, og der nu opstår en konflikt, skal hele sagsforløbet forud formentlig

[854] Se i denne forbindelse Hans Engberg, *Anticiperet misligholdelse i samværssager*, i FM2016.215. I artiklen behandles spørgsmålet om fogedrettens behandling af sager om samvær med børn før det tidspunkt, hvor samværet skal finde sted.
[855] Se herom kapitel 4, afsnit 1.
[856] Kapitel 6, afsnit 3.1.
[857] Kapitel 6, afsnit 3.3.4.7.

ikke medtælles. Fogedstadiet må alene skulle medtælles i umiddelbart forlængelse eller kortere tid efter sagens afgørelse. Menneskeretsdomstolen vil dog formentligt vurdere, om fogedretten har foretaget de nødvendige foranstaltninger for at muliggøre tvangsfuldbyrdelse i overensstemmelse med EMRK artikel 8 om retten til respekt for familielivet.[858]

6.2. Om fogedsagen

En anmodning om at få en tvangsfuldbyrdelse af en afgørelse om samvær, forældremyndighed udgør ikke en ordinær domstolsprøvelse.

Fogedretten har ikke kompetence til at tage stilling til indholdet af den afgørelse, der er truffet, og dermed træffe en ny afgørelse. Fogedrettens opgave er alene at vurdere, hvorvidt der i den konkrete sag skal ske tvangsfuldbyrdelse. Dette betyder fx, at fortolkningen af en samværaftale alene skal foretages af Statsforvaltningen.[859] Fogedretten skal vurdere, hvorvidt barnets sjælelige eller legemlige sundhed derved udsættes for alvorlig fare.[860]

I tvivlstilfælde kan fogedretten udsætte fuldbyrdelsen på indhentelse af en børnesagkyndig erklæring.[861]

For så vidt angår samværssager har Fogedretten dog hjemmel til at ændre omfang, tid og sted for samværet samt vilkårene herfor *under* fuldbyrdelsessagen.[862] Fogedretten har imidlertid ikke hjemmel til at træffe afgørelse om fremtidige forhold, dvs. i tiden efter fogedretten. Fogedretten kan derudover fastsætte erstatningssamvær for et samvær, der ikke har kunnet udøves under fuldbyrdelsessagen.[863]

Retsplejelovens kapitel § 48 a indeholder særregler for tvangsfuldbyrdelsen af forældremyndighed, barnets bopæl og samvær. Da forældreansvarsloven blev ændret i 2015 med henblik på at dæmme op for samarbejdschikane mv., blev der i retsplejelovens § 537 indsat en ny bestemmelse (§ 537, stk. 4), hvorefter fogedretten inden fuldbyrdelse ved anvendelse af umiddelbar magt, har mulighed for kortvarigt at udsætte sagen, medmindre der foreligger særlige omstændigheder. Dette betyder, at der også på dette stadie af sagen er mulighed for at forlige parterne og hindre eventuelle gentagne anmodning om tvangsfuldbyrdelse, hvor en afgørelse misligholdes. Det vil i en i konkret sag kunne medvirke til, at sagsbehandlingstiden i fogedretten ikke bliver unødig lang.

Hvis fogedretten udsætter sagen med henblik på forligsbestræbelser, er det Statsforvaltningen, der herefter skal tilbyde forældrene børnesagkyndig rådgivning med det formål at undgå, at tvangsfuldbyrdelse skal ske ved anvendelse af umiddelbart magt. Det fremhæves i lovbemærkningerne til den nye bestemmelse, at fogedsager ofte er af hastende karakter på grund af et højt konfliktniveau, og fordi barnet ikke har kontakt med den anden forælder, så længe fo-

[858] Se i den forbindelse Højesterets kendelse, afsagt den 31. august 2015. Sagen vedrørte en mor, der var blevet taget i forvaring, idet hun nægtede at udlevere sit barn til samvær med far. Højesteret fandt, det ikke var i strid med EMRK artikel 6, at retsplejeloven ikke indeholder en bestemmelse, der giver skylderen ret til at være en repræsenteret af en advokat i en fogedsag.
[859] Se U2009.1350Ø.
[860] Retsplejelovens § 536, stk. 6.
[861] Retsplejelovens § 536, stk. 3.
[862] Retsplejelovens § 563, stk. 4.
[863] Retsplejelovens § 563, stk. 5.

gedsagen behandles. Udsættelse af fogedsagen med henblik på at yde forældrene rådgivning må derfor ikke forsinke tvangsfuldbyrdelses unødvendigt.

Det anføres i lovbemærkningerne til den nye bestemmelse, at fogedretten som udgangspunkt skal udsætte sagen i 2 uger, og straks herefter skal Statsforvaltningen tilbyde forældrene rådgivning, evt. pr. telefon. Udsættelsen kan dog vare mere end 2 uger, hvis den forælder, der har anmodet om tvangsfuldbyrdelsen, er indforstået hermed, og at fogedretten finder det påkrævet af hensyn til barnet.[864] Det betones i lovbemærkningerne, at Statsforvaltningen skal være fleksibel med hensyn til hvor og hvornår rådgivningen kan gennemføres.[865]

Fogedrettens berammelsestider er vigtige for, at sagen kan afgøres inden for en rimelig frist i EMRK artikel 6. I de tilfælde, hvor der iværksættes flere efter hinanden følgende fogedsager, fx fordi at barnets ikke udleveres til samvær, vil det betyde en lang sagsbehandlingstid, hvis fogedrettens berammelsestid fx hver gang er på op til tre uger som tilfældet ved Københavns byret. Det skal haves i mente, at Statsforvaltningens, og eventuel Ankestyrelses sagsbehandlingstid også medtælles. Den samlede sagsbehandlingstid fra sagens start i Statsforvaltningen og til fuldbyrdelse af afgørelse kan udgøre en krænkelse af rimelig frist kravet EMRK artikel 6.

Der skal dog forholdsvis meget til, før fogedstadiet i sig selv kan statuere en krænkelse af EMRK, hvis fogedretten har foretaget de nødvendige foranstaltninger for at sikre tvangsfuldbyrdelse, fx at bopælsforælderen pålægges tvangsbøder i henhold til retsplejelovens § 537, stk. 3 for manglende udlevering.[866]

7. Sammenfatning

En domstolsprøvelse af en forældreansvarssag i forlængelse af en forældreansvarssag hos Statsforvaltningen betyder en længere sagsbehandlingstid, herunder også hvis fogedretten inddrages.

Den retlige ramme for, at en forældreansvarssag kan afgøres inden for en rimelig frist ved domstolene er EMRK og retsplejeloven. Domstolene har i retsplejeloven forskellige virkemidler til at sikre en effektiv sagsbehandling. Virkemidlernes udformning er på visse punkter præget af Danmarks domfældelse i Strasbourg i den såkaldte Bløder-sagen, hvor Landsrettens procesledelse blevet kritiseret for at være for lempelig.

Udeblivelses- og præklusionsreglerne i retsplejelovens §§358-363 er sådanne virkemidler. Navnlig reglerne om præklusion, dvs. rettens adgang til at skære parterne fra at komme med nye påstande, anbringender og anmodning om ny bevisførelse efter forberedelsens afslutning har som formål at sikre en effektiv sagsbehandling.

[864] Se i denne forbindelse forældreansvarslovens § 32 a, 2. pkt., hvoraf det fremgår, at rådgivningen skal være gennemført inden det tidspunkt, fogedretten har udsat sagen til.

[865] Afsnit 3.5.2. og afsnit 3.5.3 i de almindelige lovbemærkningerne til lov nr. 270 af 25.3.2015.

[866] Kapitel 6, afsnit 3.3.4.7.

Generelt, kan det konkluderes, at forlængelsen af sagsbehandlingstiden ved domstolene konkret afhænger af, om det er en forældremyndigheds- og/eller bopælssag, der bliver behandlet ved domstolene, eller om det er en samværssag.

Der er en faktuel forskel i sagsbehandlingstiden, hvilket fremgår af domstolenes statistik over sagsbehandlingstider samt konkret er det påvist i de 10 samværssager, der er domstolsprøvet efter Grundlovens § 63, stk. 1., 1. Ved en sammenligning af de gennemsnitlige sagsbehandlingstider for 2016 er forskellen på 3 år, når det forudsættes, at sagerne har været igennem en behandling hos Statsforvaltningen, byretten og landsretten.

Forskellen i sagsbehandlingstiden skyldes kompetencefordelingen mellem Statsforvaltningen og domstolene i samværssager, idet det ikke er lovgivers intention, at samværssager skal underlægges en (ordinær) domstolsprøvelse, men alene, at Statsforvaltningen skal træffe afgørelse i sagerne. Domstolene behandler derfor ikke samværssager med samme omhu og hurtighed som forældremyndigheds- bopælssager.

Dette er en uhensigtsmæssig retstilstand, uanset, at der alene er tale om 10 samværssager. Det er ikke i overensstemmelse med kravet om at sikre barnets bedste, at en samværssag har en så lang sagsbehandlingstid ved domstolene. Der kan derfor stilles spørgsmålstegn ved, om der er en reel ret til rimelig sagsbehandlingstid i samværssag, der indbringes for domstolene.

Det er også en uhensigtsmæssig retstilstand, at byretternes sagsbehandlingstider ikke er ens. Det er kritisabelt, at den reelle ret til en rimelig sagsbehandlingstid afhænger af hvor i landet sagen domstolsprøves. Dette viser at formodningsprincippet ikke kan anvendes af domstolene og at forpligtelsen til af egen drift at sikre en rimelig sagsbehandlingstid ikke iagttages konsekvent.

Konkret, har casen både illustrereret en forlængelse af sagsbehandlingstiden i en forældremyndigheds- og bopælssag, når forældre ikke kan nå til enig i Statsforvaltningen samt den sideløbende sagsproces med en samværssag, der verserer i Statsforvaltningen.

Casen har også illustreret hvilke sagsskridt ved domstolene, der kan medvirke negativ eller positivt i forhold til at retfærdiggøre en lang sagbehandlingstid i et menneskeretligt perspektiv. Berammelsestiden ved byretten og sagsbehandlingstiden for kæremålet for landsretten kan medvirke som negative faktorer i en rimelighedsvurdering, hvorimod byrettens bestræbelser på at forlige sagen ved at holde forberedende møder, kan være en positiv faktor. Kæremålet kan imidlertid omvendt også retfærdiggøre den konkrete sagsbehandlingstid.

Casen illustrerer endvidere, at en reel risiko for menneskerettighedskrænkelser i forældreansvarsager i Danmark er til stede. Sammenfattende kan det ikke udelukkes, at sagsbehandlingstiden for de midlertidige afgørelser isoleret set udgør en menneskeretlig krænkelse. Sagen er, som nævnt, helt tilfældigt valgt – og således *ikke* udvalgt blandt mange sager for at finde den sag, der forekom mest problematisk i et menneskeretligt perspektiv.

Den samlede sagsbehandlingstid i casen kan endvidere være på grænsen til en menneskerettighedskrænkelse navnlig på grund af fars manglende kontakt med børnene under størstedelen af sagsprocessen samt ventetiden til at komme til det indledende møde.

Kapitel 9

Domstolsprøvelse af samværssager

For at kunne afdække i hvilket omfang der både er en formel og reel ret til domstolsprøvelse i forældreansvarssager i dansk ret, er det nødvendigt at foretage en analyse af domstolsprøvelsen af samværssager. Formålet med kapitlet er at afdække det nærmere omfang af domstolsprøvelsen af samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt. Kapitel udgør, sammen med kapitel 10 og 11, kernen for afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse.

1. Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt.

Samværssager er, som tidligere beskrevet, efter *forældreansvarslovens 39, stk. 2 og 40, stk. 1, modsætningsvis* formelt afskåret fra en domstolsprøvelse. Samværssager kan imidlertid stadig indbringes for domstolene i medfør af *Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt.*[867]

I Danmark er domstolsprøvelse af forvaltningsakter en grundlovssikret rettighed med de modifikationer, der følger af heraf; navnlig spørgsmålet om retlig interesse og spørgsmålet om udstrækningen af domstolskontrollen, dvs. prøvelsesintensiteten er begrænset.

Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. har følgende ordlyd:

»Domstolene er berettigede til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser.«

Med andre ord vedrører bestemmelsen *domstolskontrol* af forvaltningens afgørelser.

Bestemmelsen blev indsat i 1849-Grundloven som § 77 med det formål at fastslå, at retssager mod forvaltningen nu kunne anlægges uden tilladelse fra forvaltningen selv (kongen).[868]

På grund af bestemmelsens uklare ordlyd kan der ikke udledes anvisninger på, i hvilket omfang domstolsprøvelsen af øvrigmyndighedens grænser skal finde sted. Det er grundlovsbestemmelsens formulering »øvrigmyndighedens grænser«, der har givet anledning til betydelig tvivl og usikkerhed i teori og praksis.[869]

[867] Omtalt i kapitel 1, afsnit 3 og kapitel 8, afsnit 3.
[868] Karsten Hagel-Sørensen, 2006, side 389.
[869] Trine Schultz, 2004, side 8 og Sten Bønsing, 2013, side 419.

I Grundlovskomiteens betænkning og forhandlinger forud for bestemmelsens indsættelse forelå der uenighed omkring, hvordan denne uklarhed af ordet »grænser« nærmere skulle forstås. Der kan dog spores en vis grundlæggende enighed om, at forslaget til bestemmelsen ikke indebar, at domstolene skulle have ubegrænset kontrolmyndighed. Det var den nærmere grænsedragning for forvaltningens frie råderum, der var uenighed omkring. Grænsen for domstolsprøvelsen skulle trækkes et eller andet sted. Forestillingerne om, hvor grænsen da burde gå, var dog meget uklar. [870]

Det er muligt at formulere grænsedragningen på den måde, at det i Grundlovskomiteens betænkning og under forhandlingerne blev understreget, at domstolenes prøvelse alene skulle vedrøre legaliteten og ikke hensigtsmæssigheden af en forvaltningsafgørelse.[871]

På grund af denne usikkerhed omkring hvor grænsen hvor domstolsprøvelse skulle trækkes, anbefalede Grundlovskomiteen, at den nærmere fastlæggelse heraf skulle overlades til den fremtidige udvikling, først og fremmest til domstolene selv.

Denne anbefaling er billedet af retstilstanden i dag. Den nuværende retstilstand er således ikke et resultat af en fortolkning af Grundlovens tekst og forarbejder, men af en retsudvikling, der i første række har ligget specielt i Højesterets hånd.[872] Samfundsudviklingen har medført, at forarbejderne nu er af mindre betydning.[873]

1.1. Betydningen af sondringen mellem skøn og retsanvendelse for domstolsprøvelsen

Generelt har sondringen i prøvelsesgrundlaget om, at domstolene er afskåret fra prøve en forvaltningsakt i det omfang, den er skønsmæssig, har præget al juridisk debat på området for Grundlovens § 63. Grænsen mellem den retsanvendelse, der kan prøves, og det skøn, der kan lægges til grund, har været og er stadig genstand for diskussion og kritik i den retsvidenskabelige debat.[874]

Det svære er, at udgangspunktet er, at domstolene ikke prøver forvaltningens skøn i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt.. Det betyder, at forvaltningen har fået overladt et »frirum«. Det vanskelige er at finde ud af, hvornår der tale om skønsudøvelse i modsætning til retsanvendelse, og at domstolene ikke altid holder sig helt tilbage fra prøve skønnet i nogle sager alligevel.[875] Dette udgangspunkt er dermed kun en rettesnor.[876]

[870] Ser herom Trine Schultz, *Retsanvendelse og Skøn. Sondringens anvendelse i prøvelsen af afgørelser på det socialretlige område*, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2004, side 112.
[871] Karsten Hagel-Sørensen, 2006, side 389.
[872] Se herom Trine Schultz, 2004, side 113.
[873] Karsten Hagel-Sørensen, 2006, side 389. Se om de retskildemæssige overvejelser i den forbindelse kapitel 2, afsnit 4.1.
[874] Trine Schultz, 2004, side 8. Se om den nye litteratur på område kapitel 1, note 25.
[875] Sten Bønsing, 2013, side 419 og Karsten Revsbech, 2016, side 393.
[876] Karsten Revsbech, 2016, side 396.

Det er imidlertid klart, at målestokken for domstolenes bedømmelsesgrundlag omfatter gældende ret og at domstolene prøver retsanvendelsen.[877]

Ved *retsanvendelse* forstås generelt en stillingtagen til retlige spørgsmål, hvor fortolkning er det centrale. Domstolene foretager en abstrakt fortolkning, hvor retsreglernes indhold fastlægges generelt, i princippet alene på grundlag af reglerne. Den abstrakte fortolkning er således uafhængig af sagens konkrete omstændigheder.[878] Fortolkningen kan også ske i form af en konkret subsumption, hvor der tages stilling til, om den foreliggende faktiske situation kan henføres under loven. Domstolene er muligvis lidt mere tilbageholdende med hensyn til konkret subsumption end ved abstrakt fortolkning.[879]

I modsætning til retsanvendelsen er der skønnet. Det er uklart hvad skal begrebet *»skøn«* indeholder. Der er i den juridiske retsteori forskellige bud herpå, men der almindeligvis enighed om, at det forvaltningsretlige skøn overordnet set foreligger hvor den pågældende hjemmelsbestemmelse alene indeholder en upræcis eller slet ikke nogen beskrivelse af præmisserne eller betingelserne for at træffe den konkrete afgørelse (retsfaktum) og/eller det, afgørelsens indhold skal gå ud på (retsfølgen).[880]

Dette er dog ikke nogen præcis beskrivelse af skønsbegrebet. Beskrivelsen giver kun begrænset vejledning for grænsedragningen mellem det skøn, som skal respekteres, og den retsanvendelse, som domstolene kan prøve.[881] Det er således som Ole Krarup allerede påviste i sin disputas fra 1969, at den *skarpe sondring* mellem retsanvendelse og skøn i virkeligheden ikke var og heller ikke i dag er dækkende for retspraksis i henhold til Grundlovens § 63.[882]

Mellem retsanvendelsen og skønnet, er der det som kaldes vage og elatiske lovbestemmelser. Som udgangspunkt er der tale om retsanvendelse (fortolkning), idet loven indeholder en beskrivelse af præmisser/og eller indhold, men der bliver et skønsmæssigt element tilbage, fordi bestemmelsens beskrivelse er vag og i nogen grad er upræcis.[883]

I domstolenes prøvelse af forvaltningens udøvelse af skønnet er der i retspraksis fastlagt en række retsgrundsætninger, der retligt normerer skønnet, fx om forvaltningen har lagt vægt på usaglige hensyn, undladt at inddrage relevante hensyn (kriterielæren) eller om der har været en tilsidesættelse af fundamentale forvaltningsprincipper som lighedsgrundsætningen og proportionalitetsprincippet. Domstolsprøvelsen omfatter i dag dermed meget væsentlige elementer af, hvad der tidligere

[877] Bent Christensen, 1994, side 43 f. og Karsten Revsbech, 2016, side 396.
[878] Trine Schultz, 2004, side 34 og Karsten Revsbech, 2006, side 397.
[879] Karsten Revsbech, 2016, side 399.
[880] Bent Christensen, 1994, side 50, Karsten Revsbech, 2016, side 394 og Trine Schultz, 2004, side 30.
[881] Bent Christensen, 1997, side 50.
[882] Jf. Trine Schultz, 2004, side 117.
[883] Karsten Revsbech, 2016, side 410.

blev anset for skøn.[884] Det er således karakteristisk for udviklingen af domstolsprøvelsen i retspraksis, at arsenalet af prøvelsesværktøjer er vokset.[885]

Derudover kan den pågældende lov binde skønnet ved at have en overordnet ramme for administrationen af den pågældende hjemmelbestemmelse i selve lovteksten, lovens formålsbestemmelser, den sammenhæng, bestemmelsen med resten af loven indgår i, og lovens forarbejder. Endvidere er skønnet bundet for så vidt angår generelle forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler, der skal overholdes i processen frem mod, at afgørelsen skal træffes.

Derfor kan det være nærliggende at betegne prøvelsen af skønsmæssige afgørelser som en prøvelse af retlige spørgsmål på baggrund af gældende ret.[886] Det betyder, at det er vanskeligt at finde lovbestemmelser, der overlader forvaltningen et »frit skøn«.[887]

Det, der herefter er tilbage, er således det, der kaldes det *frie skøn*.[888] Det vil nærmere sige *den kerne af skønnet*, som domstolene normalt ikke efterprøver, medmindre der i den pågældende hjemmelslov mv. eller i andet retlig grundlag undtagelsesvist er et klart grundlag for en sådan prøvelse.

Kernen af det frie skøn er forvaltningens afvejning af saglige hensyn. Udgangspunkt er, at domstolene ikke prøver selve afvejningen.[889] Domstolene kan som hovedregel ikke tilsidesætte en forvaltningsafgørelse, blot fordi der foretrækkes en anden afgørelse.[890] Domstolenes funktion efter Grundlovens § 63 er ikke at være ny rekurs- eller ankeinstans, men en kontrolinstans, hvor legaliteten af en forvaltningsafgørelse efterprøves.

2. Skønsudøvelsen og de retlige rammer herfor i samværssager

Forældreansvarsloven § 21, stk. 1 og stk. 3 giver Statsforvaltningen hjemmel til at træffe afgørelser om samvær, herunder at afslå at fastsætte samvær og at ophæve samvær. Når der skal træffes afgørelser om samvær skal det ske med to hovedprincipper for øje.

Det *ene* hovedprincip fastslår barnets ret til begge forældre, jf. forældreansvarslovens § 19, stk. 1:

»Barnets forbindelse med begge forældre søges bevaret ved, at barnet har ret til samvær med den forælder, som det ikke har bopæl hos.«

[884] Trine Schultz, 2004, side 118 og Michael Lunn, *Har Højesteret overtaget forvaltningens skøn*, Juristen, nr. 2, 2001, side 50.
[885] Bent Christensen, 1994, side 184.
[886] Trine Schultz, 2004, side 122 f. Se også Sten Bønsing, 2013, side 422.
[887] Trine Schultz, 2004, side 55.
[888] Trine Schultz, 2004, side 56 ff.
[889] Karsten Revsbech, 2016, side 406 og Trine Schultz, 2004, side 120.
[890] Se fx Trine Schultz, 2004, side 118.

Det *andet* hovedprincip fremgår af forældreansvarslovens § 4 med følgende ordlyd:

»Afgørelser efter loven skal træffes ud fra, hvad der er bedst for barnet«.

Bestemmelsen fastslår således forældreansvarslovens hovedprincip om *»barnets bedste«*. Hensynet »barnets bedste« har sit udgangspunkt i FN's Børnekonventions artikel 3(1):

»I alle foranstaltninger vedrørende børn, hvad enten disse udøves af offentlige eller private institutioner for socialt velfærd, domstole, forvaltningsmyndigheder eller lovgivende organer, skal barnets tarv komme i første række.«[891]

Der fremgår således ikke nogen definition på barnets bedste i bestemmelsernes ordlyd eller hvilke kriterier, der skal inddrages i afgørelsen.

Forældreansvarslovens § 4 er, som det fremgår af bestemmelsens ordlyd, således en skønsmæssig bestemmelse, idet bestemmelsen er upræcis med hensyn til retsfaktum og retsfølge. Det er en således en skønsmæssig bestemmelse, der fra lovgivers side bevidst er holdt upræcise med hensyn til retsfaktum eller retsfølge, for at afgørelsen kan træffes ud fra barnets konkrete forhold.[892]

Dette ses også direkte af ordlyden af forældreansvarslovens § 21, stk. 2:

»Samværet fastsættes ud fra en *konkret vurdering* af barnets forhold.«

Statsforvaltningen skal således altid foretage en konkret vurdering af det enkelte barnets forhold, dvs. de må ikke sætte »skøn under regel«, men har dermed pligt til at skønne konkret i den enkelte samværssag.[893]

Den konkrete vurdering, der skal foretages af barnets bedste og forhold normeres i to bestemmelser i forældreansvarsloven. Forældreansvarslovens § 5 er sålydende:

»I alle forhold vedrørende barnet *skal* der tages *hensyn* til barnets egne synspunkter alt efter alder og modenhed.«

Denne bestemmelse normerer således kriterierne for hvilke hensyn, der *skal* inddrages i skønnet.

Bestemmelsen skal læses i sammenhæng med forældreansvarslovens § 34, stk. 1, 1. pkt.:

[891] Om anvendelse af forældreansvarslovens § 4 og børnekonventionens artikel 3 som retskilde i relation til afhandlingens emne, se kapitel 2, afsnit 3.3 og 4.3

[892] De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 499 af 6.6.2007. Generelt om skønsmæssige bestemmelser se herom Trine Schultz, 2004, side 54 ff.

[893] Se fx Karsten Revsbech, 2009, side 403 og Trine Schultz, 2004, side 54 f.

»Barnet *skal* inddrages under en sag om forældremyndighed, barnets bopæl eller samvær, så dets perspektiv og eventuelle synspunkter kan komme til udtryk.

Bestemmelsen normerer, at barnet *skal* inddrages under sagsbehandlingen af en af samværssag for at kunne belyse barnets perspektiv. Ved at læse disse to bestemmelser i sammenhæng, kræves det dermed, at Statsforvaltningen skal inddrage *netop* barnet for at kunne tage hensyn til barnets egne synspunkter. Bestemmelsens 2. pkt. vedrører hvorledes inddragelsen af barnet *kan* ske:

»Dette *kan* ske ved samtaler med barnet, børnesagkyndige undersøgelser eller på anden måde, der belyser barnets perspektiv.«

Der er her tale om en sagsbehandlingsregel, hvor det er Statsforvaltningen, der skal skønne, hvordan inddragelsen skal af barnet skal foretages. Det er derudover også op til Statsforvaltningen at skønne, hvorvidt en inddragelse vil være til skade for barnet eller vil være unødvendigt, jf. forældreansvarslovens § 34, stk. 2:

»Forpligtelsen til at inddrage barnet direkte i sagen gælder ikke, hvis det *må antages* at være til skade for barnet, eller hvis det må anses for unødvendigt efter sagens omstændigheder.«

Selv om der i forældreansvarslovens § 4 således ikke gives nogle præcise udfyldende beskrivelser af retsfaktum (kriterier) og retsfølge for barnets bedste, er der således andre bestemmelser i loven, der normerer rammen for på hvilket retligt grundlag, Statsforvaltningen skal træffe en samværsafgørelse.

Forældreansvarslovens § 39 normerer derudover i et vist omfang præmisserne for, hvornår Statsforvaltningen har hjemmel til at afvise en ansøgning om samvær. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»En anmodning om ændring af forældremyndighed, barnets bopæl, samvær eller anden kontakt kan afvises af statsforvaltningen, hvis *forholdene ikke har ændret sig væsentligt.*« *(min fremhævelse)*

Statsforvaltningen skal således skønne, hvorvidt forholdende har ændret sig væsentligt. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det alene er Statsforvaltningens afvisning en ansøgning om forældremyndighed og/eller bopæl, der kan indbringes direkte for domstolene i medfør af forældreansvarsloven § 39, stk. 2. Statsforvaltningens afvisning af en ændringsanmodning om samvær kan alene indbringes for domstolene i medfør af Grundlovens § 63.

Som det er tidligere er anført, kan skønnet således også være bundet i den overordnede ramme for administrationen af hjemmelbestemmelsen i selve lovteksten,

lovens formålsbestemmelser, den sammenhæng, bestemmelsen med resten af loven indgår i og lovens forarbejder.[894]

Lovbemærkningerne til de forskellige lovændringer af lovgivningen for forældreansvarssager bidrager ligeledes til den overordnet retlige ramme for afgørelsesgrundlaget i samværssager.

Det må dog i henhold til det ovenstående være vigtigt at have for øje, at lovbemærkningerne til forældreansvarsloven ikke udgør en retskilde, men alene et fortolkningsbidrag. Der er således ikke tale om decideret pligtmæssige kriterier, der fremgår direkte af loven, udover følgelig hensynet til barnets bedste i § 4.

I forhold til hensynet og vurderingen af barnets bedste i § 4 anføres det i lovbemærkningerne til forældreansvarsloven i 2007, at der er tale om en retlig standard, der er under stadig udvikling og afhænger af forskellige opfattelser og værdinormer, og at opfattelsen af, hvad der er bedst for barnet givetvis vil ændre sig med tiden og afhænger af, hvilket barn der er tale om. Begrebet skal til enhver tid tolkes som den bedst tænkelige løsning for det enkelte barn.[895] Lovgiver har derudover indskærpet, at ved vurderingen af, hvad der er bedst for barnet efter lovforslagets § 4, skal statsforvaltningerne og domstolene efter lovforslaget anlægge et fremtidsorienteret perspektiv i forhold til det konkrete barn.[896]

Lovgiver har endvidere i samme lovbemærkninger anført, at Danmark har tiltrådt en række konventioner, der har betydning for behandling af spørgsmål om forældremyndighed og bopæl, hvor Børnekonventionen og EMRK er nævnt som de vigtigste. Særligt behandles EMRK artikel 8 om retten til familieliv, hvor der i lovbemærkningerne kort redegøres for retstilstanden ved indgreb i familielivet.[897]

I lovbemærkningerne til forældreansvarsloven er der bl.a. også angivet kriterier for hvilke hensyn, der bør inddrages i samværssager i forskellige situationer, fx hvor der tale om samværschikane, ophævelse eller afslag på samvær, samvær med mindre børn, og deleordninger ligesom der nogle steder anbefales, hvorledes sagens oplysning bør ske.[898]

Bekendtgørelsen om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær m.v., samværsvejledningen indeholder også anvisninger til Statsforvaltningen. Det anføres fx i indledningen til vejledningen om samvær, at vejledningen indeholder en redegørelse for den måde, hvorpå Statsforvaltningen bør indlede og behandle en sag om samvær.[899] Disse administrative forskrifter er også en del af overordnede retlige

[894] Se foran i afsnit 1.1.

[895] Lovbemærkningerne til lov nr. 499 af 6.6.2007, til § 4.

[896] Lovbemærkningerne til lov nr. 499 af 6.6.2007, afsnit 1.2 og afsnit 4.10.3.

[897] Lovbemærkningerne til lov nr. 499 af 6.6.2007, afsnit 2.1.2.2. Se også Betænkning nr. 1475 om *Barnets Perspektiv*, 2006, afsnit 2.5 og bilag 7.

[898] Se fx lovbemærkningerne til lov nr. 600 af 18.6.2012, afsnit 3.3, lovbemærkningerne til lov nr. 270 af 25.3.2015, afsnit 3.2. og afsnit 3.3 samt lovbemærkningerne til lov nr. 499 af 6.6.2007, afsnit 2.1.4, afsnit 2.2.3, afsnit 4.1, afsnit 4.5, afsnit 4.6, afsnit 4.8 og afsnit 4.10.

[899] Samværsvejledningen, afsnit 1.

rammer for udøvelsen af skønnet, men det må dog haves i mente, at sådanne administrative forskrifter ikke er retlige bindende for domstolene.[900]

3. Domstolenes bedømmelsesgrundlag i samværssager

Ved domstolenes bedømmelsesgrundlag forstås det grundlag og den målestok som domstolene anvender, når de skal tage stilling til, om en samværsafgørelse er lovlig eller ulovlig. Bedømmelsesgrundlaget er de elementer, der indgår i den samværsafgørelse, der er truffet af Statsforvaltningen. Det er sagens retlige spørgsmål (jus), skøn (hensigtsmæssighed mv.) og faktiske omstændigheder (faktum).[901]

Samværssagen skal således afgøres på baggrund af gældende ret.[902] Dette betyder, at god forvaltningsskik ikke er en del af domstolsprøvelsen efter Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. Parterne i en samværssag kan derfor ikke få domstolsprøvet om en lang sagsbehandlingstid er i strid med god forvaltningsskik.[903]

Gældende ret i relation til denne afhandlings emne omfatter, som det er redegjort for i de foregående kapitler, således i denne henseende forældreansvarsloven og EMRK samt i sagens natur også Børnekonventionen. Disse retskilder udgør det retlige grundlag for domstolenes prøvelse af retsanvendelsen i samværssager.

I relation til skønnet er det uklart i hvilket, omfang domstolenes prøvelse af samværssager også omfatter Statsforvaltningens skønsudøvelse eller dele heraf. Det overordnende spørgsmål vedrører prøvelsens intensitet, dvs. hvor tæt eller hvor langt er domstolene fra prøvelsen af skønnets kerne? Spørgsmålet er derfor, om domstolene efterprøver kernen af skønnet, dvs. Statsforvaltningens afvejning af lovlige hensyn. Dette er omdrejningspunktet for analysen i de efterfølgende afsnit.

4. Retspraksis

I dette afsnit foretages en analyse af både trykte og utrykte samværsafgørelser i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. Der er som tidligere omtalt tale om en sparsom praksis, hvor alene 10 samværsafgørelser har været indbragt før forældreansvarsloven trådte i kraft i 2007, og efter forældreansvarsloven i 2012 blev ændret. Det erindres, at der i perioden 2007-2012 kunne samværssager i visse tilfælde indbringes for domstolene sammen med forældremyndighedssagen.[904]

Afsnittet er opdelt i to, hvor det første afsnit vedrører de forskellige former for retsanvendelse, som domstolene efterprøver, henholdsvis ikke efterprøver i samværssager.[905] Det andet afsnit vedrører de forskellige former for skønsmæssige be-

[900] Se om den bekendtgørelsens og vejledningernes retskildemæssige værdi kapitel 2, afsnit 3.1.1 og afsnit 3.1.2.

[901] Karsten Revsbech, 2016, side 393.

[902] Se fx Karsten Revsbech, 2016, side 358 og Trine Schultz, 2004, side 118.

[903] Karsten Revsbech, 2016, side 358 og Helle Bødker Madsen, 491 f. Se herom også kapitel 6, afsnit 2.

[904] Se herom kapitel 5, afsnit 3.1.

[905] Opdelingen ses også i den juridiske litteratur, se herom fx Karsten Revsbech, 2016, side 396 ff.

slutninger, som domstolene efterprøver, henholdsvis ikke efterprøver. Formålet med denne opdeling er at kunne udlede hvilke enkelte dele af samværssagerne, domstolene efterprøver i medfør Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. På grund af denne opdeling betyder det, at de fleste samværsafgørelser bliver behandlet flere steder. Selve resuméet af afgørelsen gives, hvor det er fundet mest relevant for den sammenhæng, hvorunder afgørelsen analyseres.

4.1. Prøvelsen af forskellige former for retsanvendelse

4.1.1. Fortolknings- og hjemmelsspørgsmål

Domstolene har i flere samværssager taget stilling til fortolknings- og hjemmelsspørgsmål, dvs. det formelle grundlag for afgørelsen. Sagsøger fremkommer oftest med anbringender om, at den pågældende samværsafgørelse ikke har hjemmel i loven. Fælles for disse afgørelser er, at den abstrakte fortolkning sker uafhængig af sagens konkrete og faktiske omstændigheder.

I U2006.1623Ø tog landsretten stilling til, om fastsættelse af en 8/6 ordning var ulovlig.

Mor havde ved en landsretsdom fået tillagt forældremyndigheden alene over et 4-årigt barn. Det tidligere Statsamt havde herefter truffet afgørelse om fars samvær med barnet i henhold til en 8/6 ordning, hvor der var blevet lagt afgørende vægt på en børnesagkyndig undersøgelse, der var foretaget i forbindelse med forældremyndighedssagen. Mor havde protesteret mod, at en 8/6 ordning var til barnets bedste. Mor mente, at der i stedet skulle aftales en 9/5 ordning. Mor gjorde under sagen for landsretten bl.a. gældende, at der ikke var hjemmel til at fastsætte en samværsordning stort set svarende til en ligedeling, når parterne ikke var enige herom, ligesom det var i strid en landsretsdom herom samt administrativ praksis på området.

Landsretten frifandt Familiestyrelsen. I præmisserne anførte landsretten:

»Det følger af lovens § 16, at den af forældrene, »der ikke har barnet boende, har ret til samvær.« Landsretten finder ikke, at bestemmelsens ordlyd udelukker fastsættelsen af en såkaldt 8/6-ordning, idet barnet under en sådan ordning overnatter hos forældremyndighedens indehaver 8 ud af 14 nætter.«

Landretten foretog således en abstrakt fortolkning af hjemmelsbestemmelsen, hvor det nærmere indhold og rækkevidden generelt blev fastlagt, hvorunder der således er hjemmel til at fastsætte samværsordninger, der stort set er svarende til en ligedeling. Det var dermed ikke i strid med hverken retspraksis eller administrativ praksis.

I TFA.2000.194/3Ø var det også blevet gjort gældende, at en samværsafgørelse var ugyldig, idet den ikke havde hjemmel i loven. Mor (sagsøger) gjorde gældende, at der alene var blevet set på fars interesser og ikke hvad der var bedst for barnet. Far havde både i Statsamtet og Civilretsdirektoratet fået tildelt samvær med sin søn, hvilket mor var uenig i.

Landsretten indledte sine præmisser med en fortolkning af den pågældende hjemmelsbestemmelse i den daværende forældremyndighedslovs § 17, stk. 3:

»Lov om forældremyndighed og samvær hviler på det grundsynspunkt, at hensynet til barnet generelt taler for, at et barn har forbindelse med begge sine forældre og derfor har samvær med den af forældrene, som barnet ikke bor hos. Dette fremgår såvel af selve lovteksten som af lovens forarbejder. Udgangspunktet er således samvær, og afslag på samvær kræver en særlig begrundelse. Dette gælder efter loven også, selv om der ikke hidtil har været forbindelse mellem barnet og den pågældende.«

Også her foretog landsretten en abstrakt og generel fortolkning af hjemmelsbestemmelsen indhold og formål.[906]

4.1.1.2. Sagsbehandlingsregler

Fortolkningsspørgsmål kan vedrøre det formelle grundlag for afgørelsen, jf. afsnittet oven for samt sagsbehandlingsregler.[907]

Forældreansvarsloven indeholder visse sagsbehandlingsregler, herunder fx den lovbestemte frist for sagsbehandlingen af sager om kontaktbevareende samvær, samt krav om iværksættelse af børnesagkyndig undersøgelse mv., når det skønnes nødvendigt for at kunne oplyse sagen. Disse sagsbehandlingsregler er retligt normerende for Statsforvaltningen og Ankestyrelsens skønsudøvelse. Derudover gælder der mere generelle forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler, dvs. fx krav om habilitet, partshøring, begrundelsespligt og klagevejledning. Hvorvidt disse sagsbehandlingsregler er overholdt efterprøver domstolene i samværssager.

I TFA2000.252V fandt landsretten ved en prøvelse med hjemmel i Grundlovens § 63, at det ikke var en sagsbehandlingsfejl, at samværssagen i Civilretsdirektoratet var behandlet på skriftligt grundlag.

I utrykt dom afsagt 4.9.2015[908] af byretten i Aarhus efterprøvede byretten om der forelå inhabilitet. Det var i sagen blevet gjort gældende, at afgørelsen om samvær var ugyldig på grund af, at chefen for Statsforvaltningen var inhabil. Byretten nåede frem til, at der ikke forelå inhabilitet, idet chefen hverken havde været chef for den, der traf den konkrete afgørelse, eller selv havde truffet afgørelsen.

I TFA2000.194/3Ø blev det ikke anset for en sagsbehandlingsfejl, at der ikke var indhentet en børnesagkyndig undersøgelse. Af landsrettens præmisser er det anført, at det beror på myndighedens skøn i hvert enkelt tilfælde, om en sådan undersøgelse skal foretages. Landsrettens udtalelse må formentlig ses i sammenhæng med, at der ikke var andre forhold i sagen, der indikerede, at sagen var uoplyst. Sagen var

[906] Dommen er mere udførligt behandlet i afsnit 4.2.1.
[907] Sten Bønsing 2013, side 418.
[908] Sag nr. BS 10-2290/2014. Dommen bliver mere udførligt behandlet i afsnit 4.2.3.

således oplyst på anden vis ved udtalelse fra barnets legestue og ved øvrige oplysninger.[909]

Det var i sagen derudover blev gjort gældende af mor, at der skulle ske en partshøring i videre omfang end det normale, idet der på et tidspunkt var tale om en ændring af praksis, der var afgørende betydning. Far havde flere gange fået afslag på samvær henset til, at der ikke havde været forbindelse mellem far og barnet. En lov ny lov trådte i kraft, hvorefter der blev mulighed for at fastsætte samvær mellem samværsforælderen og barnet, uanset der ikke har været nogen forbindelse herimellem. Landsretten fandt, at der ikke var påvist nogen regel, hvorefter der i videre omfang skulle have været hørt i sagen.

I TFA2015.45Ø blev det ikke anset for en sagsbehandlingsfejl, at der hverken var foretaget børnesagkyndig undersøgelse, eller at barnet ikke var inddraget direkte i en sag om midlertidigt samvær. I sagen var barnets perspektiv blevet belyst under medvirken af en børnesagkyndig rådgiver og belyst ved mor og fars oplysninger til sagen. Der forelå også oplysninger fra skole og kommune. Landsretten henviste til forældreansvarslovens § 34, stk. 2, der foreskriver, at pligten inddrage barnet direkte i sagen ikke gælder, hvis det må antages at være til skade for barnet, eller hvis det må anses for unødvendigt undersagens omstændigheder.[910]

4.1.1.3. Fundamentale forvaltningsretlige principper

Fundamentale forvaltningsprincipper er retsgrundsætninger, hvilke Statsforvaltningen og Ankestyrelsen skal respektere i forbindelse med skønsudøvelsen. Der er tale om grundsætningen om saglig forvaltning (magtfordrejningsprincippet), lighedsgrundsætningen, proportionalitetsprincippet og forbuddet mod skøn under regel.[911]

I en del af samværsafgørelserne kan det ikke antages, at der i medfør af Grundlovens § 63 er foretaget en (fuld) prøvelse af disse retsprincipper.

I TFA2000.252V og TFA2000.194/3Ø gjorde Civilretsdirektoratet gældende, at samværsafgørelsen ikke var sket under tilsidesættelse af fundamentale principper, men det synes umiddelbart ikke at fremgå af landsretternes præmisser, at der har været en efterprøvelse af overholdelsen af principperne. Civilretsdirektoratets anbringende herom i TFA2000.194/3Ø skal formentlig ses i forhold til, at mor, som sagsøger, havde gjort gældende, at samværsafgørelsen var i strid med hidtidig praksis. Det er anført, at en prøvelse af, om lighedsgrundsætningen er tilsidesat ofte vil have sit udgangspunkt i, at borgeren gør gældende, at myndigheden har fraveget i praksis.[912] Det forekommer på den baggrund derfor bemærkelsesværdigt, at der angiveligt ikke har været efterprøvelse af, om lighedsgrundsætningen var tilsidesat.

[909] Se også TFA.2002.252V, hvor det heller ikke var en sagsbehandlingsfejl, at der ikke var indhentet en børnesagkyndig undersøgelse.

[910] Dommen er mere udførligt behandlet i afsnit 4.2.2.

[911] Se herom fx Karsten Revsbech, 2016, side 399 ff. og Trine Schultz, 2004, side 119.

[912] Jf. Karsten Revsbech, 2016, side 402,

Byretten foretog en intensiv efterprøvelse i utrykt dom afsagt den 22. september 2016 af Retten i Aarhus[913] om hvorvidt der var inddraget usaglige hensyn (magtfordrejning) i Ankestyrelsens afgørelse om afslag på samvær. Byretten fastslog, at mistanke om vold ikke kunne indgå som et selvstændigt hensyn, uden yderligere oplysninger, når far ved straffedom var blevet frifundet.[914]

Domstolene har dog i hvert fald i tre samværssager efterprøvet om Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen tilsidesatte fundamentale forvaltningsprincipper. I afgørelserne TFA2015.45Ø, U2006.1623Ø og TFA1997.181Ø fremgår det direkte af dommenes præmisser med anførelse af, at det ikke er fundet godtgjort, at afgørelsen »er truffet under tilsidesættelse af fundamentale forvaltningsprincipper«. Det fremgår dog ikke af dommenes præmisser hvilke principper, der har været efterprøvet.

I to sager blev der påberåbt manglende overholdelse af principperne.
I TFA2015.45Ø gjorde far gældende, at Statsforvaltningens afgørelse om afslag på midlertidigt samvær var truffet under tilsidesættelse af fundamentale forvaltningsretlige principper. Det afviste landsretten ved kort at anføre, at, »Statsforvaltningens afgørelse [heller ikke] er truffet under tilsidesættelse af fundamentale forvaltningsretlige principper.«

I den anden sag TFA1997.181Ø havde landsrettens givet Civilretsdirektoratet medhold, at et samværsafslag var truffet på ulovligt grundlag. Civilretsdirektorat havde i sin afgørelse lagt vægt på, at far angiveligt tidligere havde bortført sin datter. Far havde dog bl.a. gjort gældende, at det var ude af portion helt at nægte at fastsatte samvær, idet far havde givet tilsagn om at deponere sit pas for, at samvær kunne foregå overvåget.

Far henviste i denne forbindelse til EMRK og anførte at forvaltningen var forpligtet til at iagttage de menneskeretlige krav om bl.a. proportionalitet, hvilket ikke var sket i sagen. Østre Landsret foretog ikke nærmere efterprøvelse af fars anbringende, men konstaterede blot, at afgørelsen om afslaget ikke var sket under tilsidesættelse af fundamentale forvaltningsprincipper. Østre Landsretten foretog dermed ikke en intensiv efterprøvelse af afslagets proportionalitet. Det vil sige, at det ikke blev dybdegående efterprøvet, hvorvidt kravene om nødvendighed og forholdsmæssighed indeholdt i proportionalitetsprincippet var overholdt.[915]

I samme retning må den tredje sag TFA2015.465V læses. Afgørelsen vedrørte lovligheden af Statsforvaltningens afgørelse om ophævelse af samvær, hvor far gjorde gældende, at der var sket et usagligt uproportionelt indgreb i fars og datterens ret til familie i henhold til EMRK artikel 8. Landsretten ses heller ikke i denne dom direkte at have taget stilling til proportionaliteten. Landsretten henviste blot til, at der heller ikke var grundlag for at tilsidesætte afgørelsen i medfør af EMRK artikel 8.

[913] Sagsnr. BS 7-255/2016.
[914] Dommen er mere udførligt behandlet i afsnit 4.2.1.
[915] Dommen bliver mere udførligt behandlet i afsnit 4.2.1.

På denne baggrund synes domstolene som hovedregel at udvise en form for tilbageholdenhed ved prøvelsen af fundamentale forvaltningsretlige principper i samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt.. Domstolene ses alene at have foretaget en intensiv prøvelse heraf utrykt dom afsagt den 22. september 2016 af Retten i Aarhus. I TFA2000.252V og TFA2000.194/3Ø ses principperne ikke efterprøvet. I afgørelserne TFA2015.465V, TFA2015.45Ø, U2006.1623Ø og TFA1997.181Ø fremgår principperne af landsretternes summariske præmisser.

4.2. Prøvelsen af skønsmæssige beslutninger

Domstolenes prøvelse af skønsmæssige beslutninger i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1. pkt. vedrører efterprøvelsen af. om Statsforvaltningen og Ankestyrelsen har taget alle relevante forhold i betragtning ved skønsudøvelsen.[916] Det er ved denne efterprøvelse, at domstolene kan gå meget tæt på kernen af skønnet, eller helt efterprøve kernen af skønnet.

4.2.1. Valg og inddragelse af kriterier

Generelt kan det anføres, at forvaltningsmyndigheden har et sæt af lovlige kriterier, som kan inddrages i skønsudøvelsen. Inden for afvejningen af disse lovlige kriterier har forvaltningen et forholdsvist frit skøn, hvis ordlyden af forældreansvarslovens § 4 tilsiger det, og når blot pligtmæssige kriterier er inddraget.

Domstolens efterprøvelse i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. vedrører i denne forbindelse hvilke kriterier, der er lovlige og hvilke kriterier, der ikke er lovlige. Derudover kan efterprøvelsen vedrører om forvaltningsmyndigheden har inddraget alle de lovlige kriterier, som skal indgå i skønsudøvelsen, dvs. de pligtmæssige kriterier. Det kan dreje sig om, at loven (direkte eller indirekte) forudsætter, at bestemte kriterier skal indgå i skønsudøvelsen, dels kan det dreje sig om, at der kan være pligt til at inddrage visse hensyn, fx menneskeretlige spørgsmål, hvor det er relevant. [917]

Analysen i dette afsnit vedrører på denne baggrund domstolenes efterprøvelse af Statsforvaltningens (og Ankestyrelsens) valg og inddragelse af (pligtmæssige) kriterier. Der er i afsnit 2 redegjort for den retlige ramme, som binder Statsforvaltningens (og Ankestyrelsens) skønsudøvelse. Der er her tale om formålsbestemmelser i forældreansvarsloven og navnlig lovbemærkningerne til forældreansvarsloven og administrative forskrifter, hvilke angiver flere kriterier, som bør inddrages i afgørelsesgrundlaget, når skal træffes afgørelse om samvær til barnets bedste.

Domstolene efterprøver i samværssager om kriterier, som følger af administrativ praksis er inddraget i afgørelsesgrundlaget, og om der ikke er taget konkret stilling til de enkelte kriterier. I U2007.673Ø prøvede landsretten, om lovlige og alle

[916] Se herom Bent Christensen, 1994, side 99.
[917] Sten Bønsing, 2013, side 424.

relevante kriterier var inddraget i sagen, idet far gjorde gældende, at afgørelsen ikke var tilstrækkelig oplyst.[918]

Far var ved endelig dom i 2000 blev pålagt faderskab. I 2005 ansøger far om fastsættelse af samvær med barnet. Mor ønskede ikke, at far skulle have samvær, idet far ikke tidligere havde vist interesse for barnet. Det daværende Statsamt afslog fars anmodning om samvær bl.a. med begrundelsen om, at hvis der i mange år – normalt over 5 år – ikke har været kontakt mellem samværsforælderen og barnet, skal det nøje overvejes om etablering af kontakten på nuværende tidspunkt vil gribende forstyrrende ind barnets tilværelse.
Statsamtet havde i sin afgørelse anført, at der ved denne vurdering lægges særligt vægt på barnets alder, sociale forhold og familiemæssige situation, herunder om barnet har etableret kontakt til anden voksen, der kan træde i samværssøgendes sted. Far klagede til den daværende Familiestyrelse, som stadfæstede afgørelsen. Herefter indbragte far Familiestyrelsens afgørelse for retten med påstand om ophævelse af afgørelsen og hjemvisning til fornyet behandling. Far gjorde bl.a. gældende, at afgørelsen var ugyldig på grund af en reelt fraværende sagsoplysning.

I præmisserne fra landsrettens dom, er det bemærket, at det administrative afgørelsesgrundlag indgik alene fars ansøgning om samvær og mors brev herom. I sagens afgørelsesgrundlag var der dog inddraget forskellige kriterier, der fulgte af administrativ praksis, men der indgik ikke oplysninger omkring de nævnte kriterier for den konkrete sag. Landsretten fandt frem til, at der var inddraget både lovlige og alle relevante kriterier i sagen. Det var således imidlertid ikke alle relevante kriterier, der i sagen konkret var blevet oplyst. Dette var årsagen til, at afgørelsen blev tilsidesat og sagen hjemvist til fornyet behandling.

I TFA2000.194/3Ø foretog landsretten en intensiv prøvelse af de lovlige kriterier i sagen, der talte for og imod samvær.

Mor og far gik fra hinanden inden barnet blev født. Mor var efterfølgende blevet gift. Barnet betragtede mors ægtefælle som far. Barnet var heller ikke bekendt med, at der var en anden far.

Far havde syv gange over en femårig periode søgt om samvær med barnet, men det tidligere Statsamt havde afslået at fastsætte samvær. Far klagede over afgørelsen til det daværende Civilretsdirektorat, der ændrede afgørelsen, således at far fik ret til samvær med barnet. Mor anmodede herefter Civilretsdirektoratet to gange om, at sagen blev behandlet på ny for at ændre afgørelsen. Begge gange blev afgørelsen fastholdt. Der blev af Statsamtet fastsat vilkår for samværet. Far havde ret til overvåget samvær 2 timer hver anden weekend i en periode på 3 måneder. Inden denne sag blev anlagt for retten, havde samværet dog ikke fundet sted. Mor indbragte Civilretsdirektorats afgørelse for retten med påstand om, at denne var ugyldig.

[918] Se også TFA.2015.45Ø, hvor landsretten efterprøvede Statsforvaltningens afgørelsesgrundlag i en sag om midlertidigt samvær, og hvor afgørelsesgrundlaget blev fundet tilstrækkeligt, idet der var inddraget de relevante hensyn, bl.a. vedrørende fars mulige psykiske sygdom, der ikke var dokumenteret.

Landsretten fandt ikke, at afgørelsen var ugyldig. Landsretten kom frem til, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte Civilretsdirektoratets skøn som værende i strid med loven eller hensynene bag loven.

I dommens præmisser blev der lagt særligt vægt på, at Civilretsdirektoratet havde foretaget en *konkret vurdering og afvejning af de hensyn*, der i sagen talte for og imod samvær og havde ikke fundet tilstrækkelig grund til at fravige lovens udgangspunkt

Særligt vedrørende de kriterier, der talte imod samvær, bemærkede landsretten følgende:

»De hensyn, der taler imod samvær, er den forstyrrelse, som etablering af et samvær kan forvolde i S's nuværende familieforhold, set i sammenhæng med moderens stadigt fastholdte ønske om at undgå enhver kontakt med faderen og ønsket om ikke at gøre S bekendt med sin virkelige herkomst. *Efter landsrettens opfattelse vil de vanskeligheder, der måtte følge heraf, kunne overvindes, hvis moderen og hendes ægtefælle vil medvirke til samværets gennemførelse på loyal og positiv måde.*« (min fremhævelse)

Selv om landsretten fandt, at der var lovlige kriterier, der i sagen talte imod samvær, kan landsrettens udtalelse formentlig tages til indtægt for en indbyrdes vægtning af kriterierne for og imod samvær. Landsrettens prøvelse af skønnet stoppede således ikke ved fastlæggelsen af de lovlige kriterier, men gik et skridt videre. Det kan derfor anføres, at landsretten hermed er gået meget tæt på selve skønsudøvelsen, og måske endda – om end indirekte – selv foretog en afvejning af kriterierne, og dermed efterprøvede kernen af skønnet.

I U2004.2764H havde Civilretsdirektoratet ophævet samværet og havde ikke fundet grundlag for at iværksætte overvåget samvær:

Far fik ved svensk dom tillagt forældremyndigheden, og mor havde samvær med barnet. Forældremyndigheden blev dog på et tidspunkt ved svensk dom midlertidigt overført til mor, og senere fik mor ved svensk dom overført den fulde forældremyndighed over barnet. Far fik ved dommen tillagt samvær med barnet efter nærmere fastsatte retningslinjer. Det tidligere danske Statsamt fastsatte samværet i 2 x en uge i to måneder. Der var imidlertid store problemer med gennemførslen af samværet ved afhentning og aflevering. Statsamtet iværksatte derfor en børnesagkyndig undersøgelse. Statsamtet besluttede, at når den midlertidig afgørelse om samværet udløb, ville der først blive fastsat eventuelt samvær, efter den børnesagkyndige undersøgelse var afsluttet. Statsamtet afslog med baggrund i den børnesagkyndige undersøgelse, at fars samvær med barnet indtil videre ikke skulle fastsættes. Far påklagede herefter afgørelsen til det daværende Civilretsdirektorat. Civilretsdirektorat stadfæstede statsamtets afgørelse, men tilføjede dog, at afgørelsen var sket med baggrund i lovens § 17, stk. 3 efter hvilken bestemmelse statsamtet kan afslå eller ophæve samvær. Far indbragte afgørelsen for landsretten, og gjorde bl.a. gældende, at Civilretsdirektorat havde undladt at fastsætte overvåget samvær uden, at der i sagen var bevis for, at selve samværet ville skade barnet, og at den børnesagkyndige undersøgelse ikke var tilstrækkelig grundig i forhold til, at dens indbringende betydning, konkluderer, at far ikke vil samarbejde om et overvåget

samvær. Landsretten stadfæstede Civilretsdirektoratets afgørelse. Far indbragte herefter sagen for Højesteret, der tillige stadfæstede afgørelsen.

Højesteret frifandt Civilretsdirektoratet med følgende begrundelse:

»Det fremgår, at Civilretsdirektoratets afgørelse er truffet under hensyn til forløbet af M's samvær med B, det meget konfliktfyldte forhold imellem M og H samt konklusionen i den børnesagkyndige undersøgelse. På denne baggrund finder Højesteret ikke grundlag for at tilsidesætte direktoratets vurdering i henhold til § 17, stk. 3, hvorefter det af hensyn til B var påkrævet at nægte M samvær.«

Det fremgår af Højesterets præmisser, at det problematiske forløb omkring afhentning og aflevering i forbindelse med samværet og det konfliktfyldte forhold mellem forældrene var lovlige og relevante hensyn at inddrage i den konkrete sag. Det fremgår af dommen, at faren ved en aflevering af sønnen til moderen havde virket truende, herunder havde han fastholdt sønnen og ville ikke give slip på ham.

Højesterets konklusion om, at »det af hensyn til B var påkrævet at nægte M samvær« er bemærkelsesværdig. Landsretten havde i sin begrundelse for frifindelsen af Civilretsdirektoratet alene anført, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte skønnet. Højesterets synes derfor ud fra en umiddelbar betragtning at have gået skridt videre ved at anføre, at det var påkrævet at nægte samvær. Dette kan betyde, at Højesteret selv har foretaget en afvejning af barnets bedste i den konkrete sag, dvs. foretaget en efterprøvelse af kernen af skønnet. Spørgsmålet er, om Højesteret kan komme til et sådant resultat uden at have efterprøvet Civilretsdirektoratets afvejning, især når henses til, at overvåget samvær også var blevet nægtet under anbefaling fra den børnesagkyndige.[919]

Formuleringen af præmisserne synes også upræcis i TFA1997.181Ø, hvor landsretten ikke nævnte Civilretsdirektoratets skønsudøvelse.[920]

Mor og far var ved dom blevet separeret, og forældremyndigheden blev tillagt mor. Far søgte herefter om samvær med datter. Forinden separationen havde der været et forløb, hvor far bl.a. angiveligt havde bortført datteren. Det tidligere Statsamtet afslog at tillægge far ret til samvær. Statsamtet havde i sin afgørelse lagt afgørende vægt på en udtalelse fra Udenrigsministeriet, som havde henstillet til, at der ikke blev tillagt far samværsret, da det efter Udenrigsministeriets opfattelse kunne befrygtes, at barnet på ny ville blive bortført. Afgørelsen blev ikke påklaget til det daværende Civilretsdirektorat. Far ansøgte senere på ny Statsamtet om at fastsætte samvær. Statsamtet afslog igen at fastsætte samvær mellem far og datter. Afgørelsen blev formentligt påklaget til Civilretsdirektoratet, der også måtte have givet afslag på samvær, selv om det ikke fremgår direkte i

[919] Se René Dejbjerg Pedersens tilsvarende ræsonnement i U1994.641H, der vedrørte en intern regel omkring kommunens samtykke til fravigelse af krav om helårsbeboelse i lejlighed, hvor Højesteret angiveligt også gik et skridt videre, og foretog en efterprøvelse af forvaltningens afvejning.
[920] Dommen er også behandlet oven for i afsnit 3.3.1.3.

beskrivelsen af sagens fakta i dommen. Herefter indbragte far sagen for landsretten med principal påstand om, at Civilretsdirektorats skulle anerkende, at afgørelsen om afslag på samvær var ulovlig og ugyldig.

Til støtte for sin påstand gjorde far flere forhold gældende, der alle vedrørte, om *der var inddraget lovlige kriterier, hvilke kriterier, der skulle inddrages i den konkrete vurdering* samt om *alle relevante kriterier var inddraget.*

Far gjorde bl.a. gældende, at der var tale om væsentlig mangel, at der i afgørelsesgrundlaget var lagt vægt på, at der var bortførelsesrisiko. Far gjorde også gældende, at det forhold, at mor og datter boede på en beskyttet adresse ikke var en tilstrækkeligt begrundelse, der kunne medføre afslag på samvær, ligesom begrundelsen om, at der ikke havde været kontakt mellem far og datter i nogle år, heller ikke var lovlig. Far gjorde der udover gældende, at det var ude af proportion at nægte at fastsætte samvær, når far havde givet tilsagn om at deponere passet, og at samværet kunne foregå overvåget.

Landsrettens præmisser i dommen er meget summariske, og der foretages ikke en konkret stillingtagen til de enkelte elementer i fars anbringender. Der anføres i stedet følgende som begrundelse for en frifindelse af Civilretsdirektoratet:

»Efter bevisførelsen findes det ikke godtgjort, at Civilretsdirektoratets afslag på sagsøgerens ansøgning om samværsret er truffet i strid med myndighedsloven eller i øvrigt under tilsidesættelse af fundamentale forvaltningsretlige principper. Herefter og idet landsretten i øvrigt kan tiltræde, at *betingelserne* for at nægte sagsøgeren samværsret var til stede, tages sagsøgtes frifindelsespåstand til følge.« *(min fremhævelse)*

Landsretten må dermed have fundet, at der var inddraget lovlige kriterier, og at alle relevante kriterier var inddraget, når det anføres, at betingelserne for at nægte far samværsret var til stede.

Det forekommer bemærkelsesværdigt, at landsretten i sine præmisser henviser til »betingelserne«, og ikke nævner Civilretsdirektoratets skønsudøvelse. Det synes uklart hvilke betingelser, der henvises til; om der er tale om betingelserne for i medfør af forældreansvarsloven at nægte samvær eller de generelle betingelser i forhold til domstolenes efterprøvelse og betingelserne for at kunne tilsidesætte, henholdsvis ikke tilsidesætte Civilretsdirektoratets afgørelse.

Det fremstår derfor uklart, om landsretten dermed gik ind i selve kernen af skønsudøvelsen og ikke kun prøvede, om der var inddraget lovlige og relevante kriterier, men selv foretog en afvejning af de lovlige kriterier, der på den ene side var hensynet til, at barnet kunne bevare kontakten til begge sine forældre og på den anden side især hensynet til risiko for bortførelse.

Utrykt dom afsagt den 22. september 2016 af Retten i Aarhus[921] vedrørte, om der var grundlag for at tilsidesætte Ankestyrelsens afgørelse på grundlag af inddragelsen af ulovlige kriterier i afgørelsesgrundlaget.

Far var ved straffedom blevet frifundet for vold mod sine børn. Ankestyrelsen havde stadfæstet Statsforvaltningens afgørelse om afslag på samvær mellem far og to børn. Der var i afgørelsesgrundlaget især lagt vægt på oplysninger i en børnefaglig undersøgelse med henvisning til den omstændighed, at der var rejst straffesag mod far for vold mod børnene, og hvor det var anført, at det måtte antages, at børnene i en længere periode havde været udsat for fysisk vold, samt oplysninger om et højt konfliktniveau mellem mor og far. Derudover blev der i Ankestyrelsens afgørelse anført, at der tillige var lagt vægt på straffedommen, hvoraf det fremgik, at det ud fra de foreliggende oplysninger fra Rådgivningscenteret, Aarhus Kommune og børnehaveklasselæren var sandsynliggjort, at børnene i et eller andet omfang var blevet slået af far på dennes bopæl.

I byrettens præmisser anføres følgende om afgørelsesgrundlaget:

»Spørgsmålet om hvorvidt [far] har udsat sine børn for vold, indgår dermed som væsentlig del af begrundelsen for Statsforvaltningens afgørelse«

Og

»Den omstændighed, at en straffesag er rejst, findes ikke i sig selv at kunne danne grundlag for, at det – som anført i den børnefaglige undersøgelse – må antages, at de to fællesbørn har været udsat for vold«

Byretten anfører herefter følgende om inddragelsen af fars udøvelse af vold som et kriterium i afgørelsesgrundlaget:

»Den omstændighed, at det indledningsvist i dommens præmisser ved gennemgangen af sagens beviser i forhold til tiltalen for vold mod [børnene] er anført, at underretningerne i sagen sandsynliggør, at [børnene] i et eller andet omfang er blevet slået af [far], kan ikke, når henses til indholdet af de næstfølgende dele af dommens præmisser føre til, at der i spørgsmålet om hvorvidt [far] har udsat sine børn forhold, *er opnået en sådan afklaring, at dette hensyn ikke uden yderligere oplysninger kar kunnet indgå som et selvstændigt hensyn ved afgørelsen om samvær efter forældreansvarslovens § 21, stk. 3*.« *(min fremhævelse)*

Byretten bemærkede dog, at der i Ankestyrelsens afgørelse også var lagt vægt på andre kriterier som oplysningerne i den børnefaglige undersøgelse og oplysninger om det høje konfliktniveau. Byretten efterprøvede dermed Ankestyrelsens valg og inddragelse af lovlige kriterier.

[921] Sagsnr. BS 7-255/2016.

Det må forudsætningsvis konkluderes ud af byrettens præmisser, at spørgsmålet, om hvorvidt far udsatte sine børn for vold, var et relevant lovligt kriterium (sagligt hensyn). Dog kunne dette hensyn ikke indgå i sagen på foreliggende grundlag, idet der ikke var foretaget skridt til at belyse dette nærmere. Ankestyrelsens afgørelse blev derfor tilsidesat og hjemvist, og på denne baggrund var Ankestyrelsens skønsudøvelse foretaget på ulovligt grundlag.[922] Skønnets kerne blev ikke efterprøvet i sagen. Baggrunden herfor kan meget vel være det faktum, at byretten i realiteten ikke ville have mulighed for en sådan intensiv prøvelse, idet sagen ikke var tilstrækkeligt oplyst. Derfor ville byretten ikke på et sikkert grundlag tilsidesætte Ankestyrelsens afgørelse.

4.2.1.1. Inddragelse af EMRK som beskyttelseskriterium

Den juridiske litteratur behandler inddragelse af menneskeretlige forpligtelser under beskyttelseshensyn, det vil sige i forhold til valg af og inddragelse af pligtmæssige kriterier i skønsudøvelsen.[923]

I forhold til domstolsprøvelsen af samværssager kan det være lidt kunstigt at behandle EMRK under valg af og inddragelse af pligtmæssige kriterier. Statsforvaltningen og/eller Ankestyrelsen ses ikke, så vidt vides, at have inddraget EMRK ex officio som til hensyn i afgørelsesgrundlaget. Domstolene ses derudover ikke at efterprøve EMRK af egen drift. Prøvelsen af EMRK, der ikke er intensiv, er alene sket på baggrund af parternes anbringender herom.

Parterne har i fire afgørelser gjort gældende, at EMRK artikel 8 var krænket, hvoraf domstolene i tre afgørelser mere eller mindre summarisk har taget stilling til anbringenderne herom. Der er ikke tale om en intensiv prøvelse.

TFA2015.465V vedrører, som omtalt, Statsforvaltningens ophævelse af samvær. Far gjorde gældende, at sagen omhandlende, hvorvidt der var tale om et usagligt uproportionalt indgreb i familielivet mellem ham og datteren i henhold til EMRK artikel 8. Far gjorde i den forbindelse også gældende, at han skulle tilkendes en godtgørelse i medfør af princippet i erstatningsansvarslovens § 26, jf. EMRK artikel 13 og 41.

Landsrettens præmisser for en frifindelse af Statsforvaltningen var:

»Afgørelsen er som anført af byretten alene begrundet i konflikten mellem forældrene, og der er ikke omtale af omstændigheder vedrørende et muligt seksuelt misbrug som i den sag, som Den

[922] Dette må skulle ses i sammenhæng med, at landsretten efter sagens oplysninger til lagde til grund, at den børnefaglige undersøgelse var afsluttet før straffedom, samt det forhold, at der i samværsvejledningen, der indgik i proceduren til støtte for fars anbringender, er anført, at ved fastsættelsen af samvær i sager, hvor der bl.a. er påstand af vold, kan der være grundlag for yderligere undersøgelser.

[923] Se fx Sten Bønsing, 2013, side 424, Trine Schultz, 2004, side 255 ff og Bent Christensen, *Forvaltningsret, Opgaver Hjemmel Organisation*, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 1997, side 151 f.

Europæiske Menneskerettighedsdomstol afgjorde ved dom af 4. oktober 2007 (– – – mod Norge)[…] Der er herefter heller ikke grundlag for at tilsidesætte Statsforvaltningens afgørelse efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8.«

I U2007.673Ø, hvor landsretten tilsidesatte Civildirektoratets afgørelse på grund af manglende sagsoplysning, gjorde far gældende, at den anfægtede afgørelse var ugyldig, da den indebar en krænkelse af barnets ret til familieliv efter EMRK artikel 8. Landsretten nævner ikke ERMK i sine præmisser, men henviser til sagens indgribende karakter. Dette kan vel at mærke være en henvisning til EMRK artikel 8.

U2004.2764H vedrørte Civilretsdirektoratets afslag på fastsættelse af samvær. Far påberåbte sig EMRK artikel 8.

I Højesterets præmisser for en frifindelse af Civilretsdirektorat var anført følgende blev en dom fra Menneskeretsdomstolen direkte nævnt, dog uden at der blev gået i dybden hermed:

»Det fremgår, at Civilretsdirektoratets afgørelse er truffet under hensyn til forløbet af M's samvær med B, det meget konfliktfyldte forhold imellem M og H samt konklusionen i den børnesagkyndige undersøgelse. På denne baggrund finder Højesteret ikke grundlag for at tilsidesætte direktoratets vurdering i henhold til § 17, stk. 3, hvorefter det af hensyn til B var påkrævet at nægte M samvær. Dette gælder også set i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8, jf. bl.a. Domstolens dom af 8. juli 2003 i sagen Sahin mod Tyskland«

I TFA1997.181Ø, hvor der også var tale om samværsafslag, gjorde far gældende, at det måtte antages, at samværsretten mellem forældre og børn er et grundlæggende element i familielivet, og at samværsretten således er omfattet af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Forvaltningen er som følge heraf forpligtet til at iagttage de menneskeretlige krav om bl.a. proportionalitet ved forvaltning af myndighedsloven, hvilket ikke var sket i nærværende sag. Landsretten ses i sine præmisser ikke havde efterprøvet dette anbringende om EMRK.

4.2.2. De faktiske omstændigheder

Det er også et kerneområde for domstolene at efterprøve sagens faktiske omstændigheder i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt., herunder at undersøge hvorvidt sagen er tilstrækkelig oplyst, og om sagens fakta er lagt til grund korrekt.[924]

Domstolenes grundlag for en stillingtagen til sagens faktum foregår gennem parternes bevisførelse.[925] Domstolenes bevisbedømmelse, der som udgangspunkt er

[924] Karsten Revsbech, 2016, side 416 og Trine Schultz, 2004, side 119.
[925] Karsten Revsbech, 2016, side 416.

fri, sker efter retsplejelovens regler herom og efter almindelige civilprocessuelle grundprincipper.[926]

I U2007.673Ø foretog landsretten en intensiv prøvelse af sagens faktiske omstændigheder. Landsretten fandt afgørelsesgrundlaget ugyldigt og hjemviste sagen til fornyet behandling, idet hverken Statsamtet eller Civilretsdirektoratet havde oplyst alle de relevante kriterier, der var lagt til grund i afgørelse, og ej heller havde foretaget skridt til at sikre den fornødne sagsoplysning af sagens faktiske omstændigheder. Kernen af skønnet blev ikke efterprøvet, hvilket formentlig kan ses i relation til, at sagen ikke var tilstrækkeligt oplyst. Der forelå således ikke noget sikkert grundlag for, at landsretten kunne tilsidesætte afgørelsen.

TFA2015.45Ø vedrørte om Statsforvaltningens afgørelse om midlertidigt samvær skulle tilsidesættes på grund af bl.a. mangelfuldt afgørelsesgrundlag.[927]

Der var i sagen aftalt en 7/7 ordning, som mor ønskede indskrænket, da barnet efter hendes opfattelse var påvirket af samværet bl.a. på grund af fars psykiske sygdom. Statsforvaltningen traf en midlertidig afgørelse om samværet, der blev begrænset til hver anden weekend fra fredag til søndag. Statsforvaltningen havde i afgørelsen lagt på, at det var vigtigt, at barnet bevarede sin relation til sin far under samværssagens behandling. Statsforvaltningen havde også lagt vægt, på, at fars handlemønster virkede påfaldende. Statsforvaltningen havde derudover, som begrundelse for begrænsningen i samværet, lagt vægt på, at barnet var påvirket af den anspændte situation mellem mor og far, som forklaret af mor, men dog således ikke helt var sandsynliggjort endnu. Selv om det ikke var dokumenteret, at far var psykisk syg, fandt Statsforvaltningen efter en samlet skønsmæssig vurdering, at samværet skulle indskrænkes indtil det yderligere var belyst hvad på længere sigt var bedst barnet. Statsforvaltningen havde herunder lagt vægt på, at Psykiatrisk Center havde foretaget en underretning til kommunen. Statsforvaltningen havde endvidere i afgørelsen anført: »Da der er så modstridende oplysninger fra [moderen] og F, finder Statsforvaltningen det nødvendigt, at sagen belyses yderligere, før der kan tages stilling til det endelige samvær. Vi finder dog, at tvivlen skal komme S til gode således, at han sikres mest mulig ro på nuværende tidspunkt.«

Far gjorde under sagens behandling for landsretten gældende, at den midlertidige afgørelse var truffet på et mangelfuldt afgørelsesgrundlag, idet Statsforvaltningen udelukkende havde inddraget oplysninger fra mor, og ikke havde taget hensyn til fars oplysninger, ligesom der ikke var inddraget eller tillagt vægt, at barnets skole og kommunen havde udtalte, at barnet trives godt.

Statsforvaltningen havde under sagens behandling for retten fremlagt underretning fra Psykiatrisk Center til kommunen og nogle e-mails, sendt til mor og barnets skole samt fremkommet med oplysninger om, at far havde et konfliktfyldt forhold

[926] Se nærmere herom i Bernhard Gomard og Michael Kistrup, 2013, side 644 ff.

[927] Se også TFA2002.252V, U2004.2765H, og utrykt dom afsagt den 4. september af Retten i Aarhus, sag nr. BS 10-2290/2014, hvor det blev fundet bevist, at der havde været et tilstrækkeligt oplysningsgrundlag til at træffe afgørelserne.

til omverdenen, der bl.a. kunne illustreres ved mange klager og henvendelser til mange forskellige offentlige myndigheder, pressen og til skolelederen på barnets skole. Statsforvaltningen gjorde i denne forbindelse gældende, at det ikke blot var det forhold, at der var konstateret klager, men klagernes karakter, der var afgørende for, at fars adfærd blev anført som påfaldende.

Landsretten fandt ikke Statsforvaltningens afgørelse ulovlig med følgende begrundelse:

»Landsretten finder det ikke godtgjort, at Statsforvaltningens afgørelsesgrundlag ikke var tilstrækkeligt til at træffe afgørelse den 7. november 2013 om midlertidigt samvær eller at Statsforvaltningen ikke har inddraget relevante oplysninger og hensyn.«

Det fremgår modsætningsvis af landsrettens præmisser, at Statsforvaltningen i sagen havde inddraget relevante oplysninger. Det må bl.a. skulle ses i sammenhæng med, at landsretten bemærkede, at der under sagens behandling i Statsforvaltningen havde medvirket en børnesagkyndig rådgiver.

Landsretten foretog således en efterprøvelse af, om sagens faktiske omstændigheder, der var lagt til grund i Statsforvaltningens afgørelse, var korrekte. De af Statsforvaltningens fremlagte oplysninger løftede bevisbyrden for, at Statsforvaltningen havde udøvet et lovligt skøn.

Landsretten synes imidlertid at have foretaget en lidt mere tilbageholdende prøvelse af, om sagens faktiske omstændigheder i relation til påvirkningen af fars adfærd på barnet, var korrekte, når henses til, at der i Statsforvaltningens afgørelse er anført, at der forelå modstridende oplysninger fra forældrene. Dette må skulle ses i forhold, at der var tale om en midlertidig afgørelse, hvorefter sagen skulle belyses yderligere for, at der kunne tages stilling det endelige samvær. Derudover kan det også have haft betydning, at det ikke var en afgørelse af så indgribende karakter som afgørelse om afslag eller ophævelse af samvær vil have.

I utrykt dom afsagt den 22. september 2016 af Retten i Aarhus[928], der vedrørte ophævelse af samvær, blev der derimod foretaget en mere intensiv prøvelse af rigtigheden af de faktiske oplysninger, som Ankestyrelsen havde lagt vægt på i sin afgørelse.

Ankestyrelsen havde lagt vægt på, at der var sandsynlighed for, far havde udøvet vold mod sine børn, selv om han ved straffedom var blevet frifundet. Det forhold, at byretten i sine præmisser fandt, at denne sandsynlighed uden yderligere oplysninger ikke har kunnet indgå som et selvstændigt hensyn ved afslag på samvær, betyder dermed også, at byretten ikke fandt denne del af sagens faktum korrekt lagt til grund i sagens afgørelsesgrundlag.

I TFA2015.465V forelå der også en strafferetlig mistanke, men vedrørende seksuelt misbrug.

[928] Sagsnr. BS 7-255/2016.

Mor havde søgt om ophævelse af fars samvær med datter, herunder suspension af samvær på grund af et højt konfliktniveau. Statsforvaltningen afslog at suspendere samværet, men iværksatte imidlertid en børnesagkyndig undersøgelse på grund af oplysningerne om konfliktniveauet. Formålet hermed var bl.a. at få nærmere belyst, hvordan forældrekonflikten påvirkede datteren. Sideløbende med samværssagen, søgte far om fuld forældremyndighed over datteren. Forældremyndighedssagen blev indbragt for retten på grund uenighed herom med mor. Statsforvaltningen og retten gik herefter sammen om at iværksætte en børnesagkyndig undersøgelse, der både skulle omhandle forældremyndigheds- og samværsspørgsmålet. Den børnesagkyndige undersøgelse blev afsluttet. I undersøgelsen var der af den børnesagkyndige psykolog blevet rejst mistanke om, at far havde udsat datteren for seksuelle overgreb. Psykologen underrettede kommunen og der blev indgivet en politianmeldelse. På baggrund af denne mistanke, traf Statsforvaltningen afgørelse om at suspendere samværet, hvilket senere blev stadfæstet af Ankestyrelsen. Den endelige afgørelse af samvær afventede udfaldet af politisagen og kommunens udvidede undersøgelse på grundlag af underretningen. Politisagen blev henlagt på grund af manglende beviser. Statsforvaltningen traf endelig afgørelse om at ophæve samværet. I afgørelsen var det anført, at det ud fra sagens oplysninger fra kommunens udvidede børnefaglige undersøgelse, notat fra børnehus, udtalelser fra børnehave og den børnesagkyndige undersøgelse var godtgjort, at der var en sammenhæng mellem datterens trivselsproblemer og de konflikter, der i lang havde præget relation mellem mor og far.

Far havde under sagens behandling for retten bl.a. gjort gældende, at Statsforvaltningen havde lagt vægt på den udtrykte mistanke om seksuelle overgreb i kommunens undersøgelse, at der ikke forelå nye oplysninger om konfliktniveauet, og at det derfor kunne afvises, at forældrenes konfliktniveau ikke kunne begrunde ophævelse af samvær.

Landretten efterprøvede sagens faktiske omstændigheder og fandt det efter bevisførelsen ikke godtgjort, at der i Statsforvaltningens afgørelse var lagt vægt på omstændigheder omkring et muligt seksuelt misbrug, men alene lagt vægt på konflikten mellem forældrene. Statsforvaltningens fastlæggelse af sagens faktiske omstændigheder var således korrekt. Landsretten fandt det derudover bevist, at Statsforvaltningens afgørelse var truffet på baggrund af saglige og tilstrækkelige oplysninger og henviste bl.a. til sagens fremlagte dokumenter, der var anført i Statsforvaltningens afgørelse.

Dommen kan sammenlignes med utrykt dom afsagt den 22. september 2016 af Retten i Aarhus[929], hvor byretten, som omtalt ikke fandt, at de faktiske omstændigheder, som Ankestyrelsen havde lagt til grund, var korrekte. Ankestyrelsen havde i denne udtrykte dom anført, at der var en sandsynlighed for udøvelse af vold, selv om far blevet frifundet, mens Statsforvaltningen i TFA2015.465V ikke havde anført forhold omkring mistanke om seksuelt misbrug i sin afgørelse, men alene havde henvist til den børnesagkyndige undersøgelse, hvori mistanken stod.

[929] Sagsnr. BS 7-255/2016.

I TFA1997.181Ø fik Civilretsdirektorats medhold i påstande, om at der forelå en risiko for farens bortførelse af datteren.[930] Landsretten udtalte følgende i sine præmisser:

»Efter *bevisførelsen* findes det ikke godtgjort, at Civilretsdirektoratets afslag på sagsøgerens ansøgning om samværsret er truffet i strid med myndighedsloven eller i øvrigt under tilsidesættelse af fundamentale forvaltningsretlige principper[…]« *(min fremhævelse)*

Det fremgår forudsætningsvis af landsrettens præmisser, at mors forklaring om risikoen for bortførelsen er støttet af samtlige omstændigheder i henhold til Civilretsdirektoratets anbringende herom. Landsretten fandt dermed, at risikoen for bortførselsen var korrekt lagt til grund af Civildirektoratet.

4.2.3. Prøvelsen af elastiske og vage lovbestemmelser

Forældreansvarslovens § 39, stk. 1., 1. pkt., der er omtalt oven for i afsnit ,2 må karakteriseres som en elastisk og vag lovbestemmelse.

Bestemmelsen angiver nogle kriterier for, hvad Statsforvaltningen skal lægge vægt på, når det skal vurderes, om en ændringsanmodning skal afvises. Udtrykkene i »forholdende« og »væsentligt« i bestemmelsen må betegnes som vage og elastiske. Der fremgår således ikke af bestemmelsens ordlyd hvilke forhold, som skal have ændret sig væsentligt. Selv om bestemmelsen angiver retsfaktum med en grad (væsentlig) for den målestok som Statsforvaltningen skal gå ud fra, er det alligevel usikkert, hvor på målestokken væsentligheden konkret befinder sig.[931]

I utrykt dom afsagt af byretten i Aarhus den 4. september 2015[932] foretog retten en efterprøvelse af forældreansvarslovens § 39, stk. 1., 1. pkt.

Far havde i perioden fra 2007-2014 flere gange søgt om samvær med sin søn, efter at samværet i 2007 var blevet suspenderet. Den daværende Familiestyrelse havde i 2011 stadfæstet Statsforvaltningens afgørelse om ikke at fastsætte samvær henset til sønnens udtalelser og det høje konfliktniveau i sagen. Ankestyrelsen havde i 2014 dog bedt Statsforvaltningen om at behandle en ny ansøgning fra far om fastsættelse af samvær, da sønnens perspektiv ikke var belyst godt nok.

En børnesagkyndig psykolog foretog herefter en samtale om sønnen, som bl.a. gav udtryk for ikke at ville se sin far igen. Den børnesagkyndige vurderede, at sønnen var ærlig og oprigtig i sine tilkendegivelser. Statsforvaltningen afslog derfor at fastsætte samvær. Far påklagede Statsforvaltningens afgørelse til Ankestyrelsen. Ankestyrelsen stadfæstede afgørelsen med begrundelsen, at der ikke var grundlag for at indhente yderligere oplysninger i sagen. Far indbragte herefter Ankestyrelsen afgørelse for byretten og gjorde bl.a. gældende, at en børnesamtale ikke kan stå alene, når forholdende har ændret sig væsentligt.

[930] Se også TFA.2002.252V, hvor mor gjorde gældende, at der var risiko for, at far ville bortføre barnet, men hvor landsretten i sine summariske præmisser bl.a. anførte, at der ikke forelå omstændigheder i øvrigt, der kunne begrunde, at Civilretsdirektoratets afgørelse blev tilsidesat.

[931] Trine Schultz, 2004, side 46.

[932] Sag nr. BS 10-2290/2014.

Byrettens efterprøvelse bestod af en generel fortolkning af bestemmelsen set i forhold til ordlyden og forarbejderne. Byretten henviste i præmisserne til forarbejderne til forældreansvarslovens § 39 og samværsvejledningen. Herefter blev der henvist til, at det fremgår af Ankestyrelsens afgørelse, at der havde været afholdt en børnesamtale og foretaget en vurdering af sønnen, ligesom at indholdet af børnesamtalen, den børnesagkyndiges vurdering og oplysninger om forældrene havde indgået i Ankestyrelsens afgørelse om ikke at ændre Statsforvaltningens afgørelse.

Byretten frifandt på denne baggrund Ankestyrelsen, idet sagen havde været tilstrækkelig oplyst. Byretten foretog dermed ikke en konkret subsumption af sagens fakta med henførelse under indholdet af forældreansvarslovens § 39, stk. 1, dvs. at byretten ikke foretog en efterprøvelse af, om forholdende havde ændret sig væsentligt, men alene, at Ankestyrelsen havde haft den fornødne sagsoplysning til at træffe afgørelse om, at forholdende ikke havde ændret sig væsentligt.

4.2.4. Åbenbar urimelig

Domstolen kan i ekstraordinære situationer tilsidesætte en forvaltningsafgørelse på baggrund af, at den er åbenbar urimelig. Der kan fremdages situationer, hvor der kan argumenteres for, at det er et naturligt led i domstolskontrollen, at der er mulighed for tilsidesættelse af en afgørelse, uanset, at den ikke er i strid med de fundamentale forvaltningsretlige grundsætninger og principper som disse hidtil er udformet.

Det kan anføres, at åbenbar urimelighed derfor er en slags opsamlingskategori (sikkerhedsventil), hvor andet grundlag ikke slår til, men hvor domstolene – undtagelsesvist - finder et behov for at kunne tilsidesætte en afgørelse, fordi afvejningen eller afvejningsresultatet er uacceptabelt.[933]

En rimelighedsprøvelse kan finde anvendelse på i hvert fald to forskellige måder, der imidlertid begge – mere eller mindre direkte – indebærer en prøvelse af forvaltningens afvejning.

Domstolen kan for det første direkte efterprøve, om selve afvejningen er de lovlige hensyn er sket på en rimelig måde.[934]

I TFA2000.194/3Ø/3Ø synes landsretten at have foretaget en efterprøvelse af rimeligheden af samværsafgørelsen ved en intensiv prøvelse af de kriterier i sagen, der talte for og imod samvær, dvs. selve afvejningen af kriterierne. I sagen havde mor (sagsøger) ikke gjort gældende, at der var tale om en åbenbar urimelig afgørelse, men landsrettens præmisser kan forudsætningsvis tyde på en form for rimelighedsprøvelse. Især landsrettens bemærkning om »Efter landsrettens opfattelse vil de vanskeligheder, der måtte følge heraf, kunne overvindes, hvis moderen og hen-

[933] Jens Garde og Michael Hansen Jensen, *Åbenbar urimelighed som prøvelsesgrundlag i forvaltningsretten*, i Juristen, nr. 3, 2009, side 67. Se også Karsten Revsbech, 2016, side 415.
[934] René Dejbjerg Pedersen, 2006, side 188 f.

des ægtefælle vil medvirke til samværets gennemførelse på loyal og positiv måde«, synes at kunne være et argument i denne retning.

Domstolen kan for det andet foretage en indirekte prøvelse af afvejningen ved at bedømme, om afgørelsen, dvs. resultatet, er rimeligt i den konkrete sag. Her er det ikke selve afvejningen, der underlægges en rimelighedsprøvelse, men afgørelsen som sådan, bedømt i forhold til sagens konkrete omstændigheder.[935]

I TFA2015.45Ø kan formentlig læses således, at landsretten efterprøvede samværsafgørelsens generelle rimelighed. Landsretten anfører i sine præmisser i dommen, at var ikke godtgjort, at Statsforvaltningens afgørelse var åbenbart urimelig. Far havde dog gjort gældende, at det ville være åbenbart urimelig at opretholde den midlertidige afgørelse om at indskrænke samværet, idet der forelå uenighed om, hvorvidt far var psykisk syg på afgørelsestidspunktet.

Det kan ud fra en umiddelbar betragtning svært konkret klarlægge hvad, der har ført til landsretten til, at Statsforvaltningens afgørelse ikke var åbenbar urimelig. Det må antages, at dommen skal ses i relation til, at der er tale om en midlertidig afgørelse, og hvor den endelige afgørelse afventer resultatet af en børnesagkyndig undersøgelse. Statsforvaltningen havde i denne forbindelse gjort gældende, at skønnet ikke var åbenbart urimeligt, idet »De midlertidige afgørelser kan træffes på baggrund af færre oplysninger end de permanente, men de træffes på samme måde som de permanente ud fra kriteriet om, hvad der er den bedst tænkelige løsning for det enkelte barn.«

4.3. Forskellige faktorer af betydning for prøvelsesintensiteten

4.3.1. Betydningen af parternes tilrettelæggelse af sagen

Idet domstolsprøvelsen er styret af de civilprocessuelle rammer, herunder navnlig forhandlingsmaksimen, betyder det, at parternes tilrettelæggelse af sagen alt andet lige kan få betydning for prøvelsesintensiteten. Domstolene kan således alene tage stilling til parternes påstande og anbringender. Dette er følgelig en vigtig faktor i forhold til prøvelsesintensiteten af samværssager.

Det kan derfor være en mulighed, at parternes tilrettelæggelse af sagen konkret har haft betydning for domstolsprøvelsen af de 10 samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt., enten som en prøvelseshæmmende faktor eller prøvelsesfremmende faktor. Ved prøvelsesfremmende og prøvelseshæmmende faktorer forstås forhold, der henholdsvis mindsker eller øger domstolenes tilbøjelighed til at fortage en intensiv prøvelse af forvaltningsafgørelser.[936]

Hvis parten med sin bevisførelse har sørget for, at retten er tilstrækkeligt oplyst, kan det i sidste ende måske betyde, at domstolene vil kunne træffe en selvstændig afgørelse forstået på måde, at retten eventuelt foretager en ændring af afgørelsen, hvis der er grundlag herfor.[937] Den forælder, der fx ønsker at få erklæret en afgørel-

[935] René Dejbjerg Pedersen, 2006, side 189.
[936] Karsten Revsbech, 2016, side 424 og 427.
[937] Karsten Revsbech, 2016, side 429.

se om afslag på samvær ugyldig, kan således tilrettelægge sagen på en sådan måde, at domstolene (mere) indgåede kan prøve samværsafgørelsen.

Interessant i forhold til parternes tilrettelæggelse af sagen som prøvelsesfremmende faktor er de samværssager, hvor det er blevet gjort gældende, at domstolene i henhold Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. skulle foretage en fuldstændig prøvelse, henholdsvis ikke foretage en fuldstændig prøvelse.

At der skulle foretages en fuldstændig prøvelse blev af parterne (sagsøgerne) gjort gældende i U2006.1623Ø og TFA2000.252V.

»Sagsøgeren har endelig gjort gældende, at landsretten *i det hele skal foretage en fuldstændig prøvelse* af Familiestyrelsens afgørelse. Rettens prøvelse bør således også omfatte *det af styrelsen udøvede skøn*.« (mine fremhævelser)

I TFA2000.252V var anbringenderne følgende:

»Landsretten kan udtømmende prøve Civilretsdirektoratets afgørelse, jf. Grundlovens § 63. Der er tale om en traditionel forvaltningsakt, og nyere retspraksis viser, at domstolene udtømmende prøver disse afgørelser.[…] Landsrettens materielle prøvelse af sagen er så konkret og udtømmende, at landsretten i sin bedømmelse af sagen bør tilsidesætte sagsøgtes skønsmæssige afgørelse, uden at sagen hjemvises til fornyet administrativ behandling.«[938]

Landsretterne foretog imidlertid ikke en fuldstændig prøvelse af skønnet i afgørelserne, hvorfor parternes tilrettelæggelse af sagen ikke kan anføres at have haft betydning som en prøvelsesfremmende faktor.

Omvendt foretog Højesteret således i U2004.2764 en meget intensiv prøvelse af samværsafgørelsen, selv om sagsøgte (Civilretsdirektoratet) havde gjort gældende, at »Skønnet er udøvet af en myndighed, der har en betydelig erfaring i disse sager, hvorfor landsretten skal være tilbageholdende med at prøve sagsøgtes skøn«.[939]

I disse sager har parternes tilrettelæggelse således tilsyneladende ikke at ikke haft betydning for domstolsprøvelsens intensitet i samværssagen.

4.3.2. Samværsafgørelsens karakter

Det er interessant, om samværsafgørelses karakter har haft betydning for domstolenes prøvelsesintensitet. Domstolene har både efterprøvet samværsafgørelser, hvor der har været uenighed om selv omfanget af samværet og hvor mor eller far har fået afslag på eller fået ophævet samværet.

Spørgsmålet er om samværssagens indgribende karakter kan udledes at være prøvelsesfremmende.

[938] Se omvendt Civilretsdirektoratets (sagsøgtes) anbringende: »Afgørelsen er i overensstemmelse med loven og er truffet ud fra en afvejning af alle sagens faktiske forhold. Herefter foretager domstolene i samværssager ikke en videregående prøvelse af skønnet, og nyere praksis kan ikke tages til indtægt herfor.«

[939] Sagsøgers anbringende var gentaget for Højesteret.

Generelt set må man formode, at domstolsprøvelsen af samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt. skærper intensiteten af prøvelsen på grund af sagens indgribende karakter. Dette må antages på baggrund af, at domstolene i forældremyndighedssager har en ordinær kompetence til at træffe afgørelse i tilfælde, der er således er beslægtet med det, der er genstand for efterprøvelse (samværssager). Det må derfor være en prøvelsesfremmende faktor.[940] Det er dog svært at svare på om domstolsprøvelsen af samværssager i forhold til andre forvaltningsområder er mere intensiv, men det kan konstateres, at prøvelsesintensiteten umiddelbart ikke synes at afhænge af, om der fx er tale sager, hvor samvær er nægtet eller ophævet eller hvor der er tvist om omfanget af samværet.

I TFA1997.181Ø og U2000.252V, der begge vedrørte afslag på samvær, er der tale om nogle summariske præmisser, der ikke bærer præg af en intensiv prøvelse, mens landsretten i fx TFA2000.194/3Ø/3Ø foretog en intensiv prøvelse af de lovlige kriterier, der i sagen talte for og imod et samvær. Her var der således ikke tale om afslag på samvær, men hvor far havde fået tildelt samvær.

At afgørelsens indgribende karakter har haft betydning for prøvelsen, kan dog formentligt udledes af U2007.673Ø og utrykt dom afsagt den 23.9.2016 af retten i Aarhus[941], der begge henviser til sagens indgribende karakter.

4.4. Hvilken afgørelse træffer retten?

Den afgørelse, som domstolene i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt., træffer afhængig af, hvorvidt samværsafgørelsen er lovlig eller ulovlig,

Hvis retten finder, at samværsafgørelsen er lovlig, stadfæstes den. Er der tale om et anerkendelsessøgmål, vil stadfæstelsen gå ud på (efter påstand herom), at Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen frifindes.

Hvis retten derimod finder, at samværsafgørelsen er ulovlig, underkendes den. Underkendelsen sker ved, at samværsafgørelsen erklæres ugyldig. Dette betyder, at afgørelsen er uden retsvirkning, dvs. at afgørelsen ikke kan danne grundlag for fuldbyrdelse og ikke har retskraft.[942]

Ugyldigheden kan dog også være kombineret med andre retsvirkninger så som rettelse/ændring eller hjemvisning af afgørelsen.

Generelt set ændrer domstolene vist nok sjældent en afgørelse, men det kan forekomme.[943] Betingelserne for, at en rettelse af afgørelse kan ske er som hovedre-

[940] Jf. Karsten Revsbech, 2016, side 427 med henvisning til Jørgen Mathisen i Garde m.fl., Forvaltningsret – almindelige emner, 4. udg., 2004, side 439.

[941] Sagsnr. BS 7-255/2016.

[942] Betingelserne for, at en afgørelse kan erklæres ugyldig er 1) Der skal foreligge en ulovlighed (retsstridighed), 2) Ulovligheden skal være væsentlig og 3) Der må ikke vægtige hensyn, der taler imod ugyldigheden (også kaldet teritære hensyn). Se herom bl.a. Sten Bønsing, 2013, side 430 ff., Karsten Revsbech, 2016, side 444 ff. og Steen Rønsholdt, Forvaltningsret, 4. udg., Karnov Group, 2014, side 523 ff.

[943] Se i det hele Sten Bøsning, 2013, side 428 f..

gel, at parternes påstande og anbringender tillader dette. Derudover er deten betingelse, at der er tilstrækkeligt grundlag herfor.[944] Sten Bønsing har formuleret det på den måde, at en ændring »kun vil ske, hvis domstolene føler sig på meget sikker grund.«[945]

Dette er sket i hvert fald i tre afgørelser inden for det familieretlige område. Den første afgørelse, U2014.2939V, vedrører overvåget samvær efter servicelovens § 71, stk. 3, 1. pkt. i forbindelse med tvangsfjernelse. Sagen var indbagt for domstolene i medfør af servicelovens § 169. Her havde både byretten og landsretten prøvet længden af den periode, i hvilken, der skulle være overvåget samvær.

Ankestyrelsen havde påstået stadfæstelse af deres afgørelse med et anbringende om, at byretten ikke havde haft hjemmel til at tage stilling til længden af perioden, i hvilken samværet skulle være overvåget. Ankestyrelsen henviste til, at domstolene alene kunne stadfæste eller ophæve Ankestyrelsens afgørelse, jf. retsplejelovens § 472, stk. 1, men ikke ændre den.

Landsretten udtalte bl.a. i denne forbindelse, at forarbejderne til lov om social service § 169 – eller de tidligere gældende bestemmelser om adgangen til at få spørgsmålet forelagt retten – ikke indeholder en nærmere omtale af den prøvelse, som retten skal foretage, og retten kan som det mindre i det mere – som alternativ til en ophævelse af Ankestyrelsens afgørelse – ændre periodens længde. Landsretten fandt på denne baggrund, at betingelserne i serviceloven for at træffe bestemmelse om overvåget samvær var opfyldt, og tiltrådte ændringen af perioden for det overvågede samvær til 6 måneder.

I den anden afgørelse, U1999.614H, underkendte Højesteret adoptionsmyndighedernes skøn i en sag, der vedrørte stedbarnsadoption. Myndighederne havde givet ansøgeren afslag på at adoptere tre ud af fire stedbørn. Højesteret havde fundet, at hensynet til at give alle søskende den samme familieretlige status var af en sådan betydning, at den skønsmæssige bestemmelse om barnets bedste i adoptionsloven § 2 måtte anses for at være opfyldt.

Den tredje afgørelse er U1989.928H, hvor Højesteret inddragede kriterier fra Menneskeretsdomstolens konventionspraksis som grundlag for en udvidet prøvelse af skønnet, hvor der blev foretaget en domstolsprøvelse af ændringen af anbringelsesstedet for et tvangsfjernet barn, selv spørgsmålet om ændringen af anbringelsessted ikke fremgik direkte af ordlyden i den relevante hjemmelsbestemmelse i dagældende bistandslov.[946] Retten kan også træffe afgørelse om at sagen skal hjemvises til fornyet behandling ved Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen. Generelt set kan retten i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. direkte eller indirekte pålægge retningslinjer om grundlaget for at træffe den nye afgørelse. For at retten kan hjemvise, er det her også en betingelse, at der er

[944] Bent Christensen, 1994, side 146.
[945] Sten Bønsing, 2013, side 429.
[946] Dommen er også nævnt i foran i kapitel 3, afsnit 5.2 og afsnit 6.1.3.

nedlagt påstand herom.[947] Hjemvisning kan være relevant, hvis retten har konstateret fejl, dvs. ulovligheder, men at det ikke er oplagt, hvad resultatet skal være, fx kan sagen være mangelfuldt oplyst, eller der være begået sagsbehandlingsfejl hos Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen med den retsvirkning, at skønsudøvelsen må antages at blive fejlagtig.

I de to samværssager, hvor domstolene har erklæret afgørelserne for ugyldige, blev sagerne hjemvist til fornyet behandling, hvilket antageligt kan ses i relation til, at domstolene ikke på sikkert grundlag kunne træffe en selvstændig afgørelse. I U2007.673Ø og udtrykt dom af 22.9.2016 afsagt af retten i Aarhus var årsagen til hjemvisningen manglende sagsoplysning.

Hvis en sagsbehandlingsfejl er begået af Statsforvaltningen, men Ankestyrelsen her rettet op herpå, kan dette heller ikke medføre ugyldighed af samværsafgørelsen, jf. U2004.2764H, hvor det daværende Civilretsdirektoratet, modsat Statsamtet, havde taget stilling til om betingelserne for at nægte far samværsret var opfyldt. [948]

5. Sammenfatning

Rammen for domstolsprøvelsen af samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1 pkt. kan konkluderes at bestå af to dele.

Den første del er en prøvelse af retsanvendelsen, der omhandler fortolkningen af det formelle grundlag for samværsafgørelsen, herunder forældreansvarsloven..

Derudover efterprøver domstolen, om sagsbehandlingsregler som forvaltningslovens regler om fx partshøring, forældreansvarslovens regler om børnesagkyndig undersøgelse og erklæringer samt inddragelse af barnets perspektiv, er overholdt.

Den anden del vedrører prøvelsen af skønsmæssige beslutninger, hvorunder domstolene efterprøver valg og inddragelse af lovlige, herunder pligtmæssige kriterier. Derudover efterprøver domstolene om samværssagen er tilstrækkeligt oplyst, herunder om de faktiske omstændigheder, som Statsforvaltningen og Ankestyrelsen har lagt til grund, er korrekte.

De ovenstående aspekter efterprøver domstolene fuldt ud i samværssager.

[947] Karsten Revsbech, 2016, side 442. Se også Sten Bønsing, 2013, side 430.

[948] Hvis en sagsbehandlingsfejl er begået af enten Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen, afhængig af hvilken myndighed sagen er anlagt mod, vil fejlen formodentlig kunne rettes af domstolen. Betingelsen herfor må følgelig også være, at parternes påstande og anbringender tillader dette. Retsvirkningen heraf må som udgangspunkt være, at samværsafgørelsen ikke er ugyldig og derfor ikke kan hjemvises. Domstolene kan således rette sagsbehandlingsfejl, selv om der sker en stadfæstelse af Statsforvaltningens eller Ankestyrelsens afgørelse. I U1967.0510H, som vedrørte tvangsfjernelse af et barn, var beslutningen om tvangsfjernelsen sket uden, at lovens regel om lægeundersøgelse var overholdt. Landsretten havde ikke fundet, at denne mangel kunne medføre ugyldighed. Landsretten og Højesteret havde dog begge taget stilling til, om barnet på grund af de forhold, der forelå nu, skulle hjemgives til forældrene. Sagsbehandlingsfejlen hos den administrative myndighed blev således på denne måde rettet op. Se herom Bent Christensen, 1994, side 152.

Domstolene synes imidlertid at være tilbageholdende med at foretage en prøvelse af visse fundamentale forvaltningsprincipper, og af EMRK artikel 8 idet domstolenes præmisser i den forbindelse er summariske. Det betyder for det første, at domstolene ikke umiddelbart synes at foretage en indgående prøvelse af navnlig proportionalitetsprincippet og lighedsgrundsætningen, mens en prøvelse af magtfordrejningsprincippet foretages. Det betyder for det, andet der i retspraksis ikke er tale om en intensiv prøvelse af EMRK artikel 8.

I nogle samværssager kunne det dog godt tyde på, at domstolene har efterprøvet kernen af skønnet, dvs. foretaget en efterprøvelse af Statsforvaltningens og Ankestyrelsens afvejning af hensyn, om end er der i al fald nogle samværssager, hvor domstolsprøvelsen er tæt på Statsforvaltningens (og Ankestyrelsens) skøn. Efterprøvelsen i TFA2000.194Ø og U2004.2764H synes at gå helt tæt på kernen af skønnet. Præmisserne i afgørelserne kan antageligt læses således, at domstolene gik skridtet videre ved at konkret at foretage en efterprøvelse af skønnets kerne, og dermed hvad der var barnets bedste i den konkrete sag. Det kan dog konkluderes, at flere lavere retsinstanser siden Højesterets afgørelse i U2004.2764H ikke har efterprøvet skønnets kerne.

Generelt kan det derfor konkluderes, at domstolene som altovervejende udgangspunkt ikke efterprøver kernen af skønnet, dvs. ikke foretager en afvejning af Statsforvaltningens og Ankestyrelsens afvejning af lovlige hensyn i samværssager, der domstolsprøves i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt.

Det kan i denne forbindelse konkluderes, at domstolene generelt set ikke har lagt vægt på samværssagens karakter, dvs. om der er tale om en indgribende afgørelse om afslag på eller ophævelse af samvær eller om der alene er tale om tvist om selve omfanget af samværet. Alene i to afgørelser henvises der til sagens indgribende karakter, jf. U2007.673Ø og utrykt dom afsagt den 23.9.2016 af retten i Aarhus.

Faktuelt kan det også konkluderes, at domstolene alene i to ud af de ti samværsafgørelser, der er indbragt for domstolene i medfør af Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt., har tilsidesat en samværsafgørelse. Dette var i U2007.673Ø og utrykt dom afsagt den 23.9.2016 af retten i Aarhus. I begge tilfælde var sagerne ikke tilstrækkeligt oplyste, og blev hjemvist til fornyet behandling hos Statsforvaltningen.

Afgørende og konkluderende efterprøver domstolene ikke Statsforvaltnings (og Ankestyrelsens) skøn og træffer ikke selvstændig afgørelse om barnets bedste i samværssager. Med andre ord efterprøver domstolene alene om Statsforvaltningen og Ankestyrelsen har holdt sig inden de grænser, der er lovlige i forhold til at sikre barnets bedste i henhold til forældreansvarslovens § 4. Dette er således essensen af den beskyttelse Grundlovens § 63 yder for parterne i samværsager .Derfor kan det anføres, at der ikke er tale om reel ret til en domstolsprøvelse, men en alene ret til en domstolskontrol i overensstemmelse med formålet bag Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt.

Kapitel 10

Menneskeretlige krav til omfanget af domstolsprøvelsen

Dette kapitel vedrører den menneskeretlige del af omfanget af retten til domstolsprøvelse, som foreskrevet i EMRK artikel 6, stk. 1. Formålet med kapitlet er at analysere Menneskeretsdomstolens konventionspraksis for kunne udlede generelle menneskeretlige standarder om kravene til domstolsprøvelsen. I kapitel 11 foretages en sammenholdelse af denne menneskeretlige tilstand med den danske nationale retstilstand, som er behandlet foran i kapitel 9. Analysen her er relevant for at kunne svare på i hvilket omfang der i danske samværssager er en formel og en reel ret til domstolsprøvelse i samværssager,

1. Indledning

Der er i kapitel 4 redegjort for, at EMRK artikel 6, stk. 1 giver ret til en domstolsprøvelse i samværssager.[949] Dette kapitel afdækker selve omfanget af retten til domstolsprøvelsen i samværssager ved at analysere konventionspraksis.

EMRK artikel 6, stk. 1 stiller således krav til indholdet og omfanget af domstolsprøvelsen. Det vil ikke være i overensstemmelse med artikel 6, at individet alene har mulighed for at *indbringe* en tvist for en domstol, *idet den indholdsmæssige del af domstolsprøvelsen* også skal være tilstrækkelig, således at individet har en effektiv adgang til domstol og til en domstolsprøvelse. Det kræves derfor, som udgangspunkt, at den nationale domstol har »fuld jurisdiktion« til at prøve sagens retlige og faktiske omstændigheder.[950]

Nogle sager afgøres i 1. instans af en administrativ myndighed, der ikke er en domstol i EMRK 6' forstand. En given sag kan derfor være behandlet i flere instanser. Rækkevidden af adgangen til en domstol og retten til domstolsprøvelse kan derfor være vanskelig, hvor flere organer medvirker som led i en instansfølge.[951]

Der kan være tilfælde, hvor der sagen er behandlet af en administrativ myndighed i 1. instans med en efterfølgende domstolsprøvelse i 2. instans. Der kan være andre tilfælde, hvor sagen er behandlet af en domstol i én eller to instanser. I de situationer, hvor individet ikke har mulighed for at få efterprøvet den administrative sagsbehandling i af en domstol vil der være en krænkelse af EMRK artikel 6. Modsat vil det ikke være krænkelse af EMKR artikel 6, at individet ikke har mulighed for at få prøvet sin sag af en domstol i to instanser.

[949] Afsnit 1.
[950] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 379 og 401.
[951] Se også Peer Lorenzen, 2011, side 496.

EMRK artikel 6 kræver ikke, at de kontraherende stater har ankedomstole, men hvor der eksisterer sådanne domstole, skal de dog følgelig opfylde kravene i EMRK artikel 6. Krav om visse retsgarantier kan dog under angivne betingelser lempes, når der er tale om en ankeprøvelse, fx kræves der nødvendigvis ikke et offentligt retsmøde.[952]

2. Omfanget af retten til domstolsprøvelse

Menneskeretsdomstolen og de tidligere konventionsorganer har i konventionspraksis i nævneværdigt omfang beskæftiget sig med den nationale domstolsprøvelse og kravene til intensiteten af administrative afgørelser. Størstedelen af denne praksis fra Menneskeretsdomstolen omhandler nationale afgørelser truffet i administrativt regi, på et mere eller mindre skønspræget grundlag, som 1. instans, men med adgang til en domstolsprøvelse ved nationale domstole, der opfylder de grundlæggende krav om uafhængighed og upartiskhed og herunder sikrer de retsgarantier, der kan udledes af en retfærdig rettergang.[953]

Den gennemgående problemstilling i konventionspraksis har overordnet set været, hvorvidt nationale domstole helt eller delvis har mulighed for at undlade en efterprøvelse af sagens faktiske omstændigheder, herunder i hvilket omfang de nationale domstole er forpligtede til at overtage forvaltningens skøn og dermed reelt set træffe en ny selvstændig afgørelse.[954] Med andre ord er den overordnede problemstilling, hvorvidt nationale domstole skal have fuld jurisdiktion til at prøve sagens retlige og faktiske omstændigheder i sager, der i 1. instans er afgjort af en administrativ myndighed.

Menneskeretsdomstolens og de tidligere konventionsorganers konventionspraksis har gennem årene været igennem en udvikling, hvor kravene til intensiteten af domstolsprøvelsen er blevet modificeret og præciseret i adskillige afgørelser som følge af den dynamiske retsudvikling, der finder sted i forhold til EMRK. For at give det fornødne overblik over en kompliceret retstilstand, tages der afsæt i den tidlige konventionspraksis, hvor kravene til intensiteten af domstolsprøvelsen har sit udgangspunkt.

2.1. Menneskeretsdomstolens og Kommissionens tidlige konventionspraksis

Menneskeretsdomstolen og de tidligere konventionsorganers skelsættende konventionspraksis om kravene til domstolsprøvelsen i artikel 6 stammer helt tilbage fra 1980.

[952] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 453 f.
[953] Se herom i kapitel 4, afsnit 1.
[954] Se også René Dejbjerg Pedersen, *Det forvaltningsretlige skøn*, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2006, side 253.

I *Kaplan v. Storbritannien*[955] tog Kommissionen for første gang stilling til rækkevidden af EMRK artikel 6's krav om domstolsprøvelse i relation til sager behandlet af en administrativ myndighed som første instans. Sagen blev ikke henvist til Menneskeretsdomstolen.

Kommissionsafgørelsen (rapporten) ses for så vidt ikke henvist til i Menneskeretsdomstolens konventionspraksis, men når afgørelsen læses i sammenhæng med den øvrige konventionspraksis, synes det at kunne udledes, at afgørelsen har været det første spadestik for rækkevidden af artikel 6 i forhold til omfanget af domstolsprøvelsen af administrative afgørelser i dag.[956]

Sagen vedrørte en klager, der drev et forsikringsselskab. En administrativ myndighed havde truffet afgørelse om, at klageren ikke længere var »fit and proper« til at lede forsikringsselskabet. Udøvelsen af forsikringsvirksomhed var reguleret i den nationale lovgivning, hvorunder det bl.a. var forskrevet hvilke personer, der var egnede til at lede forsikringsselskaber samt omfattende og detaljerede regler for selve udøvelsen af forsikringsvirksomheden.[957] Den nationale myndigheds afgørelse om, at en person ikke var «fit and proper« var en skønsmæssig afgørelse.[958] Der var i national lovgivning alene mulighed for at appellere myndighedens afgørelse for domstolene med henblik på domstolskontrol, hvor domstolene kunne efterprøve om alle relevante overvejelser var inddraget i myndighedens afgørelsesgrundlag, om der var inddraget irrelevante overvejelser, og om der var sket overtrædelse af lovgivningen og grundlæggende retsprincipper som fx magtfordrejning. Den nationale domstol kunne ikke træffe en ny selvstændig afgørelse – prøvelsen ville ikke være en »court of appeal on the merits«. Den nationale domstol havde dog kompetence til at omstøde en ulovlig afgørelse.[959]

Klageren havde for Kommissionen gjort gældende, at han ikke havde haft adgang til en uafhængig og upartisk domstol. Kommissionen bemærkede indledningsvist, at de nationale myndigheder, der havde været involveret i afgørelsen af sagen ikke opfyldte kravene til en domstol i EMRK artikel 6's forstand.[960]

Kommissionen fandt, at følgende spørgsmål måtte besvares i den forbindelse: Gælder kravene i artikel 6 for alle afgørelser – administrative- og domstolsafgørelser – der vurderer en ret omfattet artikel 6, altså her konkret en "civil right"? Kræves det, at sager omfattet af artikel 6 altid skal være truffet af en domstol i første instans? Såfremt dette ikke er et krav, åbner det derfor op for en vurdering af de ind-

[955] Sag af 17.7.1980.

[956] Som det er beskrevet i kapitel 3, afsnit 5.2.1, mister Kommissionens praksis betydning i takt med, at Menneskeretsdomstolen afsiger et stort og stigende antal domme og afgørelser. Behovet for at henvise til Kommissionens praksis bliver således tilsvarende mindre. Dette kan formentlig være årsagen til, at der ikke er henvist til den.

[957] §§ 15-16.

[958] § 24.

[959] §§ 26-27.

[960] § 124.

holdsmæssige krav til selve domstolsprøvelsen af den nu foretagne skønsmæssige forvaltningsafgørelse, navnlig om domstolsprøvelsen skal inkludere en fornyet prøvelse af hele sagen, herunder at den nationale domstol selv skal udøve skønnet.[961] Kravet om, at der altid er ret til domstolsprøvelse i sager omfattet af artikel 6 er da allerede blevet fastlagt i Golder-sagen.[962] Kommissionen fastslog den i dag indlysende betragtning, at det ikke strider mod EMRK artikel 6, at offentlige myndigheder har kompetence til at træffe forskellige former for beslutninger eller afgørelser, der berører borgeres private rettigheder omfattet af artikel 6.[963]

Allerede fordi, at en fortolkning af EMRK artikel 6, som kræver, at alle afgørelser, der berører private rettigheder skal afgøres af en domstol, ville være det i konflikt med en fælles retstilstand i de kontraherende stater. Det ville derudover ikke være en passende fortolkning af bestemmelsen.[964]

Kommissionen udtalte, som det også er konkluderet i kapitel 4, at kravene i EMRK artikel 6 ikke finder anvendelse på selve sagsbehandlingen hos den administrative myndighed. Det forhold, at afgørelsen ikke var truffet af en domstol udgjorde derfor ikke i sig selv en krænkelse af artikel 6.[965]

Det andet spørgsmål, som herefter skulle besvares vedrørte klagerens adgang til en domstolsprøvelse og omfanget heraf.

Kommissionen henviste i denne forbindelse til sagen Golder v. Storbritannien[966], der generelt vedrørte retten til have en domstolsprøvelse af »civil rights«, men ikke selve omfanget af retten til en domstolsprøvelse. Også i Kaplan-sagen forelå en »civil right«.[967] Kommissionen anførte følgende:

»Where an individual's private rights have been adversely affected by action taken by a public authority, Art. 6 (1) plainly entitles him, in the Commission's opinion, to obtain such court remedies as exist within the domestic system for the purpose of asserting the rights[…]«[968]

Det Kommissionen fastslår, er, at EMRK artikel 6 således følgelig fortsat kræver adgang til en efterfølgende domstolsprøvelse i tilfælde, hvor det er en national myndighed som 1. instans, der har truffet en afgørelse. Men spørgsmålet om selve omfanget af domstolsprøvelsen – både generelt og i den konkrete sag – manglende dog at blive præciseret:

[961] § 145.
[962] Sag af 21.2.1975. Dommen er også nævnt i introduktionen til dette kapitel.
[963] § 151.
[964] §§ 150-151 med en henvisning til Ringeisen v. Østrig, Kommissionens rapport af 19.3.1970, side 71-72, hvori den retstilstand er beskrevet. Sagen blev henvist til Menneskeretsdomstolen, hvor der blev truffet afgørelse d. 16.7.1971.
[965] § 155. Se redegørelsen for anvendelsesområdet af artikel 6 i kapitel 4, afsnit 1.
[966] Sag af 21.2.1975. Dommen er også nævnt i introduktionen til dette kapitel.
[967] § 143.
[968] § 157.

»Whether he had a ”right to a court” with full jurisdiction to determine the full merits of the matter.«[969]

Det er her vigtigt at bemærke, at sagen ikke var undergivet en national domstolsprøvelse, idet klageren var blevet hindret i at indbringe den for de nationale domstole[970]. Det klageren konkret havde gjort gældende for Menneskeretsdomstolen var, at den adgang, der var til en domstolsprøvelse var utilstrækkelig i omfanget, idet nationale domstole ikke kunne træffe en ny selvstændig afgørelse, hvis den nationale domstol var uenighed i den afgørelse den administrative myndighed havde truffet.

Spørgsmålet var derfor, om den nationale domstol, der som 2. instans, skulle behandle sagen, skulle have fuld kompetence til at afgøre sagen. Eller sagt på en måde, om retten til en domstolsprøvelse efter artikel 6 kræver, at domstolsprøvelsen må udstrækkes til en fuld prøvelse i netop den situation, hvor der forinden er truffet en administrativ afgørelse. Med andre ord, om en forudgående administrativ afgørelse kan kompensere eller i et vist omfang træde i stedet for den fulde domstolsprøvelse, der kræves, hvis sagen starter ved en national domstol i første instans?

Kommissionen henviste i den forbindelse til retstilstanden i de kontraherende stater. Kommissionen bemærkede, at omfanget af en domstolskontrol i tvister mellem offentlige myndigheder og private i mange af de kontraherende stater var tilsvarende begrænset som i den konkrete sag:[971]

»An interpretation of Art. 6(1) under which it held to provide a right to *a full appeal on the merits of every administrative decision affecting private rights* will therefore lead to a result which was inconsistent with the existing, and long-standing, legal position in the most of the Contrating States.«[972]

Kommissionen fremhævede følgende:

»[…]One common feature, however, seems to be that there are certain elements of administrative discretion which cannot be reviewed by the judge. If the administrative authority has acted properly and within the limits of the law, the judge can very rarely, if ever, decide whether or not the administrative decision was wellfounded in substance. To that extent, there is no possibility of

[969] § 158.
[970] Se § 144 og § 158.
[971] § 159.
[972] § 161.

bringing the case before an independent and impartial tribunal, even if there is a dispute ("contestation") between the citizen and the public authority.«[973]

Hvis sagsbehandlingen hos den administrative myndighed har været fair og »within the limits of the law«, kan visse skønsmæssige elementer således udelades af domstolsprøvelsen af administrative afgørelser uden, at det strider mod kravene til domstolsprøvelsen i EMRK artikel 6. Det kræves således ikke, at den nationale domstol skal have kompetence til at træffe afgørelse om, hvorvidt den administrative afgørelse er »wellfounded in substance«.

EMRK artikel 6 kræver hermed ud fra en umiddelbar betragtning ikke – i modsætning til situationer, hvor en national domstol træffer afgørelse som første instans – en *fuld domstolsprøvelse af sagens realitet* (»merits«). Med dansk terminologi kan det forklares således, at den nationale domstol ikke skal foretage en fuld prøvelse af de krav som parten har fremsat i sine påstande. Med andre ord kræves det ikke, at den nationale domstol skal prøve den administrative myndigheds afvejning af saglige hensyn, der med dansk terminologi betegnes som selve kernen af skønnet.[974]

Hvad angår den konkrete sag forelå der ikke en krænkelse af adgangen til en domstolsprøvelse. Baggrunden herfor var tilsyneladende, at der ikke forelå en reel tvist mellem klageren og den administrative myndighed, der således, som redegjort for i kapitel 6, er en materiel betingelse for, at EMRK artikel 6 finder anvendelse.[975] Klageren havde ikke gjort indsigelser mod hverken sagens faktiske omstændigheder, lovligheden af afgørelsen, eller om relevante procedurer var overholdt. Indsigelsen omhandlende alene rigtigheden af den administrative myndigheds afgørelse om, at han ikke længere var egnet til at udøve forsikringsvirksomhedt, selv om han dog havde indrømmet, at han på nogle punkter ikke helt havde levet op til de lovgivningsmæssige krav for udøvelse af forsikringsvirksomhed.[976]

Afgørelsens resultat må således skulle ses i lyset af, at klagerens anbringende i realiteten alene gik på, at den nationale domstol – såfremt en domstolsprøvelse skulle finde sted – var forpligtet til at skulle overtage den administrative myndigheds skøn og selv foretage den konkrete afvejning af, om han var »fit and proper« til at udøve forsikringsvirksomhed. Netop denne skønsmæssige vurdering i den konkrete sag kunne således ikke foretages i henhold til national ret, og der forelå der ikke hvad Menneskeretsdomstolen betegner som en reel tvist.

[973] Se § 159, hvor Kommissionen refererede til generelle observationer foretaget i Ringeisen v. Østrig, Kommissionens rapport af 19.3.1970, side 73. Sagen blev henvist til Menneskeretsdomstolen, hvor der blev truffet afgørelse d. 16.7.1971.
[974] Se herom foran i kapitel 9, afsnit 1.1.
[975] Afsnit 1.
[976] §§ 165-167

Overordnet blev der således ikke fastlagt af Kommissionen, i hvilket omfang, og efter hvilke nærmere kriterier og krav den nationale domstol skal kunne efterprøve skønnet, foretaget af en administrativ myndighed i 1. instans.

Albert og Le Compte mod Belgien[977] er ikke en Kommissionsafgørelse, men en afgørelse afsagt af Menneskeretsdomstolen. I sagen fra 1983 udtrykte Menneskeretsdomstolen sig mere klart i forhold til den generelle rækkevidde af omfanget af domstolsprøvelsen fastlagt i EMRK artikel 6 vedrørende afgørelser, der i 1. instans er truffet af en administrativ myndighed:

»*the Convention calls at least for one of the two following systems*: *either* the jurisdictional organs themselves comply with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1*), or they do not so comply but* are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 para. 1 (art. 6-1)«[978] (mine fremhævelser)

Menneskeretsdomstolen introducerede hermed, hvad der herefter benævnes som »doktrinen om fuld jurisdiktion«.[979]

Doktrinen betyder, at der ikke ud fra en generel betragtning vil foreligge en krænkelse af EMRK artikel 6, selv om sagen i første omgang er afgjort af et organ, der ikke opfylder kravene i bestemmelsen – tilsvarende som Kommissionen fastslog i Kaplan-sagen.[980]Artikel 6 kræver ikke, at alle stadier af en given sag opfylder kravene i bestemmelsen.[981]

Dette kan fortolkes og forklares på følgende måde: En efterfølgende domstolsafgørelse, der ikke underlægges en fuld prøvelse, kan i sagens natur ikke opfylde kravene i artikel 6, når den administrative afgørelse ikke kan kompensere herfor; den samlede sagsproces ved de nationale myndigheder har i den situation ikke givet en ret til – set som en helhed – at få en fuld prøvelse af individets »civil right«. Der foretages med andre ord en helhedsbedømmelse af den konkrete sag i begge instanser.[982]

[977] Sag af 10.2.1983. Se i denne sammenhæng også Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgien, sag af 23.6.1981. Disse to domme udgør tilsammen et stort sagskompleks, hvor der blev indgivet to separate klager.

[978] § 29.

[979] Som Dommer Judge Martens benævner det i en dissens i sagen Fischer v. Østrig, sag af 26.4.1995. Se afsnit 2.5.1, hvor dissensen nærmere behandlet i en diskussion om fortolkning af doktrinen om fuld jurisdiktion. Om dommen se fx også Peer Lorenzen, 2010, side 498 og Harris , O'Boyle & Warbrick, 2014, side 392 f.

[980] Kaplan v. Storbritannien, sag af 17.7.1980, § 155.

[981] Se også Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgien, sag af 23.6.1981, § 51, hvor Menneskeretsdomstolen anførte hensynet til fleksibilitet og effektivitet kan retfærdiggøre, at en administrativ myndighed i første instans træffer afgørelse.

[982] Se kapitel 4, afsnit 1.1, hvor der er redegjort, at administrative myndigheder under angivne betingelser kan være en domstol i EMRK artikel 6's forstand.

For en forståelse af doktrinen om fuld jurisdiktion, er det vigtigt at være opmærksom på, at den skal læses i sammenhæng med »facts« og »law«. Den nationale domstol skal som udgangspunkt have *fuld jurisdiktion til at prøve både sagens retlige og faktiske omstændigheder*.[983]

I *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgien*[984] anførte Menneskeretsdomstolen, at det er vigtigt ikke at sondre herimellem:

»[…]Article 6 par. 1 (art. 6-1) draws no distinction between questions of fact and questions of law. Both categories of question are equally crucial for the outcome of proceedings relating to "civil rights and obligations".«[985]

Ved at læse Menneskeretsdomstolens doktrin om fuld jurisdiktion i sammenhæng med Kaplan-sagen, må det forudsætningsvis kunne udledes, at kravet om, at den nationale domstol skal have fuld jurisdiktion til at prøve sagens retlige og faktiske omstændigheder, ikke betyder, at der skal være kompetence til at træffe en ny selvstændig afgørelse, der træder i stedet for den administrative afgørelse. Det vil sige, at den nationale domstol ikke nødvendigvis i fuldt omfang skal overtage den administrative myndigheds skønsmæssige vurdering.

Med dansk terminologi kan det overordnet forklares således, at den nationale domstol skal kunne prøve sagens retlige omstændigheder, dvs. den konkrete retsanvendelse, herunder fortolkning af lovgivningen og sagens faktiske omstændigheder, dvs. sagens fakta, herunder oplysningsgrundlag samt udvælgelse af og inddragelse af lovlige hensyn, som således i sagens natur er skønsmæssige elementer, mens den faktuelle skønsmæssige vurdering ikke skal kunne prøves., dvs. selve »kernen« af skønnet.

I Albert and Le Compte v. Belgien[986] havde klagerne konkret fået suspenderet deres ret til at udøve lægegerning i to år. Sagerne havde været behandlet i tre instanser. De to administrative instanser sikrede ikke retsgarantierne i EMRK artikel 6. Den administrative førsteinstans opfyldte ikke domstolskravet, og sagens behandling for den administrative andeninstans, der dog var uafhængig og upartisk, inkluderede ikke et offentligt retsmøde.[987] Spørgsmålet herefter var navnlig, om den sidste instans, Court de Cassation, der uomtvisteligt opfyldte domstolskravet, havde »full jurisdiction« til at bedømme både sagens retlige og faktiske omstændigheder.

[983] Sag af 10.2.1983, § 29.
[984] Sag af 23.6.1981.
[985] § 51.
[986] Sag af 10.2.1983.
[987] § 29. Se i denne forbindelse den første dom i det omtalte sagskompleks Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgien, sag af 23.6.1981, §§ 57-58, hvor de nationale regler er beskrevet. Modsat var den administrative myndighed i Kaplan v. Storbritannien, sag af 17.7.1980, var den administrative myndighed ikke uafhængig, og opfyldte dermed ikke domstolskravet i artikel 6.

Court de Cassation havde adgang til alle sagens dokumenter. Imidlertid kunne Court de Cassation ikke efterprøve sagens fakta, som de administrative myndigheder havde lagt til grund, medmindre det blev gjort gældende, at der var sket en overtrædelse af reglerne for bevismateriale. Court de Cassation kunne derudover ikke reparere faktuelle fejl begået af den administrative andeninstans. Prøvelseskompetencen omfattede heller ikke en proportionalitetsvurdering af hvorvidt den sanktion klageren havde fået stod i rimelig forhold til den fejl, klageren havde begået i sin lægegerning. [988]

Menneskeretsdomstolen fandt på denne baggrund, at Court de Cassation ikke opfyldte kravene til en domstolsprøvelse efter artikel 6. Dette på trods af, at domstolsprøvelsen opfyldte det menneskeretlige krav om offentlig domstolsprøvelse:

»To sum up, the cases […] of Dr. Albert and Dr. Le Compte were not heard publicly by a tribunal competent to determine all the aspects of the matter and pronouncing judgment publicly. In this respect, there was, in the particular circumstances, a breach of Article 6 para. 1 (art. 6-1).«[989]

Court de Cassations prøvelseskompetence var således reelt begrænset til at prøve sagens retlige omstændigheder, og der forelå derfor en krænkelse af artikel 6.

Menneskeretsdomstolens angivelse af »all the aspects of the matter« i ovenstående præmisudtalelse kan ud fra en umiddelbar betragtning dog fortolkes som, at kravet om fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder kræver, at også »kernen« af skønnet skal efterprøves. Det synes derfor tvivlsomt, om kernen af skønnet er indeholdt i doktrinen om fuld jurisdiktion. Hvis disse to afgørelser ikke skal fortolkes i sammenhæng, må dette formentlige betyde dette, at afgørelserne står i kontrast til hinanden.[990]

Hvis kravet om fuld jurisdiktion derimod læses i sammenhæng med Kaplan-sagen, hvor Kommissionen fastslog, at EMRK artikel 6 ikke giver ret til en »« full hearing on the merits«, indgår selve »kernen« af skønnet ikke i doktrinen om fuld jurisdiktion.

På trods af denne usikkerhed, kan følgende udledes vedrørende, hvori forskellen mellem de nationale domstoles prøvelseskompetence i de konkrete sager består: Den nationale domstol i Kaplan-sagen kunne – modsat i Albert og Le Compte-sagen – prøve visse aspekter af sagens faktiske omstændigheder, der som beskrevet, indeholder visse skønsmæssige elementer, blot ikke selve kernen af skønnet. Den nationale domstol i Kaplan-sagen kunne prøve om alle relevante overvejelser var inddraget i myndighedens afgørelsesgrundlag og hvorvidt der var inddraget irrelevante overvejelser.

[988] § § 36-37. Se også den første dom i det omtalte sagskompleks Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgien, sag af 23.6.1981, § 33, hvor de nationale regler er beskrevet. . Se bl.a. også Sporring and Lönnroth v. Sweden, sag af 23. september 1982, §§ 87-88.

[989] § 37.

[990] En mere dybdegående fortolkning af doktrinen om fuld jurisdiktion foretages neden for i 2.5.1.

En krænkelse blev på samme grundlag som i Albert og Le Compte-sagen statueret i *Obermeier v. Østrig*.[991] Sagen omhandlede en handicappet, som først var blevet suspenderet og sidenhen opsagt fra sit job. To administrative organer havde godkendt arbejdsgiverens beslutning om afskedigelse. Der var ikke i den relevante lovgivning angivet kriterier, eller på anden vis nærmere beskrevet på hvilken baggrund de administrative organer skulle træffe afgørelse. Afgørelsen hvilede således på de administrative organers vide skønsudøvelse.[992]

Menneskeretsdomstolen fastslog, at de administrative organer ikke var domstole i konventionens forstand. Forvaltningsdomstolen, der havde taget stilling til én af de administrative organers afgørelse, fandtes imidlertid at være en domstol i konventions forstand. Menneskeretsdomstolen henviste til Albert and Le Compte-sagen[993] og anførte igen, den nationale domstol skal være »a judicial body that has full jurisdiction.«[994]

Forvaltningsdomstolens prøvelse ville således være tilstrækkelig, såfremt den havde fuld jurisdiktion til at prøve både sagens retlige og faktiske omstændigheder som krævet i Albert og Le Compte-sagen.

Menneskeretsdomstolen kom dog frem til, at der ikke var tale om effektiv domstolsprøvelse. Den lagde vægt på, at forvaltningsdomstolen på baggrund af den relevante lovgivning, alene havde fundet sig kompetent til at prøve hvorvidt skønnet foretaget af myndighederne var sket i overensstemmelse med »the object and purpose of the law«.[995] Betydningen af denne begrænsede domstolsprøvelse var, at domstolsprøvelsen reelt var illusorisk, idet forvaltningsdomstolen havde afstået sig fra en stillingtagen til sagens konkrete, centrale tvist.[996] Menneskeretsdomstolen fandt på denne baggrund ikke anledning til i videre omfang at prøve, hvor forvaltningsdomstolen generelt set kunne efterprøve sagens faktiske og retlige omstændigheder:

»In view of this result, there is in the present case no need to investigate in general the nature and the extent of the Administrative Court's jurisdiction to assess questions of fact and law.«[997]

Denne tilgangsvinkel om alene at vurdere en konkret sagsbehandling, men ikke at vurdere den nationale regulering som sådan, kendes fra Menneskeretsdomstolens øvrige konventionspraksis.[998]

[991] Sag af 28.6.1990.
[992] Se om dommen fx Peer Lorenzen, 2010, side 498.
[993] Sag af 10.2.1983.
[994] § 70.
[995] Sag af 28.6.1990, § 70.
[996] Se også Jon Fridrik Kjølbro, 210, side 382.
[997] § 70.
[998] Se herom kapitel 4, afsnit 1.4.

Forvaltningsdomstolens generelle kompetence til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder kunne således måske kunne have opfyldt kravet om fuld jurisdiktion, hvis forvaltningsdomstolen i den konkrete sag ikke have afstået at tage stilling til sagens konkrete, centrale tvist.

Dommens resultat er et udtryk for Menneskeretsdomstolens effektivitetsprincip, der fastslår, at konventionen skal fortolkes på en måde, der sikrer rettigheder, som er effektive og praktiske og ikke kun teorietiske og illusoriske. På tilsvarende måde er de kontraherende stater underlagt en positiv forpligtelse til at gøre adgangen til en domstol og retten til domstolsprøvelse effektiv.[999]

Det ligger således klart ved en analyse af de ældre afgørelser, at EMRK artikel 6 kræver, at der skal være en ret til en domstolsprøvelse, hvor den nationale domstol skal have fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder, når en sag i 1. instans har været afgjort af en administrativ myndighed. Det er dog uklart hvorvidt en prøvelse a – med dansk terminologi – kernen af skønnet, kræves efter EMRK artikel 6, stk. 1

Grundlaget i Albert og Le Compte-sagen har haft betydning for den efterfølgende konventionspraksis, idet Menneskeretsdomstolen tager afsæt i en helhedsvurdering af, om det nationale administrative prøvelsesorgan i 1 instans og/eller den nationale domstol i 2. instans opfylder kravene til en domstolsprøvelse efter EMRK artikel 6.

2.2. Menneskeretsdomstolens nyere konventionspraksis

Som det kort er beskrevet oven for har der i konventionspraksis været en udvikling i kravene til intensiteten af domstolsprøvelsen af administrative afgørelser. Udgangspunktet for disse krav blev således fastlagt i doktrinen om fuld jurisdiktion, der gradvist i de sidste 20 år er blevet både lempeligere og præciseret.[1000]

Fire afgørelser i konventionspraksis synes at være skelsættende for den fremgangsmåde Menneskeretsdomstolen i dag anvender ved bedømmelsen af om en domstolsprøvelse af en administrative afgørelse opfylder kravene i EMRK artikel 6.

Menneskeretsdomstolens krav til intensiteten af den prøvelse, der blevfastlagt i Albert og Le Compte-sagen, blev første gang gjort modificeret i *Zumtobel v. Østrig* fra 1993[1001], hvor en tilbageholdende prøvelse af sagens faktiske omstændigheder kunne retfærdiggøres.[1002] Derfor forelå derfor ikke i den konkrete sag en krænkelse af EMRK artikel 6.

Sagen vedrørte ekspropriation af klagerens virksomhedsejendom i forbindelse med anlæg af en motorvej. For Menneskeretsdomstolen gjorde klageren gældende,

[999] Det fortolkningsprincip er beskrevet foran i kapitel 4, afsnit 1.4.

[1000] Se også René Dejbjerg Pedersen, 2006, side 254.

[1001] Sag af 21.9.1993.

[1002] Om dommen se fx Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 380 f., René Dejbjerg Pedersen, 2004, side 254 f. og Peer Lorenzen, 2010, side 499.

at den nationale domstolsprøvelse alene omhandlede spørgsmål om lovligheden af ekspropriationsafgørelsen. Klageren mente derfor, at han ikke havde haft mulighed for at få en fuld prøvelse (»full review«) af sin indsigelse mod ekspropriationen.[1003]

Den østrigske forvaltningsdomstol og forfatningsdomstol havde begge taget stilling til klagerens indsigelser. Menneskeretsdomstolen fandt ikke, med en henvisning til Albert and Le Compte v. Belgien[1004], at forfatningsdomstolen havde fuld jurisdiktion til prøve både sagens faktiske og retlige omstændigheder, idet forfatningsdomstolen alene kunne tage stilling til hvorvidt afgørelsen var i overensstemmelse med forfatningen.

Hvad angår domstolsprøvelsen for forvaltningsdomstolen, fastslog Menneskeretsdomstolen i Zumtobel-sagen, at prøvelsen havde været tilstrækkelig. Dette på trods af, at den østrigske forvaltningsdomstol ikke havde efterprøvet sagens faktiske omstændigheder. Forvaltningsdomstolen havde desuagtet kompetence til at prøve visse aspekter af sagens faktiske omstændigheder.

Forvaltningsdomstolen kunne hjemvise sagen til fornyet behandling, hvis afgørelsen indholdsmæssig var ulovlig eller hvis den administrative myndighed ikke havde hjemmel til at træffe afgørelsen, sagsbehandlingsregler var overtrådt, der var sket fastsættelse af fakta som stod i modsætning til sagens materiale, der skulle fortages yderligere undersøgelse om sagens fakta eller hvis en overtrædelse af sagsbehandlingsregler ville kunne medføre et andet resultat, såfremt de var blevet overholdt.[1005]

Dog kunne forvaltningsdomstolen ikke selv foranstalte bevisførelse eller træffe en ny selvstændig afgørelse.[1006]

I Menneskeretsdomstolens vurdering af omfanget af domstolsprøvelsen opfyldte kravene i EMRK artikel 6, blev der lagt vægt på, at der var tale om et område, hvor myndighedernes afgørelse ikke kun hvilede på et skøn:

»As regards the review effected by the Administrative Court, its scope must be assessed in the light of the fact that expropriation - the participants in the proceedings all recognise this - *is not a matter exclusively within the discretion of the administrative authorities*, because Article 44 para. 1 of the Provincial Highways Law makes the lawfulness of such a measure subject to a condition: the impossibility "of constructing or retaining a section of highway which is more suitable from the point of view of traffic requirements, environmental protection and the financial implications"«[1007] (min fremhævelse)

Ekspropriationslovgivningen indeholdt således nogle vage betingelser, der skulle være opfyldt for, at en ekspropriation kunne finde sted. I forhold til disse betingel-

[1003] Se § 27.
[1004] Sag af 10.2.1983.
[1005] Se § 19.
[1006] Se § 14.
[1007] § 31.

ser kunne den østrigske forvaltningsdomstol prøve, om betingelserne i den konkrete sag var blevet opfyldt.[1008]

Menneskeretsdomstolen fremhævede i den forbindelse, at Zumbotel-sagen derfor måtte være forskellig fra Obermeier-sagen, hvor der blev statueret en krænkelse.[1009] I Obermeier-sagen indeholdte den nationale lovgivning således ingen væsentlige eller præcise bestemmelser, som myndighederne skulle træffe afgørelse efter, hvorfor forvaltningsdomstolen alene havde fundet sig kompetent til at prøve hvorvidt skønnet, foretaget af myndighederne var sket i overensstemmelse med »the object and purpose of the law«.

I denne forbindelse anførte Menneskeretsdomstolen i relation til Zumtobel-sagen:

»In addition, it should be stressed that the submissions relied upon before the Administrative Court concerned solely the proceedings before the Government Office. *The Administrative Court in fact considered these submissions on their merits, point by point, without ever having to decline jurisdiction in replying to them or in ascertaining various facts.* The European Court should confine itself as far as possible to examining the question raised by the case before it. Accordingly, it should only decide whether, in the circumstances of the case, the scope of the competence of the Administrative Court satisfied the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1).«[1010] (min fremhævelse)

Menneskeretsdomstolen forholdte sig således til, at der i den konkrete sag var sket en prøvelse af de indsigelser klageren havde gjort gældende for forvaltningsdomstolen. Indsigelserne vedrørte ikke sagens faktiske omstændigheder, og forvaltningsdomstolen, havde som det fremgår, ikke afstået for at tage stilling til indsigelserne på grund af manglende kompetence eller fordi den heller ikke kunne bedømme sagens relevante og faktiske omstændigheder.

Menneskeretsdomstolen lagde herefter samlet vægt på:

»Regard being had to the respect which must be accorded to *decisions taken by the administrative authorities on grounds of expediency* and to *the nature of the complaints made by the Zumtobel partnership*, the review by the Administrative Court accordingly, in this instance, fulfilled the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1).« [1011] (min fremhævelse)

Denne fremgangsmåde, som Menneskeretsdomstolen benytter sig af, er nogenlunde tilsvarende Kommissions fremgangsmåde i Kaplan-sagen. Det der konkret kan udledes af Zumtobel-sagen er, at Menneskeretsdomstolen fraviger kravet om fuld jurisdiktion i Albert og Le Compte-sagen, og accepterer en tilbageholdende dom-

[1008] Se også Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgien sag af 23.6.1981, § 51 og Fischer v. Østrig, sag af 25.4.1995, § 34.

[1009] Se oven for i afsnit 2.1.

[1010] § 32.

[1011] § 32. Se fx også Fischer v. Østrig, sag af 26. 4.1995, § 34, Alatulkkila m.fl. v. Finland, sag af 28.10.2005, § 52 samt Sigma Radio Television LTD v. Cypern, sag af 21.10.2011, § 153 og § 160.

stolsprøvelse af sagens faktiske omstændigheder, når klageren har konkret fået behandlet de anbringender som han/hun reelt har påberåbt sig for den nationale domstol, og når der i afgørelsesgrundlaget indgår hensigtsmæssighedsbetragtninger. Det betyder, at sagens konkrete omstændigheder har indflydelse hvilke krav der stilles til selve intensiteten af domstolsprøvelsen. På denne måde bliver udgangspunktet i doktrinen om fuld jurisdiktion således modificeret.

Menneskeretsdomstolens henvisning til »grounds of expediency« er igen et udtryk for en hensyntagen til afgørelser, der er truffet på et skønsmæssigt grundlag. Den nationale domstol skal ikke have kompetence til at vurdere hvilken afgørelse, der i den konkrete sag er mest hensigtsmæssig.

Med den terminologi, der er brugt i Kaplan-sagen må det forstås på den måde, at såfremt EMRK artikel 6 krævede en ret til en fuld prøvelse af sagens realitet (»full appeal on the merits«) af en administrativ afgørelse, ville det inkludere, at den nationale domstol skulle prøven kernen af skønnet (hensigtsmæssigheden). Dette krav følger således ud fra en umiddelbar betragtning ikke af EMRK artikel 6.

Fremgangsmåden blev i 1995 videreført i *Bryan v. Storbritannien*[1012], der vedrørte spørgsmålet om opførelse af ulovlige bygninger i strid med planlovgivningen. Her introducerede Menneskeretsdomstolen en tre-leddet test i vurderingen af, om en domstolsprøvelse har været tilstrækkeligt til at opfylde EMRK artikel 6. Menneskeretsdomstolens bedømmelse af, om den nationale prøvelse var tilstrækkelig til at opfylde kravene i artikel 6 indeholdt en hensyntagen til:

»[1]the subject-matter of the decision appealed against, [2]the manner in which that decision was arrived at, [3]and the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal.«[1013]

Det vil sige, at Menneskeretsdomstolen sin vurdering af domstolsprøvelsen opfyldte kravene i EMRK artikel 6 ville inddrage:

1) sagstypen i relation til den påklagede afgørelse

2) de omstændigheder hvorunder afgørelsen er blevet truffet hos den administrative myndighed

3) tvistens genstand, herunder behovet og begrundelsen for at påklage afgørelsen, og herunder hvilke anbringender har klageren reelt har påberåbt sig for den nationale domstol.

[1012] Sag af 22.11.1995. Se nærmere § 43.
[1013] § 45.

Menneskeretsdomstolen bemærkede i relation til den konkrete sag, at afgørelsen i det administrative system var truffet under domstolslignende forhold i relation til testelement nr. 2:

»In this connection the Court would once more refer to the uncontested safeguards attending the procedure before the inspector: *the quasi-judicial character of the decision-making process;* the duty incumbent on each inspector to exercise independent judgment; the requirement that inspectors must not be subject to any improper influence; the stated mission of the Inspectorate *to uphold the principles of openness, fairness and impartiality* (see paragraph 21 above). Further, any alleged shortcoming in relation to these safeguards could have been subject to review by the High Court.«[1014] (mine fremhævelser)

Det betyder, at den nationale domstol kunne efterprøve, om retsgarantierne var overholdt, fx om inspektøren var uafhængig og upartisk. Det fremgår også, at inspektøren selv var forpligtet at sikre sig, at afgørelsen var truffet under disse domstolslignende omstændigheder for at sikre uafhængigheden.[1015]

Menneskeretsdomstolen fremhævede derudover, at der ikke forelå nogen tvist vedrørende de væsentligste faktiske omstændigheder (testelement nr. 3), dvs. det forhold, at klageren konkret havde opført bygningerne ulovligt. Klageren havde ikke gjort indsigelse herimod. Klagerens indsigelser vedrørte alene retlige spørgsmål, som således var »adequately dealt with point by point«.[1016]

Menneskeretsdomstolen anførte i relation til klagerens indsigelser:

»These submissions, as the Commission noted, went essentially *to questions involving "a panoply of policy matters* such as development plans, and the fact that the property was situated in a green belt and a conservation area."«[1017] (min fremhævelse)

Menneskeretsdomstolen sammenholdt ovenstående udtalelse om klagerens indsigelser indeholdende alene spørgsmål af politisk karakter med den nationale domstols kompetence til at sikre, at der ikke var tale om »findings of fact or inferences based on them neither perverse nor irrational«. Menneskeretsdomstolen nåede herefter frem til følgende:

»Such an approach by an appeal tribunal on questions of fact can reasonably be expected in specialised areas of the law such as the one at issue, particularly where the facts have already been established in the course of a quasi-judicial procedure governed by many of the safeguards required by Article 6 para. 1 (art. 6-1). It is also frequently a feature in the systems of judicial control of administrative decisions found throughout the Council of Europe member States. Indeed, in the instant case, the subject-matter of the contested decision by the inspector was a typical exam-

[1014] § 46.
[1015] § 38. Inspektøren opfyldte dog ikke i sig selv uafhængighedskravet, idet ministeren til enhver tid kunne tilbagekalde inspektørens afgørelse. Der var derfor ikke tale en domstol i EMRK artikel 6's forstand. Se § 23 og § 38.
[1016] § 47.
[1017] § 47.

ple of the exercise of discretionary judgment in the regulation of citizens' conduct in the sphere of town and country planning.«[1018]

Generelt kan Menneskeretsdomstolens fremgangsmåde derfor anskues ud fra fairness-betragtninger, der følgelig er det overordnede formål med EMRK artikel 6.[1019]

Hvis sagens fakta således er blevet fastlagt, fx at en bebyggelse er ulovlig opført, er det tilstrækkeligt, at den nationale domstols afgørelse truffet på grundlag heraf sikrer fairness konkret. Dette kan være når, der i det administrative system er tale om en domstolslignede proces, hvor der er blevet lagt vægt på overholdelse af principperne om offentlighed, retfærdighed, og uafhængighed – og med mulighed for en prøvelse heraf af den nationale domstol, såfremt principperne ikke var iagttaget. Om afgørelsen er truffet på baggrund af myndighedernes skønsudøvelse inden for et specialiseret forvaltningsområde så som planlovgivning skal således derudover også tillægges vægt (testelement 1).[1020] Sagstypen gør, at prøvelsen ikke behøver at være dybdegående, og slet ikke når klageren havde erkendt, at han havde handlet ulovligt. Man kan sige dette også er et fairness-element, idet det særlige fagkyndigskab hos den administrative myndighed gør formodningen om en materiel rigtig afgørelse endnu mere betryggende.

Det er derudover særligt vigtigt at bemærke, at Menneskeretsdomstolen fremhævede, at denne form for domstolskontrol af forvaltningsafgørelser er sædvanlig mange steder i de kontraherende stater. Dette minder således meget om den udtalelse Kommissionen gav i Kaplan v. Storbritannien. Her blev det fastslået, at en fortolkning af EMRK artikel 6, der giver adgang til en fuld prøvelse af administrative afgørelser ville være i uoverensstemmelse med de kontraherende staters »existing, and long-standing, legal position«.[1021] Den dynamiske fortolkning begrænses af present-day conditions.

I Bryan-sagen blev konkrete kriterier således fastlagt i forhold til hvilken grad af intensitet domstolsprøvelsen af administrative afgørelser skal underlægges. Det er med disse kriterier, at Menneskeretsdomstolen igen modificerer udgangspunktet om, at den nationale domstol skal have fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske retlige omstændigheder

Dette betyder, at kravet fastlagt i Albert og Le Compte-sagen om, at der enten skal være et system hvor »the jurisdictional organs themselves comply with the requirements of Article 6 para. 1 (art. 6-1), or they do not so comply but are subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 para. 1 (art. 6-1)« under bestemte betingelser ikke behø-

[1018] § 47.

[1019] Se herom kapitel 4, afsnit 1.

[1020] Se også andre sager mod Storbritannien inden for planlovgivningsområdet, fx Jane Smith, sag af 18.1.2001, §§ 131-134 og Chapman, sag af 18.1.2001, §§ 122-125.

[1021] Sag 17.7.1980, § 161.

ver at være opfyldt. I stedet er kravet således, at der skal være tale om en *tilstrækkelig domstolsprøvelse*, jf. Bryan-sagen.[1022]

Det kan anføres, at Bryan-sagens tre-leddet test medfører, at der er en vekselvirkning mellem disse to former for nationale »systemer«. En efterfølgende domstolsafgørelse, der ikke underlægges en fuld prøvelse, kan i sagens natur ikke opfylde kravene i artikel 6, når den administrative afgørelse ikke kan kompensere herfor. Menneskeretsdomstolen har med Bryan-sagen således fastslået, at visse kriterier, herunder hvis der tale om, at den administrative afgørelse er blevet truffet under domstolslignende forhold, netop kan kompensere for – uanset alle kravene i EMRK artikel 6 ikke opfyldes[1023] – at den nationale domstol har været tilbageholdende, med at prøve sagens faktiske omstændigheder. Det betyder, at EMRK artikel 6 under disse betingelser derfor følgelig heller ikke kræver en efterprøvelse af skønnets kerne.

Med udgangspunkt i denne fremgangsmåde har Menneskeretsdomstolen i to sager præciseret de enkelte testelementer fra Bryan-sagen.

I den første sag *Sigma Radio Television LTD v. Cypern*[1024] fra 2011 anførte Menneskeretsdomstolen, at det af konventionspraksis ikke kan udledes, at: »the role of Article 6 of the Convention [is] to give access to a level of jurisdiction which can substitute its opinion for that of the administrative authorities.[1025] Kommissionens tilsvarende udtalelse herom i Kaplan-sagen bliver således her klart slået fast.[1026]

I relation til spørgsmålet om hvorvidt den nationale domstolsprøvelse i den konkrete sag opfyldte kravene i EMRK artikel 6 udtalte Menneskeretsdomstolen:

»*In assessing the sufficiency of judicial review* the Court regard to *[1]* the powers of the judicial body in question and to such factors as *([2]*the subject-matter of the decision appealed against, in particular, whether or not it concerned a specialised issue requiring professional knowledge or experience and whether it involved the exercise of administrative discretion and if, so, to what extent; *(3)* the manner in which that decision was arrived at, in particular, the procedural guarantees available in the proceedings before the adjudicatory body; and *(4)* the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal«[1027] (mine fremhævelser)

[1022] Jf. tillige Harris, O'boyle & Warbrick, 2014, side 395. Se om Bryan-sagen fx også Peer Lorenzen, 2011, side 498 f., Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 381 og René Dejbjerg Pedersen, 2006, side 255 ff.

[1023] I Albert og Le Compte-sagen blev der modsat statueret en krænkelse af EMRK artikel 6, idet sagen for de administrative myndigheder ikke inkluderede et offentlig retsmøde, selv om den administrative andeninstans opfyldte uafhængigheds- og upartiskkravet i bestemmelsen.

[1024] Sag af 21.10.2011.

[1025] § 153.

[1026] Se Kaplan-sagen, §§ 124-125, oven for i afsmit 1.3.1.

[1027] § 154.

Det betyder dermed, at der lægges vægt på følgende:

1) Den nationale domstols beføjelser

2) sagstypen i relation til den påklagede afgørelse, især hvorvidt der er tale om et specialiseret område, som kræver professionel viden eller erfaring, og hvorvidt der er tale om udøvelse af et forvaltningsretligt skøn.

3) de omstændigheder hvorunder afgørelsen er blevet truffet hos den administrative myndighed, især efter hvilke processuelle regler og retsgarantier samt

4) tvistens genstand, herunder behovet og begrundelsen for at påklage afgørelsen, og herunder hvilke anbringender, har klageren reelt har påberåbt sig for den nationale domstol.

Sigma Radio-sagen vedrørte en klager, som drev en tv- og radiostation. Klageren var af et administrativt organ blevet pålagt adskillige bøder som følge af, at han i flere tilfælde ikke havde overholdt forskrifter i den pågældende lovgivning vedrørende tv- og radioudsendelser.

Klageren havde for Menneskeretsdomstolen gjort gældende, at domstolsprøvelsen for den nationale Højesteret ikke opfyldte kravene i artikel 6. Den nationale Højesteret havde ikke fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder. Klageren gjorde gældende, at den nationale Højesteret alene kunne prøve lovligheden af den administrative afgørelse, hvilket betød, at der ikke var mulighed for bevisførelse, ej heller kunne den nationale Højesteret træffe en ny selvstændig afgørelse.

Menneskeretsdomstolen fandt efter en helhedsbedømmelse af de oven for beskrevne testelementer – der hver især var »positivt opfyldt« – at klageren havde haft en tilstrækkelig domstolsprøvelse, og derfor forelå der ikke en krænkelse af EMRK artikel 6. For at undgå gentagelser behandles testelementerne i forhold til den konkrete sag neden for i afsnit 2.1.1.

I den anden sag, *Fazia Ali v. Storbritannien*[1028] fra 2015, anførte Menneskeretsdomstolen, med afsæt i testelementerne, som de er formuleret i Sigma Radio-sagen, at det er nødvendigt at se på selve rammen for den pågældende nationale lovgivning, herunder hvilke processuelle retsgarantier, der har været til rådighed for klageren under sagens behandling, for at kunne vurdere hvorvidt sagsbehandlingen »taken as a whole, provided a due enquiry into the facts.«[1029]

Det må derfor betyde – i overensstemmelse med Bryan-sagen – at der skal foretages en helhedsbedømmelse af sagens behandling for den administrative myndighed og for den nationale domstol. Dette fortolkningsprincip kendes fra Menneske-

[1028] Sag af 20.10.2015.
[1029] § 79.

retsdomstolens øvrige praksis, hvor et konkret begivenhedsforløb underlægges en helhedsbedømmelse, der kan medvirke til, at der ikke statueres en krænkelse, selv om enkelte elementer isoleret bedømt kan anføres at indebære en krænkelse.[1030]

Menneskeretsdomstolen fremhævede derudover mere specifikt i sagen, at der i denne helhedsbedømmelse skal inddrages »the nature and purpose of that scheme«. Vurderingen af om en domstolsprøvelse har været tilstrækkelig afhænger for det første nødvendigvis ikke kun afhænger af den skønsmæssige eller tekniske karakter af den påklagede afgørelse. For det andet afhænger vurderingen heller ikke kun af det specifikke spørgsmål, som klageren ønsker at indbringe for domstolen, og som er det centrale spørgsmål for klageren. Menneskeretsdomstolen udtalte, at der i vurderingen også skal indgå »more generally, on the nature of the "civil rights and obligations" at stake and the nature of the policy objective pursued by the underlying domestic law.«[1031]

Dette betyder, at Bryan-sagens testelementer i Sigma Radio-sagen bliver præcisret. I forhold til »the subject-matter« i testens andet element skal det nødvendigvis ikke tillægges vægt, at den påklagede afgørelse er skønsmæssig eller af teknisk karakter. Hvad angår testens fjerde element om the »content of dispute«, kan de konkrete og faktiske anbringender, som klageren har gjort gældende for den nationale domstol, i nogle tilfælde derfor være uden betydning.

Set i dette perspektiv, kan være svært at forudsige hvilken vægt ,de enkelte testelementer har i en konkret sag. Det afhænger således af sagens konkrete omstændigheder.[1032]

Den konkrete sag omhandlede en hjemløs, der opfyldte kravene for at blive visiteret til en bolig. Den nationale myndighed havde derfor en forpligtelse til at sikre sig, at klageren og hendes familie blev indkvarteret i en bolig. Klageren havde fået flere boligtilbud, men havde imidlertid afslået dem alle. På baggrund af klagerens afslag, traf den nationale myndighed afgørelse om, at forpligtelsen til at indkvartere klageren i bolig ikke længere var gældende. Klageren indbragte herefter afgørelsen for den nationale domstol, og sagen blev behandlet i tre instanser. Klageren gjorde gældende, at hun aldrig havde modtaget et brev i forbindelse med det sidste tilbud, og derfor havde de nationale myndigheder ikke taget sagens faktiske omstændigheder i betragtning. De nationale domstole havde imidlertid kun begrænset kompetence til at efterprøve sagens faktiske omstændigheder, herunder at ikke der kunne foretages ny bevisførelse.

[1030] Se nærmere om dette fortolkningsprincip foran i kapitel 4, afsnit 1.4.

[1031] § 84. Se i denne forbindelse Kingsley v. Storbritannien, sag af 28.5.2002, § 32, hvor Menneskeretsdomstolen udtalte: »The Court does not accept the applicant's contention that, because of what was *at stake* for him, he should have had the benefit of a full court hearing on both the facts and the law.«

[1032] Se også René Dejbjerg Pedersen, 2006, side 261 f.

Klageren gjorde for Menneskeretsdomstolen gældende, at hun ikke havde haft mulighed for at få prøvet sagens faktiske omstændigheder af en uafhængighed og upartisk domstol.

Menneskeretsdomstolen bemærkede som det første, at den nationale myndigheds stillingtagen ikke kun omhandlede sagens fakta, idet der også skulle tages stilling til de lovlige grunde for at ophæve forpligtelsen til at indkvartere klageren i en bolig. Derudover var der i sagen ingen tvivl om, at sagsbehandlingen havde været retfærdig. Menneskeretsdomstolen anførte, at der dog var en mulighed for, at klageren ikke havde modtaget brevet, men at hun desuagtet havde kendskab til boligtilbuddene, hvoraf hun havde set en af lejlighederne, om hun havde afslået at ville bo i.

I forbindelse med sagens behandling for den nationale myndighed, bemærkede Menneskeretsdomstolen også, at der forelå nogle væsentlige processuelle retsgarantier. Den pågældende person, der skulle træffe den endelige afgørelse, havde ikke forinden deltaget i sagens behandling, klageren havde mulighed for at fremkomme med sine synspunkter i forhold til afgørelsen, som den nationale myndighed var forpligtet til at tage stilling til, klageren var berettiget til at være repræsenteret samt havde modtaget information om hendes ret til klage til den nationale domstol.[1033]

I forhold til den nationale domstol bemærkede Menneskeretsdomstolen, at denne ikke havde jurisdiktion til at foretage en fuld prøvelse af sagens faktiske omstændigheder. Dog kunne den nationale domstol foretage en vis prøvelse af sagens faktiske omstændigheder, herunder de anbringender klageren havde gjort gældende vedrørende sagens faktiske omstændigheder.[1034]

Menneskeretsdomstolen udtalte, at formålet med den nationale lovgivning »was designed to provide housing to homeless persons. It was therefore a legislative welfare scheme covering a multitude of small cases and intended to bring as great a benefit as possible to needy persons in an economical and fair manner.«

Menneskeretsdomstolen fandt herefter, at i sådanne situationer, hvor en »civil right« udledes fra et »social welfare scheme« og hvor, hvor sagens faktiske omstændigheder grundigt er blevet undersøgt hos den nationale myndighed, kræver EMRK artikel 6 ikke, at der skal være ny prøvelse af sagen med en adgang til at føre vidner. Menneskeretsdomstolen lagde i den forbindelse vægt på, at dette i så fald havde betydelige følgevirkninger for både den nationale lovgivning og selve indretningen af domstolssystemet. Menneskeretsdomstolen fandt på denne baggrund, at klageren havde fået en tilstrækkelig prøvelse.[1035]

Dette på trods af, at det kan anføres, at der var meget på spil for klageren i den pågældende sag. Resultatet af Menneskeretsdomstolens afgørelse må dog skulle ses i relation til den konkrete retfærdighed, hvor der var tale om lovgivning, der tilbød

[1033] § 82.
[1034] § 83.
[1035] § 85 og § 87

klageren en bolig inden for rammerne af den sociale velfærdslovgivning, og som klageren beviseligt havde afslået flere gange.[1036]

2.1.1. Menneskeretsdomstolens testelementer

Som det fremgår af den beskrevne konventionspraksis, der går helt tilbage til1980, er der således flere faktorer, som er relevante at inddrage, når det skal vurderes, hvorvidt en given national domstolsprøvelse af en administrativ afgørelse er tilstrækkelig.[1037]

Denne fremgangsmåde er i større eller mindre omfang blevet fulgt i sager, der i første instans er truffet af en administrativ myndighed. Kravet om fuld jurisdiktion vil blive opfyldt, hvor den nationale domstol enten har en tilstrækkelig jurisdiktion (»sufficient jurisdiction«) eller har udøvet en tilstrækkelig domstolsprøvelse (»sufficient review«.)[1038]

Nedenfor følger en uddybning af de forskellige testelementer. I forhold til det andet testelement er det vigtigt at bemærke ordene »and if, so« mellem det andet og tredje testelement. Disse ord kan betone, at testens tredje og fjerde led kun bliver anvendelige såfremt andet led positivt kan opfylde. Det vil betyde, at der kun lægges vægt på andet og tredje testelement, idet de tilfælde, hvor der er tale om et specialiseret forvaltningsområde, hvis afgørelser beror på en skønsudøvelse.[1039]

Dette vil imidlertid være forkert fortolkning af Menneskeretsdomstolens fremgangsmåde. Det følger af Sigma Radio-sagen – hvor testelementerne er formuleret på denne måde – at spørgsmålet, om hvorvidt en national domstolsprøvelse har været tilstrækkelig, afhænger af den enkeltes sags konkrete omstændigheder, hvorunder der skal være en hensyntagen til alle de relevante faktorer, der indgår i testen.[1040]

I Fazia Ali-sagen og Bryan-sagen, blev der, som beskrevet, endvidere også anlagt en helhedsbedømmelse af sagens konkrete omstændigheder med en inddragelse af de enkelte testelementer.[1041]

[1036] Klageren havde for Menneskeretsdomstolen gjort gældende, at hendes sag skulle bedømmes analogt med Tsfayo v. Storbritannien, sag af 14.11.2006, der behandles neden for under ad 2, men dette afviste Menneskeretsdomstolen, og henviste til, at Tsfayo-sagen vedrørte boligstøtte og ikke støtte til hjemløse.

[1037] Se også René Dejbjerg Pedersen, 2004, side 257 ff., der behandler disse forskellige faktorer, fra tiden før Sigma Radio Television LTD. v. Cypern, sag af 21.10.2011.

[1038] Se også Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, side 393.

[1039] Sigma Radio Television LTD v. Cypern, sag af 21.10.2011, § 154.

[1040] Sigma Radio Television LTD v. Cypern, sag af 21.10.2011, § 155 og § 158.

[1041] Tsfayo v. Storbritannien, sag af 14.11.2006, der behandles neden for under ad 2 – og som er fra tiden før Sigma Radio Television LTD v. Cypern, sag af 21.10.2011 – havde Menneskeretsdomstolen bemærkede, at visse processuelle retsgarantier var sikret under den administrative behandling, men at disse dog ikke kunne overvinde det forhold, at det myndigheden ikke var upartisk. Menneskeretsdomstolen havde bemærket en forskel i relation til den øvrige konventions-

2.1.1.1. Den nationale domstols beføjelser

Menneskeretsdomstolen foretager første en undersøgelse af den nationale domstols prøvelseskompetence, dvs. der foretages en vurdering af, om der er fuld jurisdiktion for domstolsprøvelsen, eller om der fx er tale om en begrænset kompetence til at prøve sagens faktiske omstændigheder.

I forhold til at Menneskeretsdomstolens foretager en vurdering af den enkelte nationale domstols prøvelseskompetence, er det vigtigt at bemærke, at den konkrete domstolsprøvelse således godt kan være tilstrækkelig, selv om den nationale domstol reelt og generelt set ikke havde en tilstrækkelig jurisdiktion. Dette betyder, at sagens konkrete omstændigheder i henhold til denne test kan retfærdiggøre en tilbageholdende prøvelse hos den nationale domstol af sagens faktiske omstændigheder. En domstolsprøvelse kan således være tilstrækkelig, selv om den nationale domstol ikke har efterprøvet sagens faktiske omstændigheder, og selv som den nationale domstol kun i begrænset omfang kan efterprøve sagens faktiske omstændigheder. Dette betyder, at en domstolsprøvelse desuagtet i disse tilfælde kan være tilstrækkelig, selv om der er gjort indsigelser mod sagens faktiske omstændigheder.[1042]

2.1.1.2. Sagstypen i relation til den påklagede afgørelse

Dette andet testelement vedrører selve sagstypen (»the subject-matter«). Afhængig af sagens konkrete omstændigheder, indgår der i Menneskeretsdomstolens vurdering af sagstypen, om der er tale om et specialiseret forvaltningsområde, som kræver professionel viden eller erfaring, og hvorvidt der er tale om udøvelse af et forvaltningsretligt skøn *eller* mere generelt spørgsmålet om »the nature of the "civil rights and obligations" at stake and the nature of the policy objective pursued by the underlying domestic law«[1043]

I relation til det sidstnævnte foreligger der, så vidt vides, kun én afgørelse herom fra Menneskeretsdomstolen. Det er Fazia Ali-sagen fra 2015, hvor Menneskeretsdomstolen således præciserede dette testelement. I denne sag var der, som det er beskrevet ovenfor, tale om en »civil right«, der blev udledt fra et »social welfare scheme«, som tilbød genhusning til hjemløse. Klageren var inden for rammerne af denne lovgivning blevet tilbudt flere boliger, som hun angiveligt havde afslået. Sa-

---

praksis. Den administrative myndighed manglede ikke kun uafhængighed fra den udøvende magt, men var også direkte forbundet til en af parterne i tvisten. Her blev der således ud fra en umiddelbar betragtning foretaget samlet og fair helhedsbedømmelse af sagens konkrete omstændigheder. I den konkrete sag kunne samtlige testelementer ikke opfyldes.

[1042] Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, side 393 f.

[1043] Henholdsvis Sigma Radio Television LTD v. Cypern, sag af 21.10.2011 § 154 og Fazia Ali v. Storbritannien, sag af 20.10.2015, § 84.

gen vedrørte et simpelt faktuelt spørgsmål om, hvorvidt det kunne bevises, at klageren havde modtaget et brev om tilbud af en bolig, mens det var uanfægtet, at hun havde modtaget tidligere tilbud. Der var således ikke tale om en afgørelse, der krævede specialviden- eller erfaring eller var af teknisk karakter. Efter EMRK artikel 6 var der ikke krav om, at den nationale domstol skulle efterprøve dette faktuelle spørgsmål, bl.a. på grund af »the subject-matter«.

Der foreligger derimod adskillige afgørelser i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt den påklagede afgørelse er truffet inden for et specialiseret forvaltningsområde ved udøvelsen af et skøn. Nogle afgørelser er udvalgt for at trække nogle overordnede linjer.[1044]

I Bryan-sagen havde Menneskeretsdomstolen anført havde følgende i relation til »the subject-matter of the decision appealed against«:

»…[I]n the instant case, the subject-matter of the contested decision by the inspector was a *typical example of the exercise of discretionary judgment in the regulation of citizens' conduct in the sphere of town and country planning.*«[1045] (Mine fremhævelser)

Ud fra en umiddelbar fortolkning og når man læser den rene ordlyd af Menneskeretsdomstolens præmisudtalelse, kan man næsten ikke andet end at forstå denne som, at »the subject-matter of the decision appealed against« vedrører et bestemt forvaltningsområde.[1046]

Efterfølgende afgørelser havde dog indikeret, at »the subject-matter« ikke var en henvisning til en afgørelse inden for et bestemt forvaltningsområde, men en generel henvisning til forvaltningsafgørelser, der træffes på et skønsmæssigt grundlag.[1047] Dette vil sige, at det forhold, at Bryan-sagen konkret vedrørte planlovgivning, som udgangspunkt, ville være uden betydning. Resultatet af denne fortolkning af konventionspraksis ville således være, at det ikke er selve forvaltningsområdet, der dikterer kravene til prøvelsesintensiteten hos nationale domstole, men alene det forhold, at der er tale om en forvaltningsafgørelse.[1048]

[1044] Se litteratur på området, der behandler konventionspraksis, bl.a. Harris, O'Boyle & Warbrick, 2014, side 392 ff., Peer Lorenzen, 2013, side 497 ff., Jon Fridrik Kjølbro, side 379 ff.

[1045] § 47.

[1046] Se også René Dejbjerg og Rasmus Skovsgaard Haugaard, *Domstolsprøvelse: Afskæring og begrænsning*, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2001, side 258.

[1047] Jf. René Dejbjerg Pedersen, 2004, side 256 ff. med henvisning til Kingsley v. Storbritannien, sag af 28.5.2002, § 53, der drog en analogi til Bryan-sagen og generelt henviste til »a classic exercise of administrative discretion« og X v. Storbritannien, sag af 19.1.1998, hvor det anførtes »The subject-matter of the decision appelaed against in the present case was a classic exercise of administrative discrecion«.

[1048] Se også René Dejbjerg og Rasmus Skovsgaard Haugaard, *Domstolsprøvelse: Afskæring og begrænsning*, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2001, side 258.

Af Menneskeretsdomstolens udtalelse i Sigma Radio-sagen omkring »the subject-matter« kan det dog udledes, at det konkrete forvaltningsområde kan have betydning for prøvelsesintensiteten og dermed hvorvidt en tilbageholdende prøvelse af sagens faktiske omstændigheder kan retfærdiggøres.

I Sigma Radio-sagen anførte Menneskeretsdomstolen i relation til det konkrete forvaltningsområde:

»…that the decisions challenged before the Supreme Court were taken by the CRTA, which was set up to *regulate broadcasting* pursuant to, and to *monitor compliance* with, the relevant legislation. In its decisions the CRTA had found that the applicant had violated certain provisions of the Law and Regulations in various broadcasts. *Their subject matter was therefore a classic exercise of administrative discretion in the specialised area of law concerning broadcasting* taken in the context of ensuring standard setting and compliance with the relevant legislation and regulations pursuant to public interest aims…«[1049] (mine fremhævelser)

Også forinden Sigma Radio-sagen synes det at kunne udledes af konventionspraksis, at forvaltningsområdet har betydning for hvilke krav, der stilles til omfanget af domstolsprøvelsen.

I *Crompton v. United Kingdom*[1050], der omhandlede kompensation for afskedigelsen af en økonomiarbejder i militæret som følge af, at stillingen var blevet overflødig, fremhævede Menneskeretsdomstolen, at »The Army Board« havde en stor margin for skønnet i forhold til beregningen af kompensationen. Skønsudøvelsen krævede dog ikke nogen særlig specialviden blandt medlemmerne i organet, hvilket Menneskeretsdomstolen bemærkede, var forskellig fra bl.a. Bryan-sagen, hvor der var en såkaldt inspektør med specialkompetence inden for planlovgivningsområdet. The Army Board«" kunne derudover ikke betragtes som en uafhængig og upartisk domstol, der opfyldte kravene i artikel 6. Der var således ikke en overbevisende grund til, at The Army Board«skulle afgøre en sådan sag frem for en uafhængig og upartisk domstol, når der ikke behov for specialviden:

»The Court observes that the Army Board had responsibility, in the main, for making findings of fact. In addition, in the present case, it enjoyed a large degree of discretion in deciding what level of compensation ought to be offered to the applicant, the relevant legislation and internal regulations laying down no particular method by which any award of compensation ought to be calculated. However, unlike the cases of *Bryan v. the United Kingdom* and *X v. the United Kingdom*, cited above, the exercise of that discretion did not benefit from any specialist knowledge offered by the members of the tribunal in question[…][1051] (mine fremhævelser)

[1049] § 161.
[1050] Sag af 10.5.2010.
[1051] § 77.

Menneskeretsdomstolen anførte i forlængelse heraf, at der ville være en krænkelse af artikel 6, medmindre domstolsprøvelsen var »sufficiency of review« til at reparere, at der ikke var tale om uafhængig førsteinstans. Menneskeretsdomstolen fandt, at der havde været en tilstrækkelig domstolsprøvelse, idet den nationale domstol i en vis grad i detaljer havde prøvet, hvordan The Army Board var kommet frem til udregningen af kompensationen. Den nationale domstol kunne prøve både selve metoden til beregningen og de tal, der dannede grundlag for udregningen. Den nationale domstol nåede endda frem til, at tallene var for upræcise og bad derfor The Army Board om at revidere beregningen.

I Crompton-sagen var der således ikke tale om et specialiseret lovområde, hvis skønsudøvelse, krævede ekspertviden. Der blev ikke fundet en krænkelse, fordi domstolsprøvelsen desuagtet havde været grundig og omvendt: havde domstolsprøvelsen ikke været sådan her, ville der formodentlig have været en krænkelse. En grundig(ere) domstolsprøvelse af sagens faktiske omstændigheder var påkrævet, fordi der netop ikke var tale om et specialiseret lovområde.

Modsat blev der statueret en krænkelse i *Tsfayo v. Storbritannien*[1052], hvor den nationale domstol ikke havde taget stilling til sagens centrale tvist, der vedrørte simple fakta. Den konkrete tvist vedrørte, hvorvidt klageren havde haft en rimelig grund til at indgive en anmodning om boligstøtte for sent. Den administrative myndighed havde ikke fundet klagernes begrundelse for at afgive anmodningen for sent overbevisende, hvorfor hun havde mistet retten til boligstøtten.

Menneskeretsdomstolen bemærkede, at sagsprocessen i denne pågældende sag adskilte sig fra bl.a. Bryan-sagen, idet afgørelsen af sagens tvist ikke krævede specialviden- eller erfaring og der var ikke tale om en skønsudøvelse i henhold til bredere politiske forhold. Snarere var der tale om en skønsmæssig vurdering i forhold til tilfældige faktiske omstændigheder, som ikke krævede specialistviden.

Menneskeretsdomstolen gav følgende begrundelse for, at der forelå en krænkelse af EMRK artikel 6:

»*The applicant had her claim refused because the HBRB did not find her a credible witness.* Whilst the High Court had the power to quash the decision if it considered, inter alia, that there was no evidence to support the HBRB's factual findings, or that its findings were plainly untenable, or that the HBRB had misunderstood or been ignorant of an established and relevant fact (see paragraphs 25-26 above), it did not have jurisdiction to rehear the evidence or substitute its own views as to the applicant's credibility. *Thus, in this case, there was never the possibility that the central issue would be determined by a tribunal that was independent of one of the parties to the dispute.*«[1053]

[1052] Sag af 14.11.2006.
[1053] § 48.

Det forhold, at den nationale domstol således var bundet af den administrative myndigheds fastsættelse af sagens faktiske omstændigheder, idet den ikke kunne tage stilling til sagens beviser eller foretage en selvstændig vurdering af hvorvidt klagerens begrundelse var sand, statuerede en krænkelse af EMRK artikel 6. Det var således ikke tilstrækkeligt, at den nationale domstol dog havde kompetence til at omstøde afgørelsen, hvis der blev fundet fejl ved den administrative myndigheds fastsættelse af sagens fakta. Heraf kan forudsætningsvis udledes, at den nationale domstol skulle have haft kompetence til selv at træffe afgørelse på grund af, at der var tale om et simpelt spørgsmål om fakta, og således ikke en konkret skønsmæssig afgørelse.[1054]

2.1.1.3. Omstændighederne hvorunder afgørelsen er blevet truffet

»The manner in which the decision was arrived at« vedrører i det væsentligste hvorvidt den administrative myndigheds sagsbehandling er sket under domstolslignede forhold.

Som det er beskrevet ovenfor, blev der i Bryan-sagen lagt vægt på overholdelse af principperne om offentlighed, retfærdighed, og uafhængighed – og med mulighed for en prøvelse heraf ved den nationale domstol, såfremt principperne ikke var agttaget.[1055]

I Fazia Ali-sagen forelå der også mange fundamentale retsgarantier. Den pågældende person i den administrative myndighed, der skulle træffe den endelige afgørelse, havde ikke forinden deltaget i sagens behandling, klageren havde mulighed for at fremkomme med sine synspunkter i forhold til afgørelsen, som den nationale myndighed var forpligtet til at tage stilling til, klageren var berettiget til at være repræsenteret samt havde modtaget til information om hendes ret til klage til den nationale domstol.[1056]

I Sigma Radio- sagen havde klageren haft adgang til en række ubestridte retsgarantier. Klageren havde i detaljer fået at vide hvilke overtrædelser, han havde begået ,og forinden afgørelsen blev truffet var der blev afholdt en høring, hvor klageren havde mulighed for at komme med både mundtlige og skriftlige partsindlæg.[1057]

I Tsfayo-sagen blev der lagt vægt på, at den administrative myndighed ikke kun manglende uafhængighed fra den udøvende magt, men var også direkte forbundet til en af parterne i tvisten, hvilket således betød, at myndigheden heller ikke var upartisk. Visse processuelle retsgarantier som kontradiktion og bevisførelse var dog

[1054] Jf. også Harris O'Boyle & Warbrick, 2014, side 395.

[1055] Se § 46-47. Se også Sigma Radio Television LTD, sag af 21.10.2011, § 162.

[1056] Se § 83. Klageren havde for Menneskeretsdomstolen gjort gældende, at hendes sag skulle bedømmes analogt med Tsfayo v. Storbritannien, sag af 14.11.2006, men dette afviste Menneskeretsdomstolen, idet der ikke forelå fundamental mangel om upartiskhed som i Tsfayo-sagen.

[1057] Se § 162.

sikret under den administrative behandling, men disse kunne desuagtet ikke overvinde det forhold, at myndigheden ikke var upartisk.

Derudover har Menneskeretsdomstolen i *Letničič mod Kroatien*[1058]statueret en krænkelse af EMRK artikel 6, hvor den nationale domstol ikke havde hjemvist sagen til fornyet behandling, selv om der var fundet afgørende fejl i sagsbehandlingen.

Sagen omhandlede retten til godtgørelse til pårørende, der har mistet forældre som følge af disses deltagelse i krigshandlinger. Klagerens far var tidligere soldat og havde begået selvmord. Klageren påstod, at årsagen til selvmordet var farens deltagelse i krigshandlinger.

Den nationale myndighed havde med baggrund i en ekspertvurdering havde givet klageren afslag på godtgørelse, hvori der ikke var fundet årsagssammenhæng mellem farens selvmord og deltagelsen i krigshandlinger. De nationale domstole, der også havde taget stilling til sagen, havde tilsvarende i sine afgørelser lagt vægt på ekspertvurderingen.

Klageren havde for Menneskeretsdomstol gjort gældende, at han ikke havde haft en retfærdig sagsbehandling ved spørgsmålet om retten til godtgørelse. Klageren anførte, at han ikke havde haft mulighed for at bestride ekspertens vurdering, herunder på hvilket grundlag vurderingen skulle indhentes og foretages samt hvordan ekspertvurderingen skulle bruges til at træffe afgørelse i sagen.

Menneskeretsdomstolens vurdering omhandlede:

»that there was no "judicial body that has full jurisdiction" able to subsequently review and remedy the possible shortcomings in the proceedings before the administrative bodies.«[1059]

Menneskeretsdomstolen skulle derfor vurdere, hvorvidt manglen på denne processuelle retsgaranti som helhed har haft betydning for det afslag klageren fik. Menneskeretsdomstolen udtalte, at fuld jurisdiktion-doktrinen også skal forstås på følgende måde:

»The decisions taken by administrative or other authorities which do not themselves satisfy the requirements of Article 6 must be subject to subsequent control by a "judicial body that has full jurisdiction", including the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the challenged decision.« [1060]

Denne sag handler derfor om hvorvidt de nationale domstole har repareret en påstået mangel på processuelle retsgarantier hos den nationale myndighed.

[1058] Sag af 3.8.2016. Se bl.a. også Kingsley v. Storbritannien, sag af 28.5.2002, §§ 32-34. Her forelå der en krænkelse, idet nationale domstol, hvor der var blevet fundet manglende upartiskhed ikke kunne hjemvise sagen til fornyet behandling hos den samme eller en anden administrativ myndighed,
[1059] § 55.
[1060] § 55.

Flere forhold har haft betydning for, at der forelå en krænkelse af EMRK artikel 6. Menneskeretsdomstolen bemærkede, at ekspertvurderingen havde haft afgørende betydning for afgørelsens resultat, idet den nationale myndighed ikke kunne indhente en vurdering fra en anden ekspert, men faktisk var bundet af ekspertvurderingen. Derudover indeholdt vurderingen oplysninger om medicinske fakta som ikke var inden for de nationale domstoles kompetence.[1061]

Menneskeretsdomstolen bemærkede også, at klageren reelt var blevet udelukket fra at deltage i processen omkring indhentelsen af ekspertvurderingen, bl.a. fordi han i første omgang slet ikke var blevet informeret om ekspertvurderingens eksistens. Denne udelukkelse havde haft seriøs betydning for klagerens position i processen, idet han ikke kunne kommentere på de bagvedliggende overvejelser i ekspertvurderingen, og han kunne heller ikke udspørge de vidner, der indgik i bevisførelsen for nationale myndighed.[1062] Menneskeretsdomstolen fremhævede, at på det tidspunkt, hvor klageren fik viden om ekspertvurderingen bestred han vurderingens resultater, men både den nationale myndighed og de nationale myndigheder havde ikke taget stilling til klagerens indsigelser. Det forhold, at faren forinden selvmordet angiveligt havde begået krigshandlinger, indgik ikke i ekspertvurderingen. På den baggrund fandt Menneskeretsdomstolen, at den nationale domstol ikke havde haft tiltrækkeligt grundlag til at henholde sig til ekspertvurderingen.[1063]

Menneskeretsdomstolen udtalte følgende om baggrunden for krænkelsen af EMRK artikel 6:

»It follows that the Administrative Court, *acting in the last instance of the administrative proceedings as a judicial body that had full jurisdiction* to examine all factual and legal questions arising in the context of the case, *failed to critically approach and remedy the procedural shortcomings* related to the applicant's exclusion from the process of commissioning and obtaining of the expert report. This failure of the Administrative Court was not subsequently adequately addressed and remedied by the Constitutional Court.«[1064] (mine fremhævelser)

Menneskeretsdomstolen fandt således, at den nationale forvaltningsdomstol havde haft fuld jurisdiktion til at prøve sagens relevante faktiske og retlige omstændigheder. Det betyder, at forvaltningsdomstolen i realiteten kunne havde rettet op på, at klageren ikke var inddraget i processen omkring ekspertvurderingen, ved at hjemvise sagen til fornyet behandling hos den nationale myndighed.[1065] Det samme kunne forfatningsdomstolen have gjort for så vidt angår forvaltningsdomstolen.

[1061] § 64.
[1062] § 65.
[1063] § 66.
[1064] § 67.
[1065] Se § 24, der beskriver forvaltningsdomstolens prøvelseskompetence.

2.1.1.4. Tvistens genstand som den fremstår for den nationale domstol

The »content of dispute« indgår også i vurderingen af, om den nationale domstolsprøvelse opfylder kravene i EMRK artikel 6. Menneskeretsdomstolen foretager en vurdering af, om den pågældende klager reelt har fået behandlet alle de anbringender som vedkommende har gjort gældende for den nationale domstol. Vurderingen vedrører således overordnet, om der har været en tilstrækkelig domstolsprøvelse (»sufficient review«) af tvistens genstand som denne fremstår for den nationale domstol.[1066]

Allerede i den tidlige konventionspraksis blev der lagt vægt på tvistens genstand, jf. Kaplan-sagen. I Kaplan-sagen var der dog ikke tale om anbringenderne, der konkret var gjort gældende for den nationale domstol, idet der ikke havde været en domstolsprøvelse. Kommissionen lagde imidlertid i sagen vægt på hvad klageren i Kaplan-sagen konkret anfægtede, dvs. tvistens karakter. Kaplan-sagen er vel at mærke fra tiden før Zumtobel-sagen, Bryan-sagen, Sigma Radio-sagen og Fazia Ali-sagen.

Kommissionen havde anført følgende om den generelle betydning af selve karakteren af en tvist for adgangen til en domstolsprøvelse:

»In deciding whether a right of access to court arises, *the nature of the claim or dispute under the relevant domestic law is thus of critical importance*[…] The question whether there is a "contestation or civil claim or dispute must therefore be examined as one of substance. Where an individual objects to action in affecting private rights, *the test must be whether he is in substance claiming that the adverse party has acted in a way he was not entitled to act under the applicable domestic law*«[1067]

Kommissionen anførte i relation til den konkrete sag:

»It is therefore necessary in the present case to examine *the substantive nature of the applicant's compliant or grievance* concerning the Secretary of State's action.«[1068]

Kommissionens vurdering vedrørte derfor, hvad det var konkret klageren mente var ulovligt fra myndighedens side.

Kommissionen bemærkede, at klageren ikke havde gjort indsigelser mod hverken sagens faktiske omstændigheder eller lovligheden af afgørelsen, herunder om relevante procedurer var overholdt eller ej. Klagerens indsigelse omhandlende alene, at den myndighedens afgørelse om, at han ikke længere var egnet til at udøve forsikringsvirksomhed var forkert, selv om han dog havde indrømmet, at han på nogle punkter ikke helt havde levet op til de lovgivningsmæssige krav for udøvelse

[1066] Se også René Dejbjerg Pedersen, 2004, side 259.
[1067] § 164.
[1068] § 165.

af forsikringsvirksomhed. Klageren mente således for, at han havde en adgang til en reel domstolsprøvelse, at den nationale domstol skulle foretage den skønsmæssige vurdering om han var »fit and proper«, men det var der ikke adgang til i den nationale lovgivning. Derfor havde de nationale myndigheder handlet lovligt og i overensstemmelse med en den nationale lovgivning.[1069] Kommissionen fandt på denne baggrund, at der ikke forelå en reel tvist mellem klageren og de nationale myndigheder, hvorfor der ikke var en krænkelse af EMRK artikel 6.[1070]

Menneskeretsdomstolen har i mange afgørelser fundet domstolsprøvelsen tilstrækkelig, selv om den pågældende nationale domstol ikke havde fuld jurisdiktion. Dette har fx været tilfældet i sager, hvor den nationale domstol har behandlet klagerens indsigelser punkt for punkt uden at afstå sig fra at have kompetence til at behandle dem, eller fordi de ikke kunne bedømme sagen relevante faktiske omstændigheder. Dette var bl.a. tilfældet i Sigma Radio-sagen, hvor Menneskeretsdomstolen udtalte:

»As is evident from the extensive reasoning in its judgment the Supreme Court examined all the above issues, point by point, without refusing to deal with any of them. The Supreme Court gave clear reasons for the dismissal of the applicant's points. It should be noted in this regard, that the applicant has not complained before this Court that the Supreme Court's judgment lacked adequate reasoning.«[1071]

Klageren havde således fået behandlet alle anbringenderne punkt for punkt, uden at den nationale domstol havde afslået at tage stilling til anbringenderne. Menneskeretsdomstolen bemærkede i denne sammenhæng, at klageren havde påstået, at anbringenderne vedrørte nødvendigheden og proportionaliteten af den bøde, han havde fået, men at dette desuagtet ikke var gjort gældende for den pågældende nationale domstol, og anførte herefter følgende:

»Further, to the extent that the applicant can be taken to suggest that, in any event, the Supreme Court did not have jurisdiction to examine the necessity and proportionality of the fines, *the Court notes that it is not its task to decide in abstracto that the Supreme Court would not have examined*

[1069] Se § 106.

[1070] Se i den forbindelse René Dejbjerg Pedersen, 2004, side 259, der anfører, at der i Zumtobel-sagen og Bryan-sagen forudsætningsvis af Menneskeretsdomstolen lægges op til, at en klager i realiteten aktivt må søge at få efterprøvet de dele af en forvaltningsafgørelse, som nationale domstole efter nationale regler ikke har kompetence til at efterprøve. Klageren i Kaplan-sagen havde således imidlertid alene gjort gældende, at den nationale domstol skulle kunne prøve hensigtsmæssighedsspørgsmål, hvilket han ikke fik noget ud af, idet Menneskeretsdomstolen således ikke fandt, at der var en krænkelse af EMRK artikel 6.

[1071] Sigma Radio Television LTD v. Cypern, sag af 21.7.2011, § 165. Se fx også Zumtobel v. Østrig, sag af 21.9.1993, § 32 og Bryan v. Storbritannien, sag af 22.11.1995, § 47.

these issues if raised or that it would have declined jurisdiction to deal with them. Such an exercise would, in the circumstances of the present application, be pure *surmise.* The applicant has not put forward any case-law in support of its claim. The Government, however, have referred the Court to a number of Supreme Court judgments in judicial review proceedings which indicate that the Supreme Court has the competence to examine such issues in its judicial review role. *The Court therefore cannot find that the applicant was justified in not raising these issues in its recourses.«*[1072] (mine fremhævelser)

Det bliver hermed i Menneskeretsdomstolens udtalelse understreget, at det således kun er den konkrete sags omstændigheder, der underlægges en menneskeretlig vurdering. Det er således vigtigt at bemærke, at Menneskeretsdomstolens bedømmelse af den nationale domstolsprøvelse sker »on a case to case basis «. Menneskeretsdomstolen finder det derfor ikke nødvendigt at vurdere, om den nationale domstol rent faktisk kunne have prøvet dele af beslutningsgrundlaget for den omtvistede forvaltningsafgørelse.[1073]

Omvendt har Menneskeretsdomstolen i sager, hvor de nationale domstole helt har afstået sig fra at tage stilling til sagernes centrale stridspunkt statueret krænkelse. Der er tale om sager, hvor domstolsprøvelsen i realiteten kun bestod i teorien, idet de nationale domstole havde set sig bundet af de administrative myndigheders forudgående undersøgelser, der var afgørende for sagernes udfald for domstolene, og uden at bedømme disse spørgsmål separat.

Dette var tilfældet i fx Tsfayo–sagen. Her var den nationale domstol bundet af den administrative myndigheds fastsættelse af sagens faktiske omstændigheder, idet den ikke kunne tage stilling til sagens beviser eller foretage en selvstændig vurdering af hvorvidt klagerens begrundelse for at indgive en anmodning om boligstøtte, var sand.[1074]

Det er dog vigtigt at bemærke, at klagerens konkrete anbringender, som de er gjort gældende for den nationale domstol, nødvendigvis ikke tillægges vægt, jf. Fazia Ali-sagen Den nationale domstol kunne ikke, som i Tsfayo- sagen tage stilling til sagens beviser eller foretage en selvstændighed af, hvorvidt klageren havde modtaget et brev omkring tilbud af en bolig. Menneskeretsdomstolen lagde i sin afgørelse tilsyneladene ikke vægt på klagerens anbringender, men henviste til, at der

[1072] § 168.

[1073] Jf. også Peer Lorenzen, 2011, side 499, der bemærker, at Menneskeretsdomstolen i bl.a. Bryan-sagen og Zumtobel-sagen alene har bedømt den prøvelse, der konkret var foretaget af de nationale domstole, og ikke generelt har taget stilling til, om domstolsprøvelsen i alle tilfælde vil være tilstrækkelig til at opfylde kravene i artikel 6, men modsat René Dejbjerg Pedersen, 2004, side 260 med en henvisning til bl.a. Bryan-sagen og Zumtobel-sagen.

[1074] Se også Obermeier v. Østrig, sag af 28.6.1990, § 70, der er beskrevet oven for i afsnit 1.3.1 Se tilsvarende fx Terra Woningen v. Holland, sag af 17.12.1996, §§ 50-55 og Capital Bank v. Bulgarien, sag af 24.11.2005, §§ 98-108.

skal ses »more generally, on the nature of the "civil rights and obligations" at stake and the nature of the policy objective pursued by the underlying domestic law.«

Derudover har Menneskeretsdomstolen i sager, hvor der ikke er udøvet tilstrækkelig jurisdiktion (»sufficient jurisdiction«) statueret krænkelse af EMRK artikel 6.

I Letničič-sagen havde den nationale domstol, der havde fuld jurisdiktion til at prøve sagens retlige og faktiske omstændigheder, uden prøvelse lagt en ekspertvurdering til grund. Afgørende for sagen var, om der forelå årsagssammenhæng mellem klagerens fars selvmord og dennes deltagelse i krigshandling, hvilket den nationale domstol således uprøvet lagde til grund, at der ikke var, og uden tage stilling til det forhold, at klagerne ikke havde været inddraget i processen omkring indhentelse og udfærdigelsen ekspertvurderingen.[1075]

I Kingsley v. Storbritannien[1076], hvor myndigheden ikke fandtes at være upartiskhed, udtalte Menneskeretsdomstolen, at kravet om fuld jurisdiktion i sådanne tilfælde kræver, at den nationale domstol enten skal have jurisdiktion til at omstøde afgørelsen og selv træffe en ny afgørelse eller til at hjemvise den til et organ, der er upartisk.

Hvis der er tale om spørgsmål af alene af retlig karakter, fx den administrative myndigheds anvendelse af den konkrete lovgivning synes det at kunne udledes af konventionspraksis, at nationale domstole skal kunne efterprøve de enkelte led i sådan en afgørelse.[1077]

2.3. Sammenfatning

Menneskeretsdomstolen har i nyere konventionspraksis modificeret og præciseret sit udgangspunkt om, at der skal være fuld jurisdiktion for domstolsprøvelsen – dog forudsat at visse betingelser er opfyldt. Konventionspraksis har således bevæget sig i en retning fra krav om fuld jurisdiktion for domstolsprøvelsen til mindre restriktive krav.

Når man læser doktrinen »a judicial body that has full jurisdiction« - og i sammenhæng med »all aspects of the matter«[1078] i Albert og Le Compte v. Belgien[1079], forekommer doktrinen således umiddelbart restriktivt, idet den nationale domstol skal have fuld kompetence til at bedømmelse sagens faktiske og retlige omstændigheder. I Albert og Le Compte-sagen kunne det forhold, at den nationale administrative myndighed havde domstolslignende træk således ikke reparerer det faktum, at den nationale domstol ikke kunne efterprøve sagens faktiske omstændigheder.

[1075] Se også Terra Woningen v. Holland, sag af 17.12.1996, §§ 50-55.
[1076] Sag af 28.5.2002, §§ 32-34.
[1077] Jf. forudsætningsvis Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgien sag af 23.6.1981§ 51, Zumtobel v. Østrig, sag af 21.9.1993, § 31 og Fazia Ali v. Storbritannien, sag af 20.10.2015, § 80.
[1078] Se også Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgien sag af 23.6.1981, § 61 og Sporring amd Lönnroth v. Sverige, sag af 23. september 1982, § 87.
[1079] Sag af 10.2.1983, § 37.

Doktrinen om fuld jurisdiktion er blevet modificeret og præciseret på den måde, at en domstolsprøvelse kan være tilstrækkelig, såfremt visse betingelser er opfyldt, jf. nærmere Zumtobel v. Østrig[1080], Bryan v. Storbritannien[1081] samt Sigma Radio Television LTD v. Cypern og[1082] Fazia Ali v. Storbritannien.[1083]

Baggrunden herfor skal findes i det faktum, at Menneskeretsdomstolen har villet imødegå, at mange af de kontraherende stater har indrettet deres retssystemer således, at forvaltningens afgørelser kun prøves i et begrænset omfang for så vidt angår sagens faktiske omstændigheder. Med andre ord, gives der også på dette område de kontraherende staterne en »margin of appreciation« i forhold til present day conidtions, hvilket følgelig må ses med baggrund i Menneskeretsdomstolenes komparative fortolkning, der netop tager hensyn til hvilke standarder, der anses som accepterede blandt medlemsstaterne

Menneskeretsdomstolen har især fundet, at der skal vises respekt for administrative afgørelser truffet forud for domstolsprøvelsen, og som er truffet på baggrund af en skønsudøvelse, herunder hensigtsmæssighedsbetragtninger og som ofte omhandler specialiserede forvaltningsområder.[1084]

Det er således vigtigt at være opmærksom på de mange faktorer i Menneskeretsdomstolens bedømmelsesgrundlag, der til stadighed udvikler sig, i vurderingen af om en national domstolsprøvelse af en forvaltningsafgørelse har været tilstrækkelig.

Finder Menneskeretsdomstolen på baggrund af en helhedsbedømmelse af disse faktorer, jf. forudsætningsvis Fazia Ali v. Storbritannien[1085], at domstolsprøvelsen har været tilstrækkelig, betyder det, at Menneskeretsdomstolen accepterer en begrænset prøvelse af sagens faktiske omstændigheder. Overordnet set er dette en vurdering af, om fairness er sikret konkret i den enkelte sag, således at retten til en domstolsprøvelse får effektiv betydning i praksis – og ikke kun i teorien – hvilket er følgelig er hele tankegangen bag EMRK artikel 6.

EMRK artikel 6 kræver dog følgelig, at der skal være fuld jurisdiktion for nationale domstole til at tilsidesætte en afgørelse, hvor der er fundet brud på processuelle retsgarantier hos den administrative myndighed.[1086]

Afgørende og konkludende kan der overordnet angives, at visse typer af begrænsninger til fuld domstolsprøvelse – under givne betingelser i kombination eller hver for sig – kan antages at overholde kravet i EMRK artikel 6.

Det gælder for det første, hvor sagens fakta er blevet fastlagt under domstolslignende forhold, der sikrer mange af de retsgarantier, der kræves efter EMRK artikel

[1080] Sag af 21.9.1993.
[1081] Sag af 22.11.1995.
[1082] Sag af 21.10.2011.
[1083] Sag af 20.10.2015.
[1084] Se fx Sigma Radio Television LTD v. Cypern, sag af 21.10.2011, § 153.
[1085] 20.10.2015.
[1086] Letničič v. Kroatien, sag af 3.8.2016 (dissens) og Kingsley v. Storbritannien, sag af 28.5.2002.

6. Det vil sige retsgarantier, som lægger sig tæt op ad en uafhængig og upartisk domstol, retten til kontraktion og bevisførelse samt retten til at have juridisk bistand.

Det gælder for det andet i de situationer, hvor klageren har fået behandlet alle anbringender, vedkommende har gjort gældende for den nationale domstol. Det er vigtigt at bemærke, at de kontraherende staters skønsmargin i forhold til en tilbageholdende domstolsprøvelse ofte er større, når den nationale domstol rent faktisk har behandlet de indsigelser, der er blevet fremsat. Det kan derfor være svært at overbevise Menneskeretsdomstolen om, at den nationale domstol har været tilbageholdende med at prøve sagens faktiske omstændigheder og myndighedernes skønsudøvelse.[1087]

Det gælder for det tredje i de tilfælde hvor sagen vedrører en påklaget afgørelse, der truffet på et skønsmæssigt grundlag inden for et specialiseret forvaltningsområde, der kræver specialviden- eller erfaring, eller teknisk fagkundskab.

Domstolsprøvelsen efter EMRK artikel 6 kræver i denne forbindelse således ikke, at nationale domstole skal træffe en selvstændig afgørelse, hvori der er taget stilling til hensigtsmæssigheden af en forvaltningsafgørelse.

Dette kan med en dansk terminologi forklares således, at skønsprøvelsen er begrænset på den vis, at det ikke kræves, at den nationale domstol kan tilsidesætte afgørelsen for så vidt den nationale domstol finder den uhensigtsmæssig, dvs. hvis den nationale domstol ville have afvejet sagens hensyn på anden måde end den administrative myndighed.

Derimod kræves der overordnet set en prøvelse af sagens fakta og lovligheden af afgørelsen - forudsat at klagerens anbringender således vedrører dette. I forhold til prøvelsen af sagens faktiske omstændigheder synes det at kunne udledes, at den nationale domstol overordnet skal kunne prøve om sagens fakta er fastlagt korrekt og om alle relevante fakta er inddraget i sagen. Med dansk terminologi kan det også anføres, at der således her indgår visse skønsmæssige elementer, men at der kun kræves en prøvelse af selve grænserne for skønnet. Det betyder dermed, at den nationale domstol ikke skal substituere den administrative myndigheds skønsmæssige vurdering.

Hvis der dog kun er tale om et retligt spørgsmål, dvs. hvor der ikke er tale om en skønsudøvelse, kan det forudsætningsvis konkluderes, at nationale domstol skulle kunne prøve af alle del af sagen, jf. forudsætningsvis Zumtobel v. Østrig[1088] og Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgien.[1089]

[1087] Jf. også Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2010, side 380.
[1088] Sag af 21.9.1993, § 31.
[1089] Sag af 23.6.1981, § 51

2.4. Konventionspraksis om familieretlige sager

I dette afsnit foretages en analyse af Menneskeretsdomstolens og de tidligere konventionsorganers konventionspraksis vedrørende kravene til domstolsprøvelsen i familieretlige sager. Baggrunden for, at disse sager bliver behandlet i et særskilt afsnit er, at den fremgangsmåde, som Menneskeretsdomstolen, efter afsigelsen af Bryan v. Storbritannien, generelt ikke er set direkte anvendt i familieretlige sager. Dette kan der være flere grunde til; dels at der ikke er megen konventionspraksis om domstolsprøvelse inden for familierettens område, dels at mange af afgørelserne er afsagt inden Bryan v. Storbritannien, og endelig, at klagernes anbringender for Menneskeretsdomstolen ikke alle direkte har vedrørt spørgsmålet, om den nationale domstol havde »full jurisdiction« til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder i sager afgjort en administrativ myndighed i 1. instans.

Analysen er opdelt efter forskellige familieretlige sagstyper, hvorunder afgørelserne analyseres i kronologisk rækkefølge i kraft af Menneskeretsdomstolens dynamiske fortolkningsstil. Denne fordeling sker med det formål at kunne udlede, om kravene til domstolsprøvelsen afhænger af den specifikke familieretlige sagstype.

2.4.1. Samvær

I 1987 tog Menneskeretsdomstolen for første gang, inden for familierettens område, stilling til spørgsmålet om, hvorvidt en adgang til en domstolsprøvelse af en samværssag i forbindelse med en tvangsfjernelse opfyldte EMRK artikel 6.

I *W v. Storbritannien*[1090] gjorde klageren for Menneskeretsdomstolen gældende, at han i forbindelse med tvangsfjernelsen af sit barn, ikke havde haft mulighed for at få afgjort spørgsmål om samvær for en domstol, der opfylder kravene til en i EMRK artikel 6.

I den konkrete sag havde myndighederne, efter sønnen var blevet tvangsfjernet og bortadopteret, besluttet, at klageren ikke skulle have samvær med sin søn. Sønnen var i første omgang blevet frivilligt anbragt uden for hjemmet, men senere sagsforløb endte med en tvangsfjernelse. Afgørelsen af, hvorvidt det var sønnens bedste, at klageren fortsat skulle have mulighed for kontakt med ham, baseredes ud fra myndighedernes skønsmæssige beføjelser. Der var ingen mulighed for klageren til at appellere samværsafgørelsen direkte til en domstol.

Der forelå dog flere indirekte muligheder hvorpå klageren kunne få prøvet samværsspørgsmålet. Lovgivningen var på daværende tidspunkt indrettet således, at spørgsmål om hvorvidt forældre fortsat skulle have forældremyndigheden eller denne skulle overføres til myndighederne i forbindelse med en frivillig anbringelse, blev afgjort ud fra ét regelsæt og sagsforløb, mens spørgsmål om værgemål i forbindelse med en tvangsfjernelse afgøres ud fra et andet regelsæt og sags-

[1090] W, B, O og R v. Storbritannien, alle af 8.7.1987 afgjort i Storkammeret (Tidligere »Plenary«, mens det i dag er »Grand Chamber«). Der er tale om stort set tale om tilsvarende sagsforløb, hvorfor alene W v. Storbritannien bliver behandlet.

forløb. Såfremt der blev opnået succes med forældremyndighedsspørgsmålet, ville det indirekte have en positiv virkning på samværsspørgsmålet. Samværsafgørelsen kunne også appelleres med henblik på domstolskontrol eller efter omstændighederne inddrages under en værgemålssag. Overordnet kunne et isoleret spørgsmål om ophævelse eller afslag på samvær ikke blive afgjort af en domstol.

I den konkrete sag fremgår det, at der havde været et sagsforløb vedrørende spørgsmål om forældremyndighed, hvor klageren have ansøgt om, at forældremyndigheden skulle overføres tilbage til ham, men havde fået afslag herpå. Derudover havde myndighederne ansøgt den nationale domstol om, at sønnen fortsat skulle være under værgemål, hvilket efter en domstolsprøvelse heraf resulterede i, at sønnen skulle forblive ved sine plejeforældre. Den nationale domstol havde samtidig truffet afgørelse, om klageren ikke skulle have samvær med sønnen.[1091]

I forhold til, at samværsspørgsmålet indirekte kunne afgøres under »forældremyndighedssagen« anførte Menneskeretsdomstolen, at man er nødt til at sondre mellem spørgsmålet om hvorvidt et barn skal anbringes uden for hjemmet og spørgsmålet om hvorvidt forældrene fortsat skal have samvær med barnet:

»…However, as the Government accepted, proceedings of this kind are directed to the parental rights resolution as such and not to the isolated issue of access… *It is open* to a parent to challenge a parental rights resolution, either by entering an objection, or by lodging a subsequent appeal, or by applying for its discharge at a later date… *It is true* that a successful challenge would resolve the access issue indirectly, and in fact proceedings to discharge the resolutions were successfully taken in the instant case. *However*, as the Government accepted, proceedings of this kind are directed to the parental rights resolution as such and not to the isolated issue of access. *Yet whether a child should be in public care and whether his parent should have access to him are matters to which different considerations may well apply.*«[1092] (mine fremhævelser)

Samværsspørgsmålet kunne således ikke blive selvstændigt prøvet, idet selve sagsbehandlingen alene relaterede sig direkte til forældremyndighedsspørgsmålet. Denne prøvelsesform opfyldte ikke kravene i artikel 6.

Menneskeretsdomstolen bemærkede imidlertid, at den engelske domstol kunne prøve spørgsmålet om samvær ved en domstolskontrol eller under en værgemålssag.

Under domstolskontrollen kunne den engelske domstol prøve om den sociale myndighed »acted illegally, ultra vires or in bad faith«, om alle relevante overvejelser var inddraget, om der inddraget irrelevante overvejelser eller om den sociale myndighed havde truffet en afgørelse »which no reasonable authority could have come[…]«.

[1091] §§ 18-21.
[1092] § 81.

Overordnet set kunne den engelske domstol efterprøve om den sociale myndighed ved udøvelsen af sin lovgivningsmæssige kompetence havde været fair i forhold til spørgsmålet om samvær.[1093]

Derudover kunne den engelske domstol efterprøve, om der var begået sagsbehandlingsfejl, herunder om den sociale myndighed havde været retfærdig.[1094]

Den nationale domstolskontrol omhandlede således sammenfattende alene selve sagsprocessen:

»The remedy of judicial review is concerned with reviewing not the merits of the decision in question but rather the decision-making process itself, and the court will not act as a "court of appeal" from the body involved…«[1095] (mine fremhævelser)

Med andre ord fungerede den nationale domstole derfor ikke som en appelinstans med en fornyet prøvelse af sagen.

Menneskeretsdomstolen fandt, at de prøvelsesformer, der var tilgængelige for klageren, begge var værdifulde, men havde en »improper« beskyttelse mod myndighedernes skønsudøvelse.[1096]

Menneskeretsdomstolen bemærkede i relation til domstolskontrollen, at den engelske domstols prøvelse overordnet set var begrænset til at vurdere, om de sociale myndigheder alene havde handlet ulovligt, urimeligt eller unfair. I forhold til værgemålsagen fandt Menneskeretsdomstolen, at denne domstolsprøvelse tilsvarende var begrænset.[1097]

Der forelå på denne baggrund en krænkelse af EMRK artikel 6:

»*In a case of the present kind*, however, there will in the Court's opinion be no possibility of a "determination" in accordance with the requirements of Article 6 § 1 (art. 6-1) of the parent's right in regard to access, as analysed in paragraph 77 above, unless he or she can have the local authority's decision reviewed by a tribunal having *jurisdiction to examine the merits of the matter*.«[1098] *(Mine fremhævelser)*

Dette betyder, at en domstolsprøvelse af sager vedrørende ophævelse af samvær vil opfylde kravene i artikel 6, hvor den nationale domstol har kompetence til at bedømme sagens realitet »merits of the matter«, dvs. det forhold, som sagen konkret vedrører, nemlig tvisten om, hvorvidt klageren skulle have samvær med sin søn.

Selv om klageren således kunne få visse aspekter af samværsafgørelsen prøvet, fx hvorvidt de sociale myndigheder ikke havde inddraget relevante overvejelser i

[1093] Se § 62.
[1094] § 48.
[1095] § 48.
[1096] Sag af 8.7.1987, § 82.
[1097] § 82.
[1098] § 82.

afgørelsen eller taget hensyn til irrelevante overvejelser, ikke overholdt sagsbehandlingsregler, må det fortolkes således, at disse aspekter ikke omfattede sagens realitet »merits of the matter«.

Det fremgår derudover, at den engelske domstol havde kompetence til at omstøde de sociale myndighedernes afgørelse og hjemvise den til fornyet behandling, såfremt der blev konstateret sagsbehandlingsfejl. Den engelske domstol kunne også anvise de sociale myndigheder til at træffe afgørelse i overensstemmelse med domstolens resultater.[1099] Dette var dog, således ikke nok til at opfylde kravene til en domstolsprøvelse i overensstemmelse med artikel 6.

Spørgsmålet er derfor, hvad der da ville have været tilstrækkeligt for at opfylde kravene i artikel 6. Betyder »jurisdiction to examine the merits of the matter«, at den engelske domstol skulle have foretaget en fuld prøvelse, dvs. i den konkrete sag have overtaget myndighedernes skøn og vurderet, om det var til barnets bedste, at der ikke skulle have samvær? Eller krævedes der noget mindre? Forholdene i sagen, synes mest at tale for at fortolke resultatet af Menneskeretsdomstolens afgørelse,således, at den engelske domstol var forpligtet til at foretage fuld prøvelse, herunder at overtage de sociale myndigheders skøn. Det vil sige, at den nationale domstol i den konkrete sag selv vurdere, hvad der var til barnets bedste, idet der var tale om en ophævelse af samværssag af indgribende betydning for sagens parter.

Denne fortolkning kan umiddelbart støttes på to forhold. Menneskeretsdomstolens statuering af krænkelsen må for det første skulle læses i sammenhæng med følgende præmisudtalelse fra sagen:

[…]*this is an area in which it is essential to ensure that the rights of individual parents are protected in accordance with Article 6 § 1*.[…] Article 6 § 1 (art. 6-1) does not require that all access decisions must be taken by the courts but only *that they shall have power to determine any substantial disputes that may arise*.«[1100]

Dette kan forudsætningsvis fortolkes således, at samværssager, hvor der fx er tvist om detailpræget spørgsmål, dvs. omfanget af samværet, ikke kræves efterprøvet af en domstol i EMRKs forstand. På den anden side, hvor der er tale om en »substantial« tvist som den foreliggende, kræver EMRK artikel 6, at en sådan tvist skal afgøres af en domstol.[1101]

For det andet kan denne fortolkning af Menneskeretsdomstolens statuering af krænkelse sammenlignes med Kommissionens afgørelse i Kaplan v. Storbritanni-

[1099] § 48.

[1100] § 79.

[1101] Menneskeretsdomstolen havde i denne forbindelse taget hensyn til den kontraherende stats argumenter om at overlade skønsspørgsmål omkring samvær til myndighederne frem for til domstolene for sikre »the need to take decisions urgently and without delay, through specialised social workers and as part of a continuous process.«

en[1102], der er beskrevet oven for i afsnit 1.3.1. Her fandt Kommissionen, at EMRK artikel 6 ikke giver adgang til en »full appel on the merits«. Den engelske domstol i Kaplan-sagen havde nogenlunde samme prøvelseskompetence som i W-sagen: Visse aspekter af sagens faktiske omstændigheder kunne efterprøves, dvs. selve grænserne for skønnet. Denne prøvelsesform var dog i W-sagen en »improper« beskyttelse mod myndighedernes skønsudøvelse.

Kommissionens resultat i Kaplan-sagen må, som beskrevet, ses i lyset af, at klagerens anbringende ved den nationale domstol alene gik på, at den nationale domstol skulle overtage den administrative myndigheds skøn og selv foretage den konkrete afvejning af, om han var »fit and proper« til at udøve forsikringsvirksomhed. Netop denne skønsmæssige vurdering var således ud over, hvad der kræves af omfanget af domstolsprøvelsen i den konkrete sag i forhold til EMRK artikel 6. Modsat skulle den skønsmæssige afvejning af hvad der var til barnets bedste i W-sagen, netop have været efterprøvet af den engelske domstol på grund af, at sagen vedrørte en »substantial« tvist om ophævelse af samvær.[1103]

I *Eriksson v. Sverige*[1104] fra 1989, der direkte henviser til W-sagen, blev der også statueret en krænkelse, idet de nationale domstole ikke havde kompetence til isoleret set at tage stilling til spørgsmål om samvær. I sagen var der af den administrative myndighed truffet en afgørelse om at bringe en tvangsfjernelse til ophør og hjemgive børnene. Imidlertid havde de administrative myndigheder truffet afgørelse om, at hjemgivelsen ikke skulle ske med det samme.

I Eriksson-sagen havde klageren flere gange, efter afgørelsen om hjemgivelse var truffet, søgt om samværet med datteren, men havde fået afslag herpå.

Klageren havde gjort gældende hun ikke havde et retsmiddel i forhold til at få afgjort tvisten om samværet med datterenfor en domstol i overensstemmelse med EMRK artikel 6.

Klageren kunne ikke indbringe samværsspørgsmålet direkte for en domstol, men kun i forbindelse med to andre sagsforløb;: enten ved gøre indsigelse mod myndighedernes afgørelse om, at barnet ikke skulle fjernes fra plejefamilien efter, at myndighederne havde besluttet, at anbringelse uden for hjemmet skulle ophøre eller i forbindelse med en forældremyndighedssag. I den konkrete sag havde klage-

[1102] Sag af 17.7.1980.

[1103] Den nærmere rækkevidde af afgørelsen vil blive udførligt behandlet under afsnit 2.5.2, hvor afgørelsen sammenholdes med Menneskeretsdomstolens øvrige praksis inden for området.

[1104] Sag af 22.6.1989. Se Olsson v. Sverige (nr. 2), sag af 27.11.1992, §§ 96-97, hvor der også forelå en krænkelse idet klageren ikke havde adgang til isoleret set at få prøvet samværstvisten af domstolene. Se derudover Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige, sag af 19.2.1998, §§ 43-47, hvor klageren hævdede, at han ikke havde adgang til en domstolsprøvelse af samværet med sin søn. Menneskeretsdomstolen havde dog fundet, at der ikke forelå omstændigheder, der forhindrede klageren i at opnå en domstolsprøvelse. Klageren havde således ikke indbragt samværsspørgsmålet for de nationale domstole. Menneskeretsdomstolen udtalte, at der følgelig ikke kunne foretages en vurdering af en domstolsprøvelse, der ikke havde fundet sted.

ren – efter der var truffet afgørelse om, at datteren skulle hjemgives – gjort indsigelse mod forbuddet om, at datteren ikke måtte »fjernes« fra plejefamilien.

Menneskeretsdomstolen havde i denne forbindelse henvist til W-sagen og fremhævet, at »[e]specially in cases of the present kind, the question of access is quite distinct from the question of whether or not to uphold the prohibition on removal«.[1105]

Det er svært af Menneskeretsdomstolens præmisser i Eriksson-sagen at udlede, om krænkelsen i Eriksson-sagen er statueret på nøjagtig samme grundlag som i W-sagen, men i sagen henviser Menneskeretsdomstolens til W-sagen. I Eriksson-sagen behandler Menneskeretsdomstolen dog ikke selve skønsproblematikken. Det er derfor ikke sikkert, om fortolkningen af rækkeviden af W-sagen kan understøttes af Eriksson-sagen. Det synes navnlig tvivlsomt, idet det fremgår af afgørelsen, at der ikke forelå nogen administrativ appel mod den administrative myndigheds afgørelse om samvær. Men i W-sagen kunne samværsafgørelsen indbringes for domstolene til en domstolskontrol alene omhandlede samværsspørgsmålet, hvilket ikke synes at være tilfældet i Eriksson-sagen, hvor samværsspørgsmålet alene indirekte kunne prøves i forbindelse med to andre sagsforløb.

Derfor må det kunne udledes af begge afgørelser, der skal være adgang til en domstolsprøvelse af samværsspørgsmålet isoleret set. Hvilke krav, der konkret stilles til den indholdsmæssige del af domstolsprøvelsen, herunder om skønnet af Menneskeretsdomstolen kræves prøvet, fremgår ikke af Eriksson-sagen.

I 1995 tog Menneskeretsdomstolen stilling til endnu en tvangsfjernelsessag. I *McMichael v. Storbritannien*[1106] gjorde klageren (moren) gældende, at hun ikke have fået en retfærdig rettergang med en kontradiktorisk proces i overensstemmelse med artikel 6, idet hun ikke havde haft adgang til at se forskellige dokumenter og rapporter i sagen, hverken i forbindelse med selve spørgsmålet om tvangsanbringelsen eller spørgsmålet om samvær. Klagerens anbringende for Menneskeretsdomstolen omhandlede således ikke en krænkelse af retten til en domstolsprøvelse. Hovedspørgsmålet vedrørte derfor ikke selve omfanget af den nationale domstolsprøvelse.

I sagen blev klagerens barn kort tid efter fødslen anbragt uden for hjemmet. De sociale myndigheder havde vurderet, at klageren ikke var i stand til at tage sig af barnet, idet hun var for psykisk ustabil. Klageren kommer sig dog på et tidspunkt, men får et tilbagefald. Forløbet herefter endte med, at barnet blev adopteret. Klageren havde forinden adoptionen – under tvangsanbringelse – løbende haft overvåget samvær med barnet. På et tidspunkt blev det besluttet at afslutte samværet. Myndighederne var af den opfattelse, at det ville skade barnet med fortsat samvær, idet der nok ikke var udsigt til, at barnet skulle tilbage til klageren. Klageren havde under forløbet ved flere

[1105] §§ 80-81.
[1106] Sag af 24.2.1995.

lejligheder modsat sig tvangsanbringelsen. Det samme for så vidt angår ophævelse af samværet og den endelige beslutning om at lade barnet blive adopteret.

Den nationale lovgivningsmæssige ramme for tvangsanbringelser var indrettet således, at den lokale myndighed havde det overordnede ansvar for at sikre den sociale velfærd i området, herunder en forpligtelse til at videregive oplysninger om børn, der har brug for understøttende foranstaltninger til en »Reporter«. Sidstnævntes opgave var herefter – uafhængigt af den lokale myndighed – at træffe afgørelse om, hvorvidt en pågældende sag skulle henvises til »Children's Hearing«. »Children's Hearing« skulle herefter træffe afgørelse om de nødvendige foranstaltninger, som fx tvangsfjernelse, i den konkrete sag. Sagen kunne herefter indbringes for Sheriff's Court, der kunne 1) træffe afgørelse om, at barnet fortsat skal være tvangsanbragt, mens sagen verserede, 2) træffe afgørelse om, hvorvidt betingelserne for en tvangsanbringelse var opfyldt og 3) behandle indsigelserne mod afgørelser truffet af »Children's Hearing«.

I forhold til spørgsmålet om samvær kunne »Children's Hearing« i forbindelse med beslutningen om anbringelse af barnet uden for hjemmet knytte samværsbetingelser til beslutningen. Såfremt der ikke var nogle samværsbetingelser, ville forældre have mulighed for rimelig samvær med barnet. »Children's Hearing« havde dog også kompetencen til at afslutte samvær, hvis det var nødvendigt af hensyn til barnets velbefindende. I henhold til retspraksis havde de nationale domstole afstået sig fra at træffe afgørelse i tvister om samvær mellem forældrene og myndighederne. Hvis forældrene var utilfredse med samværet, havde de dog mulighed for at få afgjort samværsspørgsmålet som et »vedhæng« i forbindelse med anbringelsesspørgsmålet af »Children's Hearing«. Afgørelsen om samværet kunne appelleres til Sheriff Court.

For så vidt angår »the Reporter« og »Children's Hearing« tog Menneskeretsdomstolen ikke stilling til, hvorvidt disse opfyldte domstolskravene.[1107]

Menneskeretsdomstolen bemærkede dog, at »in this sensitive domain of family law there may be good reasons for opting for an adjudicatory body that does not have the composition or procedures of a court of law of the classic kind«.[1108]

Menneskeretsdomstolen fandt imidlertid ikke, at klageren havde haft en retfærdig rettergang med en kontradiktorisk proces under sagens behandling for »Children's Hearing«. Klageren havde ikke – som følge af praksis – haft adgang til væsentlige dokumenter af betydning for både sagens afgørelse og for vurderingen af, hvorvidt sagen skulle indbringes for Sheriff Court.

Menneskeretsdomstolen henviste herefter til Albert og Le Compte.sagen[1109] og anførte, at Sheriff Court ville opfylde kravene til en domstol, såfremt denne:

»exercised full jurisdictional control over the prior procedure and did itself provide the safeguards required by Article 6 para. 1. «[1110]

[1107] Se herom kapitel 4, afsnit 1.1.
[1108] § 80.
[1109] Sag af 10.2.1983, § 29. Afgørelsen er behandlet oven for i afsnit 1.3.1.
[1110] § 82.

Menneskeretsdomstolen fandt, at Sheriff Court opfyldte kravene til en domstol i artikel 6's forstand:

»…the Sheriff Court […] had jurisdiction to examine both the merits and alleged procedural irregularities…«[1111]

Menneskeretsdomstolen fremhævede sagens særlige karakter i relation til Sheriff Court's sammensætning og jurisdiktion:

»The Court, like the Commission, is satisfied that, *in relation to disputes (contestations) between a parent and a local authority over children taken into care*, the Sheriff Court satisfies the conditions of Article 6 para 1 (art. 6-1) as far as its composition and jurisdiction are concerned...«[1112] (Min fremhævelse)

I relation til sagens karakter opfyldte Sheriff Court derfor Menneskeretsdomstolens krav om fuld jurisdiktion.

Sheriff Court havde således som det fremgår mulighed for at reparere, at sagsbehandlingen under »Children's Hearing« ikke havde været fair og kontradiktorisk. Imidlertid havde Sheriff Court – som følge af praksis – tilsvarende som »Children's Hearing« ikke adgang til at udlevere relevante dokumenter til klageren. Menneskeretsdomstolen fandt derfor, at den sagsbehandlingen under ét udgjorde en krænkelse af EMRK artikel 6.

Det er vigtigt for afhandlingens analyse af omfanget af domstolsprøvelsen i EMRK artikel 6 nærmere at vurdere Sherrif Court's prøvelseskompetence i McMichael-sagen, idet prøvelseskompetencen opfyldte de menneskeretlige krav.

Sheriff Court kunne ved påståede uregelmæssigheder give parterne mulighed for at fremlægge beviser herom. Sheriff's Court havde kompetence til stille spørgsmål til »Reporteren« eller andre personer, der havde udarbejdet rapporter og udtaleser mv. Sheriff Court kunne i denne forbindelse træffe bestemmelse om yderligere bevisførelse i form af flere rapporter eller udtalelser, hvis det blev fundet nødvendigt.

Hvor Sherriff's Court fandt fejl i sagsbehandlingen eller fandt, at der ikke var foretaget korrekte overvejelser i forbindelse med nogle af sagens forhold, kunne Sheriff's Court tilbagekalde en beslutning om en foreløbig tvangsanbringelse (»place-of-safety order«).

I andre tilfælde, ville Sheriffs Court enten kunne 1) hjemvise sagen til fornyet behandling hos »Children's Hearing« eller 2) stoppe behandlingen af sagen for så

[1111] § 82.
[1112] § 82.

vidt angår de forhold som tvangsfjernelsen oprindelig er begrundet i.[1113] Ad 2 må formentlig skulle fortolkes således, at Sheriff Court kunne træffe afgørelse om at lade tvangsfjernelsen ophøre.

I forhold til ad 2 vides det dog ikke, om dette kun omfatter selve anbringelsesspørgsmålet, eller om samværsspørgsmålet også er omfattet. Såfremt samværsspørgsmålet er omfattet – uden at tvangsfjernelsen er ophørt – kan det formodentlig betyde, at Sheriff Court da havde kompetence til selv at træffe afgørelse om samværsspørgsmålet, dvs. ville kunne ændre en samværsafgørelse fx således, at samværet mellem barn og forælder skulle genetableres. En afgørelse om ophør af tvangsfjernelsen vil følgelig havde indirekte betydning for samværet, idet samværet vil kunne blive genetableret som følge heraf. Men dette var dog en krænkelse i W-sagen og Eriksson-sagen.

I den konkrete sag, havde Sheriff's Court på et tidspunkt hjemvist spørgsmålet om ophævelse af samværet til fornyet behandling hos »Children's Hearing«, idet klageren fik medhold i, at der skulle have været indhentet en psykologerklæring, forinden afgørelsen blev truffet.[1114]

Menneskeretsdomstolen fandt det tilsyneladende derfor ikke problematisk i forhold til EMRK artikel 6, at Sheriff Court havde hjemvist sagen til fornyet behandling hos »Children's Hearing«. Dette var imidlertid problematisk i Menneskeretsdomstolens afgørelse i W-sagen, hvor det ikke blev fundet tilstrækkeligt, at den nationale domstol kunne hjemvise samværssagen.

Menneskeretsdomstolen fandt, som tidligere beskrevet, at prøvelsesformen i W-sagen udgjorde en »improper« beskyttelse mod myndighedernes skønsudøvelse. Skønnet (»discretion«) ses imidlertid ikke behandlet i McMichael-sagen. Årsagen hertil kan formentlig være, at Sheriff Court kunne træffe afgørelse om at bringe tvangsfjernelsen til ophør/og eller træffe afgørelse om samværet, hvilket således må betyde, at Sherrif Court vil kunne foretage en skønsmæssig vurdering af, om der har været et grundlag for en tvangsfjernelse.

Sammenfattende må Sheriff Court's fulde jurisdiktion fortolkes således, at den omfatter en prøvelse af sagens realitet, herunder at kunne foranstalte bevisførelse, træffe afgørelse om at bringe tvangsfjernelsen til ophør eller at hjemvise sagen til fornyet behandling, hvor der ikke er inddraget de korrekte overvejelser eller hvor der er begået sagsbehandlingsfejl. Overordnet set – på trods af, at der ikke bliver anvendt en fuldstændig enslydende terminologi fra Albert og Le Compte-sagen – må det fortolkes således, at Sheriff Court havde fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder.

Menneskeretsdomstolen fandt heller ikke en krænkelse af artikel 6 i *Gobec v. Slovenien*[1115], hvor klageren havde gjort gældende, at han ikke havde haft adgang

[1113] Se §§ 61-62.
[1114] § 27.
[1115] Sag af 3.1.2014.

til en domstol i forbindelse med en tvist om samvær med sin datter, idet alene socialforvaltningen, og ikke domstolene, havde kompetence til at træffe afgørelse herom.

Hustruen havde i denne sag ønsket skilsmisse. Hun anlagde sag mod manden (klageren) med påstand om, at hun skulle have den fulde forældremyndighed over datteren. Retten tilkendte moren den fulde forældremyndighed, mens spørgsmålet om samvær ikke blev afgjort. Moren og klageren havde på dette tidspunkt indgået en udenretlig aftale om samværet. Lovgivningen på daværende tidspunkt var indrettet således, at retten kun kunne træffe afgørelse om samvær i forbindelse med en sag om skilsmisse eller annullering af ægteskabet. I andre tilfælde var det kun statsforvaltningen, der traf afgørelse om samvær. Der blev senere i den konkrete sag indgået en samværsaftale hos socialforvaltningen, men denne ønskede moren ændret. Hun påstod, at datteren ikke længere ønskede at se sin far. Efter adskillige høringer og ekspertrapporter, traf socialforvaltningen afgørelse om fire timers samvær en gang om måneden. Herefter fulgte forskellige sagsskridt fra klageren med henblik på at få ændret samværsaftalen.

Klageren appellerede samværsafgørelsen til ministeriet, der var rekursinstans. Ministeriet stadfæstede socialforvaltningsafgørelsen. Klageren indbragte herefter sagen for forvaltningsdomstolen med påstand, at ministeriets afgørelse var behæftet med fejl og ikke var truffet i overensstemmelse med loven. Forvaltningsdomstolen afviste klagerens påstand og bemærkede, at afgørelsen var truffet ud fra datterens bedste med en henvisning til Børnekonventionen. Klageren appellerede herefter til Højesteret, der også afviste klagen.

På et tidspunkt blev sagen overført til en ny socialforvaltning, idet ministeriet, efter en undersøgelse, havde fundet fejl i sagsbehandlingen ved den tidligere socialforvaltning. For den nye socialforvaltning bad klageren om, at der bliver truffet en midlertidig afgørelse om samværet. Socialforvaltningen traf herefter en midlertidig afgørelse, der forbød kontakt mellem klageren og datteren.

Klageren appellerede afgørelsen til ministeriet, og påstod blandt andet, at sagen skulle behandles ved domstolene og ikke ved socialforvaltningen på grund af ny lovgivning, der medførte, at samværssager kunne afgøres direkte af domstolene. Ministerieret stadfæstede forvaltningens afgørelse. Klageren indbragte derfor sagen for forvaltningsdomstolen, der også stadfæstede afgørelsen. Forvaltningsdomstolen traf sin afgørelse med baggrund i sagens dokumenter og datterens ytring om, at hun ikke vil se klageren. Forvaltningsdomstolen fandt, at socialforvaltningen havde handlet i datterens bedste interesse. Klageren appellerede også her til Højesteret, som afviste klagen.

Spørgsmålet for Menneskeretsdomstolen var om klageren havde haft adgang til domstolsprøvelse i forbindelse med samværssagen. Det er vigtigt i denne forbindelse at bemærke, at klagerens anbringende for Menneskeretsdomstolen således ikke

vedrørte selve omfanget af domstolsprøvelsen, men det behandles i domspræmisserne.[1116]

I bedømmelsen af, om der forelå en krænkelse af adgangen til en domstol, bemærkede Menneskeretsdomstolen indledningsvist:

» The Court reiterates that *Article 6 § 1 of the Convention guarantees everyone's right to have his or her civil rights and obligations determined by a court*. It thus enshrines a "right to a court", of which the right of access, namely the right to apply to a court in civil proceedings, is only one aspect. … *However, the "right to a court" is not absolute*. *It lends itself to limitations* which, *however,* must not restrict exercise of the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. They must *pursue a legitimate aim* and there m*ust be a reasonable proportionality between the means employed and the aim sought to be achie*ve. The Court further reiterates that in order for the right of access to court to be effective, an individual must have a *clear* and *practical opportunity* to challenge an act interfering with his civil rights.« (mine fremhævelser)

Menneskeretsdomstolens test ved en klage over en krænkelse af adgangen til en domstol er, som det fremgår, dermed anderledes, end den fremgangsmåde, Menneskeretsdomstolen anvender ved anbringender om krænkelse af omfanget af domstolsprøvelsen. Testen her indeholder en proportionalitetsvurdering af det påståede indgreb i artikel 6 samt konceptet om, at adgangen til en domstol skal være effektiv på den måde, at der skal være en klar og praktisk mulighed for at gøre en indsigelse mod indgrebet gældende.

Menneskeretsdomstolen fremhævede som det første, at klageren konkret havde fået lavet en samværsaftale udenretligt, og at retten derfor ikke i den forbindelse traf en afgørelse herom i tilknytning til forældremyndighedssagen.[1117]

Menneskeretsdomstolen udtalte herefter:

»*Nevertheless*, the administrative decisions adopted by the social work centres *were subject to judicial review before the Administrative and Supreme Courts, as well as to constitutional appeal before the Constitutional Court.* The applicant therefore *had access to, and in fact used the available means* of challenging the decisions rendered in the administrative proceedings. *In this respect* the Court observes that the *Administrative Court was vested with full jurisdiction to decide questions of both fact and law, and* also carried out a *full review* of the decision of 15 November 2002 and the interim order of 22 March 2005. The applicant's right of access to court was *thus not impaired in any way*, as the decisions adopted in the administrative proceedings were reviewed thoroughly before three levels of jurisdiction.«[1118] *(*Mine fremhævelser)

[1116] Se om sondringen mellem Menneskeretsdomstolens krav til selve adgangen til domstolsprøvelsen og kravene til selve omfanget (den indholdsmæssige del) af domstolsprøvelsen, kapitel 4, afsnit 1.

[1117] Gobec v. Slovenien, sag af 3.1.2014, § 160.

[1118] § 160.

Menneskeretsdomstolen kom frem til, at klageren ikke havde haft begrænsninger i sin adgang til en domstol. Samværsafgørelsen kunne således indbringes for og havde været genstand for en prøvelse hos tre domstolsinstanser. Menneskeretsdomstolen bemærkede særligt, at forvaltningsdomstolen havde »full jurisdiction to decide on question of both facts and law« og foretog en »full review« af en samværsafgørelse truffet i den tidligere socialforvaltning[1119] samt af en midlertidig samværsafgørelse truffet i den nye socialforvaltning.[1120]

Forvaltningsdomstolen havde nærmere til opgave, at »examine and review the pleas of fact on which the main action is based.«[1121]

Det fremgår derudover, at forvaltningsdomstolens kompetence for så vidt angår bevisførelse og bevisbedømmelse var følgende:

»The court is not bound by the pleas or evidence presented by the parties but may take any evidence which, in its view, might provide information relating to the matter before it and lead to a lawful and correct decision.«[1122]

Fuld jurisdiktion i samværssagen kan derfor i sammenhæng med ovenstående udledes at omfatte:

»…incorrect application of the law, breach of the procedural rules, including the party's inability to provide arguments in his or her favour, and incorrect or insufficient establishment of the facts. ...«[1123]

Det fremgår dog ikke, hvorvidt forvaltningsdomstolen havde kompetence til at hjemvise sagen til fornyet behandling hos socialforvaltningen, såfremt der fandtes fejl i behandlingen af sagen.

I de pågældende afgørelser, som forvaltningsdomstolen stadfæstede, blev der angiveligt foretaget en prøvelse af datterens bedste, hvilket forudsætningsvis kan fortolkes således, at forvaltningsdomstolen efterprøvede de sociale myndigheders skøn. I relation til den ene samværsafgørelse, hvor var aftalt samvær én gang månedlig, havde forvaltningsdomstolen bemærket følgende:

»…that a child's negative attitude to parental contact could not constitute a decisive element in establishing a contact schedule, but pointed out that pursuant to the European Convention on the

[1119] § 41.
[1120] § 66.
[1121] § 101.
[1122] § 101.
[1123] Se § 160 i sammenhæng med § 94, hvor der henvises til Eberhard v. Slovenien, sag af 1.12.2009, § 74, der nærmere forklarer forvaltningsdomstolens prøvelseskompetence.

Exercise of Children's Rights, children having sufficient understanding had to be informed of and consulted in proceedings affecting them.«[1124]

Datteren havde under et interview givet udtryk for, at hun ønskede at bevare kontakten med sin far, men var bl.a. utilfreds med farens fjendtlighed over for moren og hans manglende hengivenhed. Hun havde ønsket at have kontakt med sin far én gang om måneden, hvilket socialforvaltningen og ministeriet begge havde taget hensyn til i deres afgørelser.[1125]

Der blev derudover senere i sagens forløb truffet en midlertidig afgørelse om samværet, der forbød kontakt mellem klageren og datteren.[1126] Her havde forvaltningsdomstolen forklaret følgende i sin prøvelse af afgørelsen:

»…that it had been made on the basis of the case-file documents and pursuant to the decision of the Celje Social Work Centre that it was necessary to provisionally settle certain questions before the adoption of a final decision on the matter, as S. had clearly stated that she did not wish to have any contact with the applicant. *The court concluded that in adopting the interim order, the administrative authorities had acted in S.'s best interests*…« (Min fremhævelse)

Forvaltningsdomstolen lagde således også her vægt på, at kontaktforbuddet mellem klageren og datteren var baseret på datterens ytringer. Forvaltningsdomstolen fandt, at myndighederne på denne baggrund havde handlet i datterens bedste interesse.

I Menneskeretsdomstolens vurdering af, om adgangen til en domstol var krænket henvistes der til »fuld jurisdiktion«, dog uden at henvise til Albert og Le Compte v. Belgien[1127] eller tidligere konventionspraksis. Forvaltningsdomstolens prøvelseskompetence og det forhold, at forvaltningsdomstolen forudsætningsvis foretog en fuld prøvelse af de nævnte afgørelser, havde således betydning for, at der forelå en reel og effektiv adgang for klageren til en domstol.

I *Ranson v. Storbritannien*[1128] fandt Menneskeretsdomstolen heller ikke krænkelse af artikel 6. Klageren var blevet skilt fra sin hustru. I forbindelse med skilsmissen var der to sager. Den ene sag vedrørte bodelingen af formuen i det tidligere fællesbo, mens den anden sag vedrørte spørgsmål omkring bopæl og samvær.

Klageren gjorde for Menneskeretsdomstolen gældende, at han ikke havde fået en retfærdig rettergang i overensstemmelse med artikel 6 i forbindelse med spørgsmålet om bopæl og samvær med sine børn. Klageren gjorde nærmere gældende, at den engelske appeldomstol ikke havde haft kompetence til at reparere den omstændighed, at dommeren i førsteinstansen ikke havde været upartisk.

[1124] § 41.
[1125] § 33-39.
[1126] § 53-63.
[1127] Sag af
[1128] Sag af 2.9.2003 (admissibilitetsafgørelse).

Den samme dommer havde afgjort begge sager. Klageren mente, at dommeren i bopæls- og samværssagen havde ladet sig påvirket af indtrykket af klagerens i bodelingssagen. Dommeren havde afgjort, at børnene skulle have bopæl ved sin mor. Klagerens samvær blev i denne forbindelse reduceret i forhold til tidligere med et samvær på fire dage over en to måneders periode.

Menneskeretsdomstolen lagde i sin bedømmelse af den konkrete sag vægt på, om appeldomstolen havde haft fuld jurisdiktion:

»The Court considers that the real issue in the case is whether the Court of Appeal was capable of remedying any perceived unfairness at first instance. *It is well established in the Court's case law that a defect at first instance may be remedied on appeal, so long as the appeal body has full jurisdiction. Where a complaint is made of a lack of impartiality* on the part of the decision-making body, *the concept of "full jurisdiction" involves* that the reviewing court not only considers the complaint but has the ability to quash the impugned decision and either to take the decision itself, or to remit the case for a new decision by an impartial body.« (mine fremhævelser)

Det betyder, at en national domstol, for at leve op kravet om fuld jurisdiktion, skal havde kompetence til at efterprøve en indsigelse om upartiskhed hos dommeren, herunder omstøde afgørelsen og selv træffe en ny afgørelse eller hjemvise sagen til et organ, der ikke upartisk.[1129]

I den konkrete sag fandt Menneskeretsdomstolen ikke, at der var en var en krænkelse af artikel 6, selv om antagelsen om upartiskhed ikke var blevet repareret hos appeldomstolen. Menneskeretsdomstolen bemærkede, at appeldomstolen havde vurderet, om afgørelsen skulle omstødes eller, om der skulle ske hjemvisning, men havde efter grundige overvejelser på baggrund af beviserne fundet, at det skulle der ikke. Der forelå således ikke nogen begrænsninger i appeldomstols jurisdiktion, idet denne kunne reparere en eventuel upartiskhed hos dommeren i førsteinstansen.[1130]

2.4.2. Undersøgelse om tvangsfjernelse

I *K.T. v. Norge*[1131] forelå der ikke en krænkelse af adgangen til en domstol. Sagen vedrørte en far, der efter en skilsmisse havde boet alene med sine børn. Der var blevet iværksat nogle undersøgelser, på baggrund af nogle beskyldninger fra bl.a. moren med henblik på at afklare, om børnene evt. skulle tvangsfjernes fra hjemmet.

Faren indbragte undersøgelsesgrundlaget for domstolene, idet han ville have anerkendt, at der ikke var noget lovligt grundlag for at iværksætte undersøgelserne mod ham. Den norske landsret havde afvist sagen, idet den fandt, at klageren ikke

[1129] Se også Kingsley v. Storbritannien, sag af 28.5.2002, §§ 32-34 og Letničič mod Kroatien, sag af 3.8.2016, § 55.

[1130] Om dommen se fx også René Dejbjerg Pedersen, 2004, side 253 f.

[1131] Sag af 25.12.2008.

havde nogen retlig interesse. Sagen herefter nåede til den norske Højesteret, der også afviste anerkendelsessøgsmålet.

Klagerens (faren) hovedanbringende for Menneskeretsdomstolen var, at han ikke havde haft adgang til en domstol. Han påstod i denne forbindelse, at han havde været berettiget til en »full hearing of the merits of the suit«.[1132]

Menneskeretsdomstolens opgave var således at vurdere, om klageren havde haft en adgang til en domstol i overensstemmelse med artikel 6. I bedømmelsen heraf inddrages den prøvelse, der blev foretaget af de norske Højesteret af anerkendelsessøgsmålet.[1133]

Menneskeretsdomstolen anførte indledningsvis, at den norske Højesteret havde prøvet sagens realitet (»merits«):

»…whereas the lower courts dismissed the applicant's action summarily without a review of the merits, the Supreme Court afforded him such review. He had appealed against the High Court's decision on points of law and, by way of special measure, the Supreme Court proceeded to review the case as a whole according to the rules applicable to ordinary appeals…«

I forbindelse med denne prøvelse bemærkede Menneskeretsdomstolen, at den norske Højesteret havde fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder. Højesteret havde endvidere kompetence til at omstøde afgørelsen og henvise den til fornyet behandling i underinstansen:

Højesteret havde også ved sagens behandling afholdt et mundtligt retsmøde, - dog uden mulighed for vidneførelse – og havde foretaget en fuld prøvelse af lovligheden af undersøgelsen:

Af bl.a. disse grunde fandt Menneskeretsdomstolen ikke, at der havde været en krænkelse af adgangen til en domstol. Menneskeretsdomstolen henviste i denne forbindelse til Zumbotel v. Østrig[1134]:

»Whilst the dismissal of the lawsuit was upheld, it could therefore arguably be maintained, in view of the scope of the Supreme Court's review, that this review complied with the right to a court under Article 6 § 1[…] However, for the reasons set out below, the Court does not find it necessary to determine this issue.«

Menneskeretsdomstolen brugte således Zumtobel-sagen i sin argumentation i en helhedsbedømmelse af, at klageren havde haft en reel og effektiv adgang til en domstol. Klageren havde angiveligt fået behandlet de anbringender, han var fremkommet med for den norske Højesteret. Klagerens anbringender vedrørte alene ret-

[1132] Se § 87.

[1133] Se tilsvarende Gobec v. Slovenien, sag af 3.1.2014, der er nævnt oven for i afsnit 3.3.1.

[1134] Sag af 21.9.1993, der er behandlet oven for i afsnit 1.3.2.

lige spørgsmål.[1135] Det er dog vigtigt at bemærke, at Menneskeretsdomstolen ikke foretog en indgående bedømmelse af, om den nationale domstole havde behandlet alle klagerens anbringender.

2.4.3. Forældremyndighed

I H.O. v. Island[1136] nåede Kommissionen frem til, at klageren havde haft adgang til at få afgjort en forældremyndighedssag for en domstol, der havde fuld jurisdiktion i overensstemmelse med artikel 6. Klageren havde for Menneskeretsdomstolen gjort gældende, at hun ikke havde haft adgang til en domstol, idet de nationale myndigheder alene kunne træffe afgørelse om forældremyndighedsspørgsmålet. Klageren påstod, at de eksisterende muligheder for at få prøvet forældremyndighedstvisten for en domstol var ineffektive og utilstrækkelige. Klageren havde angiveligt af denne grund ikke indbragt forældremyndighedssagen for domstolene. En de facto domstolsprøvelse havde således ikke fundet sted.[1137]

Sagen vedrørte en mor (klageren), der var blevet skilt fra sin mand. Forældremyndigheden over deres tre børn var blevet tildelt faren. Klageren forsøgte flere gange at få myndighederne til at revurdere afgørelsen. Sagen blev alle i tilfældene prøvet af det islandske råd for børns velfærd (Child Welfare Council) med rekurs til Justitsministeriet. Klageren kunne dog også have indbragt spørgsmålet for domstolene med henblik på en domstolskontrol samt efter en lovændring havde indbragt sagen direkte for domstolene, der kunne træffe en selvstændig afgørelse. Disse retsmidler havde hun imidlertid ikke gjort brug af.

På et tidspunkt under sagens forløb bliver lovgivningen inden for området ændret. Forinden ændringen, var lovgivningen opbygget på den måde, at spørgsmålet om forældremyndighed blev afgjort af det islandske råd for børns velfærd med rekurs til Justitsministeriet. Justitsministeriets forældremyndighedsafgørelser kunne indbringes for domstolene. Hjemlen i denne forbindelse var den islandske grundlov, der gav ret til domstolskontrol af forvaltningens afgørelser. Lovændringen betød imidlertid, at en tvist om eller ændring af forældremyndigheden nu kunne afgøres direkte af domstolene.

Der var i sagen ingen tvivl om, at klageren ville have haft adgang til at få prøvet forældremyndighedstvisten for en domstol i konventionens forstand, hvis hun havde forfulgt disse muligheder. Kommissionens bedømmelse vedrørte derfor, hvorvidt de nationale domstole havde fuld jurisdiktion. Bedømmelsen af jurisdiktionen var nødvendig for at afgøre, om klageren havde haft en reel og effektiv adgang til

[1135] Se § 32 og § 101.

[1136] Sag af 12.10.1992 (admissibilitetsafgørelse).

[1137] Jf. følgende fra Kommissionens afgørelse »As regards the judicial review open to the applicant before 1 July 1992 the Commission finds that the court would be able to review[…]«.

en domstol. Det er alligevel vigtigt at holde sig for øje, at dette således ikke er det samme som en domstolsprøvelse, der i realiteten har fundet sted.

I sin vurdering af, om klageren havde haft adgang til en domstolsprøvelse, henviste Kommissionen til Albert og Le Compte mod Belgien[1138] og anførte:

»There must[…]be a subsequent control by a judicial body which has full jurisdiction and provides the guarantees of Article 6 para. 1 (Art. 6-1).«[1139]

Kommissionen bemærkede, at en domstolskontrol indeholdt en mulighed for prøvelse af sagens faktiske omstændigheder:

»[An examination of] whether they have been incorrectly or incompletely established by the Ministry of Justice.«

Formålet med domstolskontrollen var at undersøge, om der var begået fejl i sagsbehandlingen, der havde medvirket til en ulovlig afgørelse. Af denne grund fandt Kommissionen ikke, at der havde været begrænsninger i hverken vurderingen eller suppleringen af sagens fakta.

»While the purpose of such review is to determine any procedural defects leading to the unlawfulness of the decision the Commission has not found limits in respect of the assessment and supplementation of the facts.«

Den nationale domstol havde desuden mulighed for at omstøde afgørelsen, hvis det blev konstateret, at sagens faktiske omstændigheder var blevet forkert lagt til grund eller var ufuldstændige. Justitsministeriet ville da være bundet af domstolens afgørelse. Den nationale domstol ville i den forbindelse kunne pålægge Justitsministeriet at følge domstolens egne synspunkter vedrørende sagens faktiske omstændigheder. Det er her usikkert, om dette betyder, at den nationale domstol kunne anvise Justitsministeriet om, hvordan skønsudøvelsen konkret skal foretages. Dette vil i al fald være svært i de tilfælde, hvor sagen ikke er tilstrækkelig oplyst.

Kommissionen bemærkede derudover afslutningsvis, at kravene til domstolsprøvelse efter den nye lovændring også var i overensstemmelse med artikel 6, idet prøvelsen gik endnu videre end domstolskontrollen. Her kunne forældremyndighedstvisten afgøres direkte af domstolene.

2.4.4. Adoption

McMichael v. Storbritannien[1140], der også er behandlet oven for, vedrørte tillige en tvist om adoption.[1141] I sagen havde myndighederne besluttet at iværksætte foran-

[1138] Sag af 10.2.1983.
[1139] § 29.
[1140] Sag af 24.2.1995.
[1141] Se nærmere om sagen afsnit 2.4.1.

staltninger med henblik på, at barnet skulle bortadopteres. Sheriff Court traf afgørelse herom, og fandt, at en adoptionsproces kunne gå i gang. Klageren appellerede afgørelsen til Court of Session, der var prøvelsesorganet i denne sammenhæng. Court of Session stadsfæstede afgørelsen med begrundelsen, at det var til barnets bedste ikke at skulle returneres til klageren.

Det fremgår af oplysningerne i sagen, at Court of Session kunne træffe afgørelse om sagens fulde realitet (»whole merits«). Court of Session var derudover ikke bundet af Sheriff Court's fastsættelse af sagens faktiske omstændigheder. Court of Session kunne således selv foretage bevisførelse, hvis nødvendigt, eller hjemvise sagen til Sheriff Court og anvise denne om, hvordan sagsbehandlingen skulle fortsætte.[1142] Der forelå dermed antageligt ikke nogen begrænsninger i hverken Sheriff Courts eller Court de Sessions prøvelseskompetence, hvilket kan være årsagen til, at Menneskeretsdomstolen i sagen ikke har kommenteret herpå. Begge prøvelsesinstanser, der tilsyneladende var domstole i EMRK artikel 6's forstand, kunne træffe direkte afgørelse om, hvorvidt det var til barnets bedste, at der skulle ske en adoption.

I *Keegan v. Irland*[1143] forelå der modsat en krænkelse af EMRK artikel 6, idet klageren ikke særskilt kunne indbringe adoptionstvisten for domstolene, men alene i forbindelse med andre sagsforløb omkring værgemål og forældremyndighed. Som det var tilfældet i W-sagen og Eriksson-sagen kunne klageren således ikke få afgjort adoptionssagen isoleret set af en domstol i EMRK artikel 6's forstand.[1144]

2.4.5. Plejefamilie

I *Crabtree v. Storbritannien*[1145] fandt Kommissionen, at klageren havde fået en domstolsprøvelse i overensstemmelse med artikel 6.

Klageren var en enlig mand, der var blevet udpeget som plejeforælder. Klageren opdagede på et tidspunkt, at ét af plejebørnene, der var i teenagealderen, havde en interesse for pornografiske film. Klageren valgte at håndtere forholdet således, at han bl.a. diskuterede indholdet af filmen med den pågældende. Dette vakte bekymring hos den ansvarlige socialrådgiver, og der indledtes en undersøgelse. Undersøgelsen endte med en beslutning om, at klageren skulle deltage i et program, der vedrørte forebyggelse i relation til misbrug af børn. Klageren deltog ikke programmet. Herefter fulgte diverse uenigheder mellem klageren og myndighederne, herunder socialrådgiveren. Forløbet endte med en beslutning om at fjerne klageren som plejeforælder pga. samarbejdsvanskeligheder og en bekymring om, at klageren ikke kunne varetage ansvaret for unge personer. Denne beslutning indbragte klageren for domstolene med henblik på domstolskontol »judicial re-

[1142] Se § 66.
[1143] Sag af 26.5.1994.
[1144] §§ 57-60.
[1145] Sag af 9.4.1997 (admissibilietsafgørelse).

view«, idet han bl.a. gjorde gældende, at myndighederne ikke havde været upartiske, da de traf afgørelsen. Sagen blev prøvet i to instanser.

For Kommissionen havde klageren gjort gældende, at han ikke havde haft adgang til retfærdig rettergang for en uafhængig og upartisk domstol.

Kommissionen konstaterede, at det organ, der har truffet afgørelsen om fjernelsen af klageren som plejeforælder ikke, opfyldte kravene til domstol i EMRK artikel 6's forstand. Der skulle derfor foretages en bedømmelse af, om klageren havde haft adgang til en domstol med fuld jurisdiktion.

Om selve indholdet af domstolskontrollen bemærkede Kommissionen:

» *…the judicial review proceedings could not result in the court substituting its own decision on the merits of the fostering panel's decision.* (min fremhævelse)

Den pågældende domstolskontrol medførte ikke, at domstolene kunne træffe en ny afgørelse, dvs. der var ikke mulighed for, at klageren kunne få ændret afgørelsen i domstolsregi. Domstolene kunne dog omstøde afgørelsen og hjemvise den til fornyet behandling hos myndighederne. Det var bl.a. tilfældet, hvor det blev konstateret, at afgørelsen var truffet på baggrund af irrelevante fakta eller ikke havde taget hensyn til relevante fakta i sagen.[1146]

Kommissionen fremhævede derudover, at der ikke havde været en tvist omkring sagens faktiske omstændigheder. De anbringender klageren var fremkommet med for de nationale domstole, vedrørte især spørgsmål om retfærdighed og upartiskhed, dvs. om myndighederne havde været upartiske, da de traf afgørelsen. Kommissionen konkluderede på denne baggrund:

»…that the domestic courts carefully examined the nature of the fostering panel, the statutory duty which it exercised and the need for those taking the decision about the applicant's registration as a foster carer to have special knowledge of the situation in question. *For these reasons*, given the *special functions of the fostering panel* and the *nature of the complaints* raised by the applicant, the Commission finds that in this case judicial review of the panel's decision and procedures by the High Court and Court of Appeal fulfilled the requirements of Article 6 para. 1 (Art. 6-1).« (min fremhævelser)

Kommissionens afgørelse kan sammenlignes med Menneskeretsdomstolens ræsonnement i Bryan v. Storbritannien.[1147] Som det er beskrevet i afsnit 1.3.2 inddrager Menneskeretsdomstolen flere faktorer i bedømmelsen af, om domstolsprøvelsen har været tilstrækkelig: »the subject-matter of the decision appealed against«, »the manner in which that decision was arrived at«, og »the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal«. Sidstnævnte testelement er godt i tråd med, at Kommissionen lagde vægt på karakteren af klagerens indsigel-

[1146] Se også Bryan v. Storbritannien, sag af 22.11.1995, § 44.

[1147] Sag af 22.11.1995. Se oven for afsnit 3.1.2.

ser, og hvor der ikke var tale om en tvist vedrørende sagens faktiske omstændigheder.

I Bryan-sagen lagde Menneskeretsdomstolen vægt på, at prøvelse af sagens faktiske omstændigheder for den nationale domstol var blevet truffet under forhold, der kunne forventes inden for specialiserede lovområder. Menneskeretsdomstolen havde i denne forbindelse fremhævet, at afgørelsen var truffet efter en quasi-judiciel sagsbehandling, der indeholdt mange af de retsgarantier, der er sikret i artikel 6 [1148]

Det fremgår dog ikke af Crabtree-sagen, at myndighedsorganet inden for plejefamilieområdet sikrede EMRK artikel 6's retsgarantier, men myndighedsorganet havde en specialfunktion, lige så vel som myndighederne havde i Bryan-sagen. Denne specialfunktion betød blandt andet, at domstolene i Bryan-sagen kunne foretage en tilbageholdende prøvelse af sagens faktiske omstændigheder.

[1148] § 47.

2.4.6. Sammenfatning

Menneskeretsdomstolens konventionspraksis inden for det familieretlige område omhandler forskellige familieretlige sagstyper, hvor anbringenderne for Menneskeretsdomstolen har været af forskellig karakter.

Udgangspunktet for Menneskeretsdomstolens krav til domstolsprøvelsen synes at kunne fortolkes således, at EMRK 6, stk. 1 kræver, at der inden for familierettens område skal være fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder, herunder skal den nationale domstol kunne omstøde afgørelsen og hjemvise sagen til fornyet behandling.

Kravet om, at den nationale domstol skal havde fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder afhænger dog tilsyneladende af den enkelte familieretlige sagstype og sagens konkrete omstændigheder.

Dette betyder, at kravene til omfanget af domstolsprøvelse til en vis grad formentlig vil variere. Det kan således ikke ud fra en umiddelbar betragtning, generelt udledes, at EMRK artikel 6 stiller krav om, at den nationale domstol i alle tilfælde skal kunne substituere den administrative myndigheds skønsmæssige vurdering., dvs. prøve kernen af skønnet.

I tvangsfjernelsessager skal den nationale domstol kunne efterprøve, om der har været sagsbehandlingsfejl og er foretaget korrekte overvejelser om sagens forhold. Den nationale domstol skal kunne foranstalte bevisførelse, hvor det er nødvendigt, og foretage kontradiktion om sagens dokumenter. Den nationale domstol skal derudover have kompetence til enten at hjemvise sagen til fornyet behandling eller selv kunne træffe afgørelse om at bringe tvangsfjernelsen til ophør. Kernen af skønnet kræves forudsætningsvis ikke efterprøvet.[1149]

I forældremyndighedssager skal den nationale domstol tilsvarende kunne efterprøve, om der var begået fejl i sagsbehandlingen, der havde medvirket til en ulovlig afgørelse. Den nationale domstol skal have kompetence til at omstøde afgørelsen ved konstateringen af en forkert anvendelse af sagens fakta eller ved ufuldstændig sagsoplysning. Den nationale administrative myndighed skal være bundet af domstolens afgørelse. Den nationale domstol skal i den forbindelse kunne pålægge den administrative myndighed at følge domstolens egne synspunkter vedrørende sagens faktiske omstændigheder. Kernen af skønnet kræves formodentlig ikke efterprøvet.[1150] Det betyder, at den nationale domstol i en forældremyndighed formodentlig ikke skal kunne efterprøves barnets bedste i den konkrete sag.

I adoptionssager skal den nationale domstol ikke være bundet af tidligere instansers fastsættelse af sagens fakta. Den nationale domstol skal have kompetence til at foranstalte bevisførelse, hvis det er nødvendigt eller hjemvise sagen og kunne

[1149] McMichael v. Storbritannien, sag af 24.2.1995.

[1150] H.O. v. Island, sag af 12.10.1992.

anvise om, hvordan sagsbehandlingen skal forsætte. Kernen af skønnet kræves forudsætningsvis efterprøvet.[1151]

I samværssager synes kravene til domstolsprøvelsen at være mere restriktive, idet nationale domstole forudsætningsvis skal kunne prøve kernen af skønnet og dermed træffe en ny selvstændig afgørelse, der træder i stedet for den administrative myndigheds afgørelse. Det er angiveligt ikke nok, at den nationale domstol ved konstaterede fejl i sagsbehandlingen kan hjemvise sagen til fornyet behandling. [1152]

I sager, hvor der har været en undersøgelse om tvangsfjernelse[1153], og i sager, der vedrører plejeforældre[1154], er kravene til omfanget af domstolsprøvelsen angiveligt lempeligere end tvangsfjernelsesager, forældremyndighedssager, adoptionssager samt samværssager. Der lægges vægt på karakteren af klagernes anbringender som de fremstår for den nationale domstol. Omhandler tvisten alene indsigelser mod sagens retlige omstændigheder, og har den nationale domstol behandlet disse indsigelser, er det ikke et krav, at sagens faktiske omstændigheder, herunder kernen af skønnet, efterprøves.

Disse lempelige krav må formentlig skulle ses i relation til den udvikling, der har været i konventionspraksis. Menneskeretsdomstolen har i overensstemmelse med den konsensus, der er i medlemsstaterne om ikke at give adgang til fuld domstolsprøvelse af sager, der i 1. instans er afgjort af en administrativ myndighed, accepteret en tilbageholdende prøvelse af sagens faktiske omstændigheder under angivne betingelser.[1155]

2.5. Diskussion om fortolkningen af konventionspraksis

I dette afsnit diskuteres fortolkningen af den konventionspraksis, der er analyseret i de foregående afsnit. Konventionspraksis vedrørende domstolsprøvelse er således meget kompleks. Dette gælder især ved en umiddelbar sammenligning mellem den »generelle« konventionspraksis og konventionspraksis om familieretlige sager.

2.5.1. Doktrinen om »fuld jurisdiktion«

[1151] McMichael v. Storbritannien, sag af 24.2.1995 og Keegan v. Irland, sag af 26.5.1994.

[1152] W. v. Storbritannien, sag af 8.7.1987 og forudsætningsvis Eriksson v. Sverige, sag af 22.6.1989. Sml. Gobec v. Slovenien, sag af 3.1.2014 og McMichael v. Storbritannien, sag af 24.2.1995.

[1153] K.T. v. Norge, sag af 25.9.2008.

[1154] Crabtree v. Storbritannien, sag af 9.4.1997.

[1155] Det kan ikke udelukkes, at konventionspraksis også kan fortolkes på anden vis. Såfremt konventionspraksis ikke kan fortolkes således, kan det antageligt skyldes, at de rettigheder, der følger af, at EMRK er minimumrettigheder, jf. EMRK artikel 53. Med andre ord, det kan meget vel være, at den nationale domstolsprøvelse opfylder minimumskravene til den menneskeretlige domstolsprøvelse forstået på den måde, at den nationale domstolsprøvelse overopfylder kravene i EMRK artikel 6, og dermed i realiteten giver en bedre retsbeskyttelse.

Kravet om at nationale domstole skal have fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder, i sager, der i første instans er afgjort af en administrativ myndighed, er således udgangspunktet for Menneskeretsdomstolens vurdering af, om omfanget af en domstolsprøvelse opfylder kravene i EMRK artikel 6.[1156]

Spørgsmålet er dog hvad skal forstås ved sagens faktiske (»fact«) og retlige omstændigheder (»law«). Det kan ud fra en umiddelbar betragtning være svært at udlede hvordan sondringen mellem sagens faktiske (»fact«) og retlige omstændigheder (»law«) konkret skal foretages, herunder hvilke krav, der stilles til den afgørelse, der skal træffes.

En dissenterende dommer har i sagen Fischer v. Østrig[1157] nærmere analyseret Menneskeretsdomstolens doktrin om fuld jurisdiktion. Han giver i sin analyse sit forslag til, hvordan afgrænsningen mellem »law and fact« skal foretages.

Om »law« anfører han, at det således ud fra umiddelbar betragtning synes nemt at præcisere hvad »law« omfatter. Han anfører dog, at i de tilfælde, hvor der er tale om vage udformede lovbestemmelser, især inden for forvaltningsområdet, bliver spørgsmålet noget mere kompliceret:

»…Controlling the application of such norms poses, as every lawyer familiar with "cassation" proceedings knows, delicate problems of demarcation, since such application undoubtedly has a factual component. However, in the present context these niceties may be left aside since the Court specified that the "tribunal" should be competent to determine both questions of law and of fact. Which evidently means that, in principle, that "tribunal" should be able to control fully the application of vague norms. "In principle", since that application may be bound up with questions of factual assessment which fall within the "discretion" of the administrative authorities…«[1158]

Spørgsmålet er kompliceret, idet et krav om, at nationale domstole skal have fuld kompetence til at prøve sagens retlige omstændigheder meget vel kan gribe ind i administrative myndigheders skønsudøvelse, hvor der er tale om vage udformede lovbestemmelser.

Dommer Martens anfører dog, at det ikke er relevant at beskæftige sig hermed i forhold til spørgsmålet om kravene til omfanget af domstolsprøvelsen, idet Menneskeretsdomstolen har præciseret, at der skal være prøvelseskompetence for både sagens retlige og faktiske omstændigheder.[1159]

[1156] Jf. Albert and Le Compte v. Belgien, sag af 10.2.1983, § 29

[1157] Dissens afgivet af dommer Martens i sag af 26.4.1995, §§ 10-14 i forhold til Menneskeretsdomstolens fremgangsmåde i Zumtobel v. Østrig, sag af 21.9.1993. Afgørelsen er behandlet i afsnit 1.3.2. Den menneskeretlige litteratur ses ikke at have beskæftiget sig med afgrænsningen mellem »law and fact«.

[1158] Dissens af givet af dommer Martens, § 11.

[1159] Se også Le Compte, Van Leuven og De Meyere v. Belgien, sag af 23.6.1981, § 51.

Dette kan også udledes af Zumtobel v. Østrig og Bryan v. Storbritannien. Menneskeretsdomstolen sondrer antagelig ikke i begrebsmæssig henseende herimellem.[1160] I Bryan v. Storbritannien lagde Menneskeretsdomstolen vægt på, at der tale om » a typical example of the exercise of discretionary judgment« inden for planlovgivningsområdet. I Zumtobel v. Østrig lagde Menneskeretsdomstolen modsat vægt på, at omfanget af domstolsprøvelsen »must be assessed in the light of the fact that expropriation - the participants in the proceedings all recognise this - is not a matter exclusively within the discretion of the administrative authorities«[1161]

For så vidt angår »fact« anfører Dommer Martens, at forståelsen heraf kan opdeles i to kategorier:

»1) questions about facts: the "tribunal" should be free to take into account all facts which it deems relevant, it should be free to determine whether such facts are established or not and, if not, be competent to take evidence;

(2) questions of factual assessment.«[1162]

Det betyder, at den første kategori overordnet set omhandler den nationale domstols mulighed for inddragelse af og fastsættelse af fakta i sagen. Denne antagelse synes at være i overensstemmelse med konventionspraksis inden for familierettens område i de sager, hvor Menneskeretsdomstolen har fundet, at den nationale domstol havde fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske omstændigheder. I fx Gobec v. Slovenien[1163] var forvaltningsdomstolen ikke bundet af parternes anbringender eller beviser og kunne selv fortage bevisførelse, hvis den fandt det nødvendigt for at nå frem til den korrekte afgørelse.[1164]

Den anden kategori, spørgsmålet om fakutelle vurderinger, kan dog volde lidt vanskeligheder. Dommer Martens anfører herom:

»In this connection - especially as regards "questions of factual assessment" - we touch a sensitive issue, for we enter the province of the "discretion" of the administrative authorities. Does the requirement that the "tribunal" should be "competent to determine all the aspects of the matter" imply that it should have competence to control fully all factual assessments made by those authorities?«[1165]

Igen bevæger vi os ind i området for forvaltningens skønsudøvelse, såfremt en prøvelse af »fact« - forstået i sammenhæng med »all aspects of the matter« - kræver, at

[1160] Jf. også René Dejbjerg Pedersen, 2006, side 256.
[1161] § 31.
[1162] Dissens afgivet af Dommer Martens, § 13,
[1163] Sag af 3.1.2014. Afgørelsen er behandlet i afsnit 1.3.4.1.
[1164] Se § 101.
[1165] Dissens afgivet af Dommer Martens, § 13.

domstolene også fuldt ud skal kunne efterprøve forvaltningens faktuelle vurderinger – med dansk terminologi kernen af skønnet.[1166]

Dommer Martens er i denne forbindelse tilbøjelig til svare bekræftende herpå. Det er således et fundamentalt spørgsmål, om doktrinen om fuld jurisdiktion indeholder krav, om at den nationale domstol skal efterprøve »kernen« af skønnet.

Dommer Martens mener, det vigtigt at sikre, at de administrative myndigheder har en vis manøvrefrihed. Dette er dog ikke ensbetydende med, at en begrænsning i domstolenes kompetence til at prøve sagens faktiske omstændigheder skal accepteres. Dommer Martens anfører i denne forbindelse meget rammede, at en tilbageholdenhed i domstolsprøvelsen kræver fuld jurisdiktion:

»Only a "tribunal" which has full competence can decide, on the merits of each case, whether and to what extent it must exercise restraint.«[1167]

Dette må forudsætningsvis forstås således, at Dommer Martens mener, at kernen af skønnet er indeholdt i doktrinen om fuld jurisdiktion, dvs. at der skal være en fuld domstolsprøvelse sagens faktiske og retlige omstændigheder, men at der kan udvises tilbageholdenhed afhængig af den enkelte sag. Der må således skulle foretages en konkret vurdering.

De nationale domstole må således udvise tilbageholdenhed i prøvelsen, når det er nødvendigt. Dommer Martens finder, at en generel regel må være, at tilbageholdenhed skal udøves, når der er tale om hensigtsmæssighedsspørgsmål dvs. – med dansk terminologi – den administrative myndigheds afvejning af hensyn over for hinanden, hvis ene resultat kan være mere hensigtsmæssigt end det andet resultat.

Der skal med andre ord udvises tilbageholdende ved prøvelsen af kernen af skønnet, og den nationale domstol skal ikke efterprøve, om det ville være mest hensigtsmæssigt, hvis afgørelsen fik et andet udfald. Dette er i overensstemmelse med Menneskeretsdomstolens afgørelse i Zumtobel v. Østrig[1168], hvor Menneskeretsdomstolen udtalte, at der skal udvises respekt for afgørelser, der indeholder hensigtsmæssighedsbetragtninger.

Dommer Martens anfører dog, at der i ekstraordinære tilfælde kræves – fx sager inden for området af artikel 8 om retten til respekten for familielivet – at den nationale domstol skal have fuld kompetence til at prøve den administrative myndigheds faktuelle, dvs. skønsmæssige, vurderinger – med dansk terminologi kernen af

[1166] Menneskeretsdomstolen fandt i Albert og og Le Compte v. Belgien, sag af 10.2.1983, § 31, at der forelå en krænkelse af EMRK artikel 6, idet den nationale domstole ikke kunne træffe afgørelse om »all aspects of the matter«.

[1167] Dissens afgivet af Dommer Martens, § 13.

[1168] Sag af 21.9.1993, § 32.

skønnet. Der henvises i denne forbindelse til tvangsfjernelsessagerne W, B, O og R v. Storbritannien.[1169]

Dommer Martens konkluderer herefter, at følgende derfor må kunne udledes af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis:

»…that even assessments which fall within the administration's discretion should, to a certain extent, be controlled by the judiciary.«

I denne forbindelse henviser Dommer Martens til Menneskeretsdomstolens tidlige konventionspraksis. I disciplinærsagen Le Compte, Van Leuven og De Meyere v. Belgien[1170] blev der fundet en krænkelse af retten til domstolsprøvelse, idet den nationale domstol ikke kunne vurdere, hvorvidt sanktionen var proportionel med den begåede fejl. Dommer Martens anfører, at der var tale om »a typically "discretionary" question«.[1171]

Det er her dog væsentligt at foretage en sondring mellem skønselementer som en proportionalitetsvurdering og selve kernen af skønnet. Det forhold, at nationale domstole foretager en proportionalitetsvurdering af, om en sanktion fx står i rimeligt forhold til en begået fejl, indeholder følgelig ikke en skønsmæssig vurdering af, om der overhovedet er begået en fejl.[1172]

Dommer Martens henviser endvidere til Obermeier v. Østrig[1173], hvor det erindres, at forvaltningsdomstolen alene kunne prøve om myndighederne »had used their discretion in a manner incompatible with the object and purpose of the relevant law«. I den pågældende sag anførte Menneskeretsdomstolen ikke hvad der da ville have været en tilstrækkelig domstolsprøvelse i overensstemmelse med artikel 6. Enten kan afgørelsen, som Dommer Martens anfører, fortolkes som, at Menneskeretsdomstolen krævede en fuld prøvelse, eller at domstolsprøvelsen ville have været tilstrækkelig, såfremt forvaltningsdomstolen også havde prøvet, om myndighederne havde handlet i overensstemmelse med »generally recognised legal and administrative principles«.[1174] Det kan derfor være svært at udlede, om Menneskeretsdomstolen i den konkrete sag krævede en efterprøvelse af kernen af skønnet.

Derfor må det formodentlig konkluderes således, at kernen af skønnet er en bestanddel omfattet af EMRK artikel 6's krav om, at nationale domstole skal have fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder, men at en tilbageholdenhed i prøvelsen heraf kan accepteres, når det er nødvendigt henset til

[1169] W. v. Storbritannien, sag af 8.7.1987 er behandlet i afsnit 1.3.4.1. Se nærmere dissensens § 13, jf. § 8.
[1170] Sag af 23.6.1981, § 51.
[1171] Dissens afgivet af Dommer Martens, § 13.
[1172] Se afsnit 1.3.1.
[1173] Sag af 28.6.1990, § 70.
[1174] Dissens afgivet af Dommer Martens, § 13.

sagens karakter. [1175] Dette er netop tilfældet, hvor sagen i 1. instans har været behandlet af en administrativ myndighed og opfylder angivne betingelser – og modsat, hvor sagen i 1. instans har været afgjort af en domstol, der følgelig skal foretage en fuld domstolsprøvelse. Det anførte er således i overensstemmelse med den fremgangsmåde Menneskeretsdomstolen anvender i nyere konventionspraksis, hvor en tilbageholdende prøvelse af sagens faktiske omstændigheder under angivne betingelser kan retfærdiggøres.[1176]

På denne baggrund synes Kaplan v. Storbritannien og Albert og Le Compte v. Belgien derfor at være i modstrid med hinanden. I Kaplan-sagen fandt Kommissionen, at EMRK artikel 6 ikke giver ret til en »full hearing on the merits«, hvilket betyder, at kernen af skønnet ikke kræves efterprøvet. Kaplan-sagen synes på derimod at have sat de spæde stik for Menneskeretsdomstolens fremgangsmåde, og den hensyntagen, der i dag til de kontraherendes staters kompetencefordeling mellem administrative myndigheder og nationale domstole.[1177]

Et andet fundamentalt spørgsmål, der er relevant at stille i denne sammenhæng er hvilken afgørelse skal den nationale domstol kunne træffe. Det er således vigtigt at sondre mellem den nationale domstols prøvelseskompetence og selve den afgørelse, der skal træffes. Det kan ikke af Albert og Le Compte v. Belgien udledes hvilke krav, doktrinen om fuld jurisdiktion stiller til den afgørelse, der skal træffes.

Dommer Martens anfører i den forbindelse, at der for det første, i udgangspunktet, skal være tale om en domstol, der er »appeal de novo«, dvs. hvor den nationale domstol er en egentlig appeldomstol i den forstand, at den har kompetence til fuldt ud prøve den oprindelige afgørelse, men også med mulighed for at udvise tilbageholdenhed i domstolsprøvelsen, hvor det findes, at skønnet skal »blive« hos myndighederne.

I forhold til hvilken afgørelse, den nationale domstol skal kunne træffe, er spørgsmålet således, om den skal kunne afgøre sagen ved en selvstændig afgørelse, eller om det er tilstrækkeligt, at den kan hjemvise sagen til myndighederne og lade dem træffe den endelige afgørelse. Dommer Martens' synspunkt er, at sidstnævnte alternativ er at foretrække. Myndighederne vil da skulle udøve deres skøn i overensstemmelse domstolenes angive retningslinjer. Overskrider myndighederne disse retningslinjer, vil domstolene skulle kunne omstøde afgørelsen, hvilket nærmere

[1175] I en lidt anden retning se Janis, Kay & Bradley, 2008, side 764 der anfører, at kravet om fuld jurisdiktion nok ikke indebærer »full power to decide all questions of law, fact, merits and discretion« . Disse forfattere må således adskille prøvelsen af skønnet fra »fact«. Sml. Bent Christensen, Forvaltningsret. Prøvelse, Jurist- og Økonomforbundets Forlag , 2. udgave, 1994, side 50. Forfatteren anfører, dog ikke i en menneskeretlig sammenhæng, at domstolene ikke efter modstillingen jus/faktum kan prøve forvaltningens skøn.

[1176] Se afsnit 2.1.

[1177] Se afsnit 2.2.

må betyde, at i sådanne tilfælde, vil domstolene skulle træffe den endelige afgørelse.[1178]

Dommer Martens synspunkt om, at nationale domstole skal have kompetence til at hjemvise sagen til fornyet behandling stemmer i øvrigt godt overens med, at hans synspunkt, at de nationale domstole i visse tilfælde skal udvise tilbageholdenhed i prøvelsen af de administrative myndighedernes skøn. Den afgørelse, der træffes må, derfor hænge sammen med intensitetsgraden af domstolsprøvelsen.

I fx McMichael v. Storbritannien[1179] fastlog Menneskeretsdomstolen, at den nationale myndighed havde fuld jurisdiktion, idet den kunne, i al fald for så vidt angår tvangsfjernelsesspørgsmålet, både hjemvise sagen til fornyet behandling og træffe afgørelse om at bringe tvangsfjernelsen til ophør.

I fx H.O. v. Island[1180] fandt Kommissionen, at den islandske domstol havde fuld jurisdiktion, bl.a. fordi den kunne omstøde og hjemvise afgørelsen ved konstateringen af, at sagens fakta havde været anvendt forkert eller var ufuldstændige. Myndighederne ville være bundet af domstolens afgørelse. Den islandske domstol ville således i den forbindelse kunne pålægge myndighederne at følge domstolens egne synspunkter vedrørende sagens fakta.

I fx Ranson v. Storbritanninen[1181] udtalte Menneskeretsdomstolen, at i de tilfælde, hvor der er indsigelser mod et prøvelsesorgans upartiskhed, betyder kravet om fuld jurisdiktion, at den nationale domstole skal have kompetence til at vurdere indsigelsen og kunne omstøde afgørelsen og eventuelt træffe afgørelsen selv eller skal kunne hjemvise sagen til fornyet behandling hos et organ, der er upartisk.

2.5.2. Rækkevidden af W. v. Storbritannien

Rækkevidden af W. v. Storbritannien[1182] er relevant at vurdere i sammenhæng med den udvikling, der har været i den øvrige konventionspraksis, hvor kravene til omfanget af domstolsprøvelse under angivne betingelser er blevet lempet. W-sagen er den eneste familieretlige afgørelse, der direkte berører og tager stilling til skønsproblematikken i sager, der i første instans er afgjort af en administrativ myndighed.

Præmisserne i W-sagen kan således fortolkes således, at Menneskeretsdomstolen efter EMRK artikel 6 kræver, at nationale domstole skal prøve kernen af skønnet i samværssager, dvs. vurdere, hvorvidt det i en konkret sag er til barnets bedste, om der skal være samvær. Det er derudover angiveligt heller ikke nok, at den nationale

[1178] Dissens afgivet af Dommer Martens, § 14.

[1179] Sag af 24.2.1995 (samvær i forbindelse med tvangsfjernelse). Afgørelsen er behandlet i afsnit 2.4.1.

[1180] Sag af 12.10.1992 (forældremyndighedssag).

[1181] Sag af 2.9.2003 (skilsmisse- og samværssag). Se også Kingsley v. Storbritannien, sag af 28.5.2002 og Letničič mod Kroatien, sag 3.8.2016, begge behandlet i afsnit 1.3.2..

[1182] Sag af 8.7.1987 (samværssag)

domstol kan omstøde og hjemvise sagen til fornyet behandling, såfremt der er begået sagsbehandlingsfejl. Såfremt afgørelserne skal fortolkes på denne måde betyder det, at de nationale domstole i samværssager, hvor er tale om ophævelse eller afslag på samvær – uden materielretligt bedømmelsesgrundlag – skal kunne træffe den endelige afgørelse.[1183]

Dette betyder samtidig, at enten skal EMRK artikel 6 læses på to måder afhængig af hvilken konkret sagstype, der er tale om, eller også har W-sagen som følge af udviklingen i konventionspraksis mistet sin præjudikatværdi.

I denne forbindelse skal det fremhæves, at W-sagen er afsagt i »plenary« - hvilket i dag svarer til »Grand Chamber« - uden dissens. Der skal meget til at fravige et sådant præjudikat. På den anden side er der tale om en afgørelse fra 1987. Afgørelsens alder kan være en faktor for præjudikatværdien. Det forhold, at der er afgørelser afsagt efter Bryan-sagen, kan havde medført, at kravene fortolket i W-sagen ikke længere gælder, som følge af nyere afgørelsers større præjudikatværdi.

Menneskeretsdomstolen har i sin konventionspraksis understreget, at den vil fravige tidligere afgørelser, såfremt der er tungtvejende grunde hertil. Menneskeretsdomstolen har imidlertid heller ikke direkte freveget afgørelsen i W-sagen..[1184] En logisk forklaring på hvorfor Menneskeretsdomstolen ikke har fraveget sin afgørelse i W-sagen kan være, at Menneskeretsdomstolen ikke siden W-sagen har haft mulighed for at tage stilling tilsvarende spørgsmål som i W-sagen.[1185]

I vurderingen af rækkevidden af W-sagen skal det for det første bemærkes, at Menneskeretsdomstolen ikke henviser til »a judicial body that has full jurisdiction« i Albert and Le Compte v-sagen.[1186] W-sagen er vel at mærke fra tiden herefter. Menneskeretsdomstolen anførte i stedet *»jurisdiction to examine the merits of the matter* i W-sagen. I Albert and Le Compte-sagen nævnte Menneskeretsdomstolen dog også »merits«. Menneskeretsdomstolen anførte i denne forbindelse, at »merits« blandt andet betød en prøvelse af sagens faktiske omstændigheder og en proportionalitetsbedømmelse af sammenhængen mellem den begåede fejl og sanktion:

> The *Court of Cassation does not take cognisance of the merits of the case*, which means that many aspects of "contestations" (disputes) concerning "civil rights and obligations", including review of the facts and assessment of the proportionality between the fault and the sanction, fall outside its jurisdiction (see the above-mentioned Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment, Series A no. 43, p. 16, para. 33). (Min fremhævelse)

Som det er blevet beskrevet, anvendes doktrinen om fuld jurisdiktion som et udgangspunkt for Menneskeretsdomstolens bedømmelse af omfanget af den nationale

[1183] Se René Dejbjerg Pedersen, 2006, side 266.
[1184] Se herom kapitel 3, afsnit 5.2.1.
[1185] Dog er der følgelig afgørelserne Eriksson v. Sverige (og Olsson v. Sverige (nr. 2.)) men de berører altså ikke skønsproblematikken .Se oven for afsnit 2.4.1.
[1186] Sag af 10.2.1983, § 29.

domstolsprøvelse. Det er argumenteret for, at kernen af skønnet indgår som en bestanddel af kravet om fuld jurisdiktion.[1187]

Udgangspunkt er dog, som anført flere gange tidligere, blevet modificeret og præciseret. Det kan således undre, at Menneskeretsdomstolen i W-sagen ikke henviser til Albert og Le Compte-sagen – og i øvrigt undre, at afgørelsen kun ses henvist til i Eriksson-sagen for så vidt angår spørgsmålet om domstolsprøvelse.

Kommissionen har dog i sin rapport i W-sagen i forbindelse med argumentationen for statueringen af krænkelsen, henvist til en konkret præmis fra Le Compte, Van Leuven og De Meyere v. Belgien fra 1981.[1188] I denne præmis anførte Menneskeretsdomstolen, at der ikke skal sondres mellem sagens retlige og faktiske omstændigheder. Dette kan derfor antageligt fortolkes således – når tages fortolkningen af doktrinen om fuld jurisdiktion i betragtning – at kernen af skønnet dermed skal kunne efterprøves af en domstol.

Spørgsmålet er imidlertid om der i fortolkningsmæssig henseende er en logisk forklaring på, at Menneskeretsdomstolen i W-sagen ikke henviser til Albert og Le Compte. Der kan således stilles spørgsmålstegn ved, om W-sagen skal tolkes som, at 1) der tale om de samme krav til domstolsprøvelse som i fuld jurisdiktion-doktrinen, som umiddelbart konkluderet oven for eller 2) der tale om lempeligere krav til domstolsprøvelsen

»A judicial body that has full jurisdiction« kan også alt andet lige læses mere restriktivt end »jurisdiction to examine the merits of the matter«. Det, der konkret giver anledning til tvivl er således den forskellige terminologi. Der kan foreligge tvivl om »jurisdiction to examine the merits of the matter« da skal fortolkes således, at den engelske domstol skulle foretage en fuld prøvelse af spørgsmålet om samvær, herunder en prøvelse af skønnet foretaget af de sociale myndigheder. Det ville nærmere være en de facto prøvelse af, om det i den konkrete sag var til barnets bedste, at der ikke skulle være samvær.

I den juridiske litteratur, der behandles straks nedenfor, ses opfattelsen af rækkevidden af afgørelsen at være uklar på baggrund af litteraturens terminologi. W-sagen behandles nogle steder efter eller i sammenhæng med doktrinen om fuld jurisdiktion, mens afgørelsen andre steder behandles separat. Det ses derudover ikke behandlet eller bemærket i litteraturen, at Albert og Le Compte-sagen ikke nævnes i W-sagen.

Opfattelsen af afgørelsen ses således forudsætningsvis nogle steder at være, at den skal ses som en efterløber af eller i en forståelsessammenhæng med fuld jurisdiktion-doktrinen, jf. Albert og Le Compte-sagen, dvs. at der angiveligt i udgangspunktet må være tale om de samme krav til domstolsprøvelsen. Her synes det overordnet at kunne udledes, at baggrunden for krænkelsen af artikel 6 i W-sagen var,

[1187] Se nærmere herom afsnit 2.5.1.

[1188] Sag af 23.6.1981, § 51. Denne afgørelse udgør sammen med Albert og Le Compte-sagen et stort sagskompleks, hvor der blev indgivet to separate klager.

at den engelske domstol ikke havde kompetence til at prøve sagens realitet »merits« eller sagens faktiske omstændigheder.[1189] Spørgsmålet er i denne forbindelse, om den juridiske litteratur med dens terminologi inkluderer prøvelsen af kernen af skønnet.

Harris, O'Boyle & Warbrick anfører »Article 6 requires…that there must be the possibility of judicial review, or in some cases an appeal on the merits of administrative decicision that are directly decisive for civil rights and obligations by a body that complies with article 6«.[1190] I relation til Albert og Le Compte v. Belgien anføres det, at klagerne ønskede en prøvelse af sagens realitet »merits«, og at Menneskeretsdomstolen statuerede en krænkelse, idet der ikke var tale en domstol med fuld jurisdiktion. Forfatterne behandler umiddelbart herefter W v. Storbritannien. De skriver, at klageren ønskede en prøvelse af sagens realitet »merits« eller faktiske omstændigheder omkring myndighedernes beslutning om at begrænse samværet med barnet. Det fremhæves, at i sager vedrørende samvær med børn, skal den nationale domstol have »jurisdiction to examine the merits of the matter«.[1191] Forfatterne sammenfatter afslutningsvis konventionspraksis således, at artikel 6 skal læses på to forskellige måder afhængig af sagens karakter: »It applies fully in ordinary private law cases between private individuals and in cases involving state action such as W v UK and Obermeier v Austria, requring that the facts and the law be determined finally by a tribunal complying with Article 6«.[1192]

Jon Fridrik Kjølbro anfører, at »det som udgangspunkt er et krav, at den nationale domstol har "fuld jurisdiktion" med hensyn til sagens faktiske og retlige omstændigheder. Menneskeretsdomstolen skal med andre ord have fuld jurisdiktion til at behandle tvisten. De nationale domstoles prøvelse af administrative myndighedernes afgørelser vil være utilstrækkelig, hvis den ikke omfatter sagens faktiske omstændigheder«, Han angiver, at »Menneskeretsdomstolen har f.eks. fastslået, at en domstolsprøvelse, der alene omfatter en prøvelse af, om myndighederne havde handlet "illegally, unreasonably eller unfairly", men hvor sagens faktiske omstændigheder ikke kunne prøves var utilstrækkeligt.«[1193] I den forbindelse henviser forfatteren til W-sagen, men det fremgår ikke, hvorvidt Jon Fridrik Kjølbro mener, at kernen af skønnet kræves efterprøvet.

Peer Lorenzen omtaler tvangsfjernelsessagerne, herunder W-sagen, i sammenhæng med Albert og Le Compte-sagen. Han anfører, at der »givet stilles større krav i forbindelse med fx alvorlige disciplinærsanktioner… og børnefjernelsessager… end i sager om fx almindelige regulering om ud-

[1189] Jf. forudsætningsvis Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 380 og Peer Lorenzen m.fl., 2011, side 498, Harris, O'Boyle & Warbrick2009, side 232. I forfatternes seneste udgave fra 2014 behandles W. v. Storbritannien imidlertid ikke. Se Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3th edition, Oxford University Press, 2014, side 392 ff. Se også Jonas Christoffersen, 2009, side 368.
[1190] Harris, O'Boyle & Warbrick, 2009, side 228.
[1191] Harris, O'Boyle & Warbrick, 2009, side 229.
[1192] Harris, O'Boyle & Warbrick, 2009, side 232.
[1193] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 379-380.

nyttelsen af fast ejendom.« Peer Lorenzen anfører videre, at »[i] de nævnte børnefjernelsessager blev domstolskontrollen anset for utilstrækkelig, fordi Menneskeretsdomstolenalene kunne påse, at myndigheden ”did not act illegally, unreasonably or unfairly”. [1194] Forfatteren beskriver ikke nærmere hvilke større krav, der angiveligt stilles. Det vides derfor ikke, om han fortolker konventionspraksis således, at skønnet kræves efterprøvet.

Jørgen Aall behandler også Albert og Le Compte-sagen i sammenhæng med W-sagen, men angiveligt ud fra en anderledes forståelsessammenhæng. Han mener formodentlig, at kravene i Albert og Le Compte-sagen i udgangspunktet er mere restriktive end i W-sagen.

Jørgen Aall anfører således, at prøvningen i tvangsfjernelsessagerne »ble ansett utilstrekkelig fordi domstolene bare kunne prøve forvalningens retsanvendelse, faktagrundlag, og om skjønnet var anvendt ”unreasonably or unfairly”«. Forfatteren mener ikke, at man uden videre ud af afgørelserne kan udlede, at domstolsprøvelsen i tvangsfjernelsessager må omfatte alle sider for at tilfredsstille EMRK artikel 6. Han anfører dog »Men en slik forståelse vil etter min mening være i best harmoni med den løsning som er lagt til grunn i forhold til andre inngripende forvaltningssaker, særlig den sanksjonpregede forvaltningsrett, hvor det kreves at Menneskeretsdomstolen har ”fuld jurisdiktion”, jf. *Albert og Le Compte-dommen* som gjaldt rettighetstap. Reelt set kan tvangsvek i barnevernet være mindst like inngripende.«[1195]

Jørgen Aall ender dogmed at konkludere, at W-sagen skal forstås i sammenhæng med Albert og Le-Compte-sagen, hvorved det må være de samme krav, der kræves til domstolsprøvelsen. Han argumenterer for, at der i begge sager er tale om indgribende forvaltningsakter.[1196] Det synes dog ikke heraf at kunne udledes, hvorvidt han mener, at skønnet kernes kræves efterprøvet.

Som anført ovenfor, bliver W-sagen andre steder i litteraturen behandlet »separat«.

Marc Viering behandler W v. Storbritannien under et afsnit med generelle observationer om kravene til domstolsprøvelsen. Om W-sagen anfører forfatteren: »...the Court held that, although the parents could apply for judical review or institute wardship proceedings, and thereby have certain aspects of the authority’s access decisions examined by an English court, during the currency of the parental resolutions the court’s powers were not of suffienct scope to fully satisfy the requirements of Article 6, as they did not extend to the merits of the matter«. Albert og Le Compte v. Belgien ses ikke nævnt i denne forfatters behandling af konventionspraksis på området. Forfatteren har dog et afsnit benævnt »Full jurisdiction«. Dette afsnit indledes med »For the rights of

[1194] Peer Lorenzen 2011, side 498.
[1195] Jørgen Aall, *Domstolsadgang og domstolsprøvning i menneskerettighetssaker*, i Tidsskrift for Rettsvitenskap, Årgang 111, 1998, side 94-95.
[1196] Jørgen Aall, 1998, side 95.

access to be effective it is not sufficient that the court has jurisdiction to judge on the merits of the case. The court must have full jurisidiction. This means that the court must have competence to judge both on the facts and on the law as a basis of its "determination"«.[1197]

Forfatteren bemærker, at den engelske domstol desuagtet kunne prøve visse aspekter af samværsafgørelsen – uden at nævne hvilke – men at dette ikke var nok til at opfylde kravene i artikel 6.

Det er derudover ikke til at vide, om Marc Viering mener, at der ikke krævedes fuld jurisdiktion i W-sagen, når han anfører, at en kompetence til at prøve sagens realitet ikke er nok. Det kan fortolkes, som at en domstols kompetence til at prøve sagens realitet er et mindre restriktivt krav, jf. også i tråd med Jørgen Aalls udlægning ovenfor. Det kan derfor umiddelbart forstås som, at forfatteren mener, at kravene til en domstolsprøvelse i artikel 6 indeholder en kompetence til at prøve sagens realitet samt sagens faktiske og retlige omstændigheder. Det kan således være svært at udlede forfatterens fortolkning af rækkevidden af W-sagen, herunder om kerne af skønnet kræves efterprøvet..

Det samme gælder Eva Ersbøll, Niels Mikkelsen samt Lars Adam Rehofs fortolkning:

Forfatterene anfører blot: »Menneskeretsdomstolen finder (enstemmigt), at da retten ikke kan foretage en (isoleret) efterprøvelse af samværsafgørelsens materielle rigtighed, må art. 6, stk. 1 anses for krænket«.[1198]

Her kan det heller ikke udledes, om skønnet kræves efterprøvet.

Jonas Christoffersen fortolker W-sagen således, at det ikke var krævet, at alle aspekter af samværsafgørelsen blev prøvet.

Jonas Christoffersen skriver om W-sagen følgende: »A less than complete judicial review is thus in conformity with Article 6 as well as Article 13 even in the respect of the most intrusive interferences in the rights to family life such as the taking into public care of children. Hence in *W. v. United Kingdom*, the Court recognised that the applicability of Article 6 left a measure of discretion to the local administrative authorities to take account e.g. of the available resources, the urgency of decisions, the need to include specialised social workers as well as the continuous nature of the process. The need to ensure the rights of the parents under Article 6 consequently "does not require that all access decisions must be taken by the courts but only that they shall have power to

[1197] I Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn og Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Intersentia, 2006, side 560-561. Se også P van Dijk i R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold (edt.), *The European Sysmtem for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, side 352.

[1198] Eva Ersbøll, Niels Mikkelsen og Lars Adam Rehof, *Udviklingen i den internationale menneskeretsbeskyttelse i 1987-88*, i U1989B.177 ff.

determine any substantial dispute that may arise" The required "power to determine any substantial disputes" does not mean that all aspects of the decision must be reviewed«.[1199]

I sin fortolkning af W-sagen har Jonas Christoffersen i en fodnote henvist til den præmis, hvor EMD udtalte, at der ikke var »jurisdiction to examine merits of the matter«.[1200] Dette må således i denne relation betyde, at forfatteren opfatter »jurisdiction to examine merits of the matter« som ikke indeholdende krav om prøvelse af alle sagens aspekter, altså skønnet ikke kærvet efterprøvet efter EMRK artikel 6.

Forfatteren har endvidere andetsteds med en forudgående kort behandling af W-sagen anført, at nationale domstole ikke skal have kompetence til at prøve forvaltningens skøn fuldt ud, idet prøvelsen kan være begrænset, forudsat at grænserne for forvaltningens skøn og domstolens prøvelse af forvaltningens overholdelse ikke bliver for stor.[1201]

Én forfatter synes at skille sig ud fra den øvrige litteratur – og går i al fald i en anden retning end Jonas Christoffersen. René Dejbjerg Pedersens umiddelbare forfattelse af afgørelsen er, at den engelske domstol i den konkrete sag var forpligtet til at overtage myndighedernes skøn.

Forfatteren anfører herom: »de engelske domstole [måtte] dermed selv – det vil sige uden materielretligt bedømmelsesgrundlag – bedømme, om den pågældende klager skulle have været afskåret fra samvær med sit barn« Forfatteren bemærker særligt i den forbindelse, at Menneskeretsdomstolen lagde vægt på, at der var tale om samvær med et barn med en henvisning til ordene »in a case of a present kind«. Forfatteren anfører i forlængelse heraf, at Menneskeretsdomstolen fandt, at »de nationale domstole skulle være kompetente til at foretage en tilbundsgående prøvelse af forvaltningens afgørelser, herunder bl.a. overtage skønnet, hvis en sag vedrørte et særligt intensivt indgreb, som f.eks. afskæring af samvær med børn.«[1202]

René Dejbjerg Pedersens opfattelse af afgørelsen skal forstås i sammenhæng med, at forfatteren har konkluderet, at W-sagen skiller sig ud fra den øvrige konventi-

[1199] Jonas Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity, and Primarity in the European Convention on Human Rights*, 2006, side 368. Der er tale om forfatterens indleverede doktorafhandling. Det fremgår af forordet i forfatternes udgivede doktorafhandling af samme navn fra 2009, at doktorafhandlingen er tilgængeligt på det Kongelige Bibliotek med følgende ISBN nr. 978-87-89091-01-3. Forfatternes ses ikke i den udgivet version at henvise til W-sagen.

[1200] Se § 82.

[1201] Se Jonas Christoffersen, *Om ret og skøn ved ejendomsrettens diskriminationsbeskyttelse under EMRK*, i U2007B.208 ff.

[1202] Jf. René Dejbjerg Pedersen, 2006, side 266. Se forudsætningsvis i samme retning dissensen afgivet af dommer Martens i Fischer v. Østrig, sag af 26.4.1995, § 8. Førstnævnte forfatter anfører dog på samme side, at sagen formodentlig har mistet sin præjudikatværdi, idet han anfører, at Domstolen i senere konventionspraksis ikke har anlagt samme intensitetsvurdering.

onspraksis efter afsigelsen af Zumtobel v. Østrig og Bryan v. Storbritannien, hvor Menneskeretsdomstolen introducerede lempeligere krav til domstolsprøvelsen.[1203]

Det skal bemærkes, at en prøvelse af skønnet således ikke ses nævnt som en bestanddel af domstolsprøvelsen hos alle i litteraturen. René Dejberg Pedersen er og Jonas Christoffersen er, som jeg ser det, de eneste, der klart udtrykker deresfortolkning af rækkevidden af W-sagen. Det kan meget vel være, at den øvrige litteratur med dens terminologi - »merits« og prøvelse af sagens faktiske omstændigheder – finder, at en prøvelse af skønnet følgelig er et krav til domstolsprøvelsen. Det vil sige i samme retning som den dissenterende Dommer Martens i Fischer v. Østrig.[1204]

Jon Fridrik Kjølbro har fx i sin behandling af konventionspraksis anført – i forbindelse med en omtale af domstolsprøvelsen inden for specialiserede retsområder, hvor forfatteren bl.a. nævner planlovgivning – at der ikke nødvendigvis gælder et krav om, at domstolene skal kunne efterprøve skønsudøvelsen.[1205]

Den juridiske litteratur er dermed antageligt ikke enig i rækkevidden af afgørelsen.

W-sagen synes dog ikke at kunne fortolkes som, at der stilles lempeligere krav til domstolsprøvelsen i tvangsfjernelses- eller samværssager end i fx disciplinærsager. Dette er i overensstemmelse med størstedelen af den juridiske litteratur, hvor heraf generelt kan udledes, at der stilles større krav til fx en familieretlig sag end sager inden for specialiserede retsområder såsom fx planlovgivning.[1206]

Det vil sige, at afgørelsen må fortolkes, som at Menneskeretsdomstolen i den konkrete sag krævede, at den engelske domstol skulle efterprøve kernen af skønnet, idet der tale om en sagstype, hvis afgørelse kan have indgribende betydning for sagens parter.

Spørgsmålet er, om dette da er ensbetydende med, at Menneskeretsdomstolen med W-sagen introducerede mere restriktive krav til domstolsprøvelsen end kravet om, at der skal være fuld jurisdiktion. Det er næppe tilfældet. Det handler formentlig i stedet om, at de nationale domstole, som konkluderet, bør – og har ret til efter EMRK artikel 6 – at udvise tilbageholdenhed i prøvelsen, når det er nødvendigt, afhængig af sagens konkrete omstændigheder.

Det er i denne forbindelse værd at have for øje, at de kontraherende staters skønsmarginen i tvangsfjernelsessager efter EMRK artikel 8 er større end i samværssager. Det samme gælder skønsmarginen i forældremyndighedssager.[1207] Dette

[1203] René Dejbjerg Pedersen, 2006, side 254-263.

[1204] Sag af 26.5.1995.

[1205] Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 380.

[1206] Jf. Peer Lorenzen 2011, side 498-499, Jon Fridrik Kjølbro, 2010, side 380-381 og Harris, O'Boyle & Warbrick, 2009, side 230-232, men modsætningsvis René Dejbjerg Pedersen, *Det forvaltningsretlige skøn*, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2006, side 257.

[1207] Se bl.a. Sommerfeld v. Tyskland, sag af 8.7.2003, § 63 og Sahin v. Tyskland, sag af 8.7.2003, § 63.

betyder, at Menneskeretsdomstolens egen prøvelsesintensitet i sager vedrørende samvær efter artikel 8 er mere indgående end i tvangsfjernelses- og forældremyndighedssager. Skønsmarginen i disse sager for nationale domstole i relation til artikel 6 kan således argumentere at skulle være i overensstemmelse hermed.[1208]

2.5.3. Rækkevidden af Bryan v. Storbritannien

Det gælder dog selvfølgelig, at jo flere afgørelser, der indeholder den samme fortolkning, vil have betydning for en større præjudikatværdi.

Menneskeretsdomstolens tre-leddet test, der blev introduceret i Bryan v. Storbritannien[1209] og sidenhen præciseret i Sigma Radio Television LTD v. Cypern[1210] og Fazia Ali v. Storbritannien[1211], er i størstedelen af konventionspraksis blevet anvendt af Menneskeretsdomstolen inden for specialiserede retsområder såsom regulering inden for tv- og radioindustrien, spillovgivning, planlovgivning og miljøbeskyttelse, hvor de nationale myndigheders beslutning bygger på en skønsudøvelse, der i et vist omfang også skal tage hensyn til politiske formål. Der er ofte tale om sager, hvor private hensyn afvejes over for offentligretlige hensyn.

Dog har Menneskeretsdomstolen i familieretlige sager, jf. Crabtree v. Storbritannien[1212], der vedrørte en plejefar og K.T. v. Norge[1213], der vedrørte lovligheden af myndighedernes undersøgelsesgrundlag for en eventuel tvangsfjernelse i overensstemmelse med testens tredje testelement fundet domstolsprøvelsen tilstrækkelig, på trods af at der ikke havde været en prøvelse af sagens faktiske omstændigheder. Menneskeretsdomstolens henviste dog i sine præmisser i begge afgørelser ikke direkte til testen i Bryan-sagen.

I begge sager havde de nationale domstole havde behandlet de anbringender som klagerne var fremkommet med og som alene vedrørte sagernes retlige omstændigheder.[1214]

I Crabtree v. Storbritannien blev derudover lagt vægt på, at den administrative myndighed havde en »special function«, hvilket, sammen med karakteren af klagerens anbringender, retfærdiggjorde en tilbageholdende prøvelse af sagens faktiske omstændigheder.

Testen anvendes således af Menneskeretsdomstolen i familieretlige sager, hvilket kan tyde på, at denne fremgangsmåde ikke er »reserveret« bestemte sagstyper. Det

[1208] Sml. Jonas Christoffersen, 2009, side 368, der anfører: »…Article 6 gives access to domestic review on the basis of the standards of Article 6 to the extent that the domestic law corresponds to the standards of the ECHR«.

[1209] Sag af 22.11.1995. Afgørelsen er behandlet i afsnit 2.2.

[1210] Sag af 21.10.2011. Afgørelsen er behandlet i afsnit 2.2.

[1211] Sag af 20.10.2015. Afgørelsen er behandlet i afsnit 2.2.

[1212] Sag af 9.4.1997. Afgørelsen er behandlet i afsnit 2.4.5.

[1213] Sag af 25.9.2008. Afgørelsen er behandlet i afsnit 2.4.2.

[1214] I K.T. v. Norge, sag af 25.9.2008 (dissens), § 101, henviste Menneskeretsdomstolen til Zumtobel v. Østrig., sag af 21.9.1993.

er i denne forbindelse værd at bemærke, at Bryan-sagen er afsagt på et senere tidspunkt end de fleste af de familieretlige afgørelser.[1215]

Testen må derfor af Menneskeretsdomstolen på baggrund af den komparative fortolkningsmetode, formodes at kunne blive anvendt på fremtidige sager vedrørende familieretlige forhold, herunder sager hvor der tale om indgreb af mere personlig og indbringende karakter som fx vedrørende afslag på eller ophævelse af samvær.

Såfremt Menneskeretsdomstolen anvender denne afgørelser i familieretlige sager, betyder det konkret, at Menneskeretsdomstolen i visse familieretlige sager vil acceptere en tilbageholdende prøvelse af sagens faktiske omstændigheder, såfremt domstolsprøvelsen efter en helhedsbedømmelse af den konkrete sag med inddragelse af forskellige faktorer, var været tilstrækkelig. Det vil således sige, at en tilbageholdende prøvelse af sagens faktiske omstændigheder vil accepteres i sager, hvor private hensyn afvejes over for hinanden, og hvor der altid vil være tale om en bebyrdende afgørelse for en af parterne. Resultatet af Menneskeretsdomstolens fremgangsmåde i også familieretlige sager vil derfor kunne være, at EMRK 6 ikke kræver, at der skal være en fuld domstolsprøvelse.

Spørgsmålet er herefter er navnlig, om W-sagen har mistet sin præjudikatværdi og om Menneskeretsdomstolens fremgangsmåde udelukker anvendelse af et testelement, der kræver en fuld domstolsprøvelse, herunder prøvelse af kernen af skønnet.

Det må umiddelbart vurderes, at Menneskeretsdomstolens fremgangsmåde ikke udelukker anvendelse af et sådant testelement, hvilket betyder, at en tilbageholdenhed i prøvelsen på grund af sagens karakter, fx en samværssag, ikke accepteres under EMRK artikel 6.

I Fazia Ali v. Storbritannien[1216] udtalte Menneskeretsdomstolen, at der i helhedsbedømmelsen af, om domstolsprøvelsen har været tilstrækkelig skal inddrages »the nature and purpose of that scheme«. Vurdering af domstolsprøvelsens overensstemmelse med EMRK artikel 6 afhænger nødvendigvis for det første ikke kun af den skønsmæssige eller tekniske karakter af den påklagede afgørelse. For det andet afhænger domstolsprøvelses tilstrækkelighed heller ikke kun af det specifikke spørgsmål, klageren ønsker at indbringe for domstolene som det centrale spørgsmål for klageren, men også »more generally, on the nature of the "civil rights and obligations" at stake and the nature of the policy objective pursued by the underlying

[1215] Se dog den seneste afgørelse Gobec v. Slovenien, sag af 3.1.2014, omhandlede samvær, hvor Menneskeretsdomstolen bemærkede, at klageren havde fået sin sag prøvet af forvaltningsdomstolen, der var »vested with full jurisdiction to decide questions of both facts and law«. Det skal fremhæves, at klagerens anbringende for EMD ikke angik, at den nationale domstolsprøvelse havde været utilstrækkelig, men at klageren ikke havde haft mulighed for at få prøvet samværsspørgsmålet for en domstol.

[1216] Sag af 20.10.2015. Afgørelsen er behandlet i afsnit 1.3.2.

domestic law.«[1217] For så vidt angår »the nature civil rights and obligations at stake« kan det således anføres, at der navnlig i sager om afslag på eller ophævelse af samvær er meget på spil for parterne.

Menneskeretsdomstolen bemærkede i W v. Storbritannien[1218] og McMichael v. Storbritannien[1219], der begge omhandlede samvær i forbindelse med tvangsfjernelse, myndighedernes specialfunktion inden for det pågældende familieretlige område. I McMichael-sagen accepterede Menneskeretsdomstolen, at tvangsfjernelsessager blev afgjort af et særligt nævn, der ikke var en domstol i traditionel forstand, men fandt dog ud fra helhedsbedømmelse, at der forelå en krænkelse, idet kravet om kontradiktion ikke var opfyldt, hverken i den administrative instans eller hos den nationale domstol. I W-sagen tillagde Menneskeretsdomstolen imidlertid ikke myndighedernes specialfunktion vægt. Det skal derudover erindres, at Menneskeretsdomstolen i både W-sagen og McMichael-sagen lagde vægt på, at der henholdsvis var tale om en samværssag og tvangsfjernelsessag. [1220]

I dette perspektiv kan Crabtree v. Storbritannien[1221] og K.T. v. Norge[1222] også ses. Crabtree-sagen vedrørte således fjernelse af klageren som plejefar, dvs. der ikke var tale om klagerens egne børn, selv om der vel at mærke kan være tale om en de facto familie i overensstemmelse med artikel 8. I K.T. v. Norge vedrørte sagen lovligheden af undersøgelsen af, om klagernes børn skulle tvangsfjernes. Sagen vedrørte således ikke en decideret tvangsfjernelsessag.[1223]

I forhold til »the nature of the policy objective pursued by the underlying domestic law« blev der i Fazia Ali-sagen lagt vægt på, at formålet med den nationale lovgivning var yde social vedfærd til hjemløse, hvilket var medvirkende til, at en tilbageholdehed i sagens faktiske omstændigheder var acceptabel. I sager om afslag på eller ophævelse af samvær vil og bør formålet med den nationale lovgivning følgelig være at sikre barnets bedste, der ofte vil være retten til begge forældre.

Det skal imidlertid understreges, at Menneskeretsdomstolen følgelig foretager en helhedsbedømmelse af et konkret begivenhedsforløb, hvilket kan betyde, at der ik-

[1217] § 84. Se i en anden retning Kingsley v. Storbritannien, sag af 28.5.2002, § 32, hvor Menneskeretsdomstolen udtalte: »The Court does not accept the applicant's contention that, because of what was *at stake* for him, he should have had the benefit of a full court hearing on both the facts and the law.«

[1218] Sag af 8.7.1987, § 79. Afgørelsen er behandlet i afsnit 1.3.4.1

[1219] Sag af 25.2.1995, § 80. Afgørelsen er behandlet i afsnit 1.3.4.1

[1220] Se afsnit 1.3.4.1.

[1221] Sag af 9.4.1997. Afgørelsen er behandlet i afsnit 1.3.4.5.

[1222] Sag af 25.12.2008 (Dissens). Afgørelsen er behandlet i afsnit 1.3.4.2.

[1223] Se dissensen i sagen, hvor det udtaltes, at det var i klagerens interesse at få behandlet sagens realitet, idet en sådan undersøgelse potentielt ville kunne havde indflydelse på klagerens forældremyndighed over børnene, såfremt en tvangsfjernelse blev en realitet. Den dissentierende dommer anførte, at Menneskeretsdomstolens praksis er gået i retningen af at fokusere på sagernes processuelle aspekter frem for sagernes substantielle aspekt.

ke statueres krænkelse, selv om enkelte elementer isoleret bedømt kan anføres at indebære en krænkelse.

På denne baggrund er det svært at forudsige hvorledes konkrete sager om samvær, forældremyndighed og tvangsfjernelse vil blive bedømt af Menneskeretsdomstolen. På grund af sagernes karakter og hensynet til barnets bedste, må det dog formodes, at der som altovervejende hovedregel stilles strengere krav til domstolsprøvelsen i familieretlige sager end i sager, der involverer offentligretlige og politiske hensyn omhandlende fx planlovgivning.

2.6. Konklusion – EMRK artikel 6 må læses på to måder

Det kan ikke læses af artikel 6's ordlyd hvilke krav omfanget af domstolsprøvelse skal opfylde. Kravene er således udviklet gennem konventionspraksis.

Med baggrund i Menneskeretsdomstolens konventionspraksis må det konkluderes, at EMRK artikel 6 forudsætningsvis skal læses på to måder i de tilfælde, hvor en sag er afgjort i 1. instans af en administrativ myndighed efterprøves af domstol i 2. instans.[1224]

Dette kan konkluderes at have følgende afgørende forskel: Det er sagens konkrete omstændigheder, herunder den underliggende nationale lovgivning og retspraksis samt sagstypen, der afgør, om der skal være fuld jurisdiktion til at prøve sagens faktiske og retlige omstændigheder, herunder en prøvelse af kernen af skønnet, eller om en domstolsprøvelse under angivne betingelser er tilstrækkelig.

Det må dog kunne konkluderes, at en domstolsprøvelse i alle tilfælde vil være tilstrækkelig, også i familieretlige sager, hvis klageren rent faktisk har fået behandlet de anbringender, vedkommende er fremkommet med for den nationale domstol. Hvis anbringenderne alene har vedrørt processuelle eller retlige spørgsmål, kan det være svært at argumentere for, at den nationale domstol ikke har prøvet sagens faktiske omstændigheder.

Menneskeretsdomstolen vil derudover dermed konkluderende og afgørende lægge vægt på sagens karakter, fx om det er samværssag eller en tvangsfjernelsessag, hvor det må formodes, at der stilles strengere krav til domstolsprøvelsens intensitet end i sager vedrørende fx planlovgivning. I en samværssag kræves kernen af skønnet antageligt efterprøvet af den nationale domstol. Her vil Menneskeretsdomstolen formodentlig ikke acceptere en tilbageholdende prøvelse af sagens faktiske omstændigheder. Men det er usikkert, hvorvidt der gælder forskellige krav til forskellige familieretlige sagstyper. Kernen af skønnet kræves antageligt ikke efterprøvet i fx forældremyndighedssager.

[1224] Jf. forudsætningsvis Peer Lorenzen, 2011, side 498, Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn og Zwaak, 2006, side 561 og Harris, O'Boyle & Warbrick, 2009, side 232, men vistnok modsætningsvis René Dejbjerg Pedersen, side 258-259.

[1224] Se tillige René Dejbjerg Pedersen, 2006, side 266.

Menneskeretsdomstolen vil formodentligt som i øvrige sagstyper end familieretlige sager – lægge vægt på, om der er tale om en uafhængig og upartisk organ, herunder afgørelsesorganets sammensætning af medlemmer, prøvelsesorganets prøvelseskompetence, herunder om der kan foranstaltes bevisførelse og om der er kompetence til at omstøde afgørelsen og hjemvise sangen til fornyet behandling, hvis der er begået sagsbehandlingsfejl

Derudover vil der i en samlet konkret vurdering også blive lagt vægt på, om processuelle retsgarantier har været til stede under sagsbehandlingen for den administrative myndighed, dvs. om sagsbehandlingen er fortaget under iagttagelse af de civilprocessuelle principper om offentlighed og mundtlighed, om der har været kontradiktion og ligestilling mellem parterne, adgangen til at føre bevisførelse, om der har været advokatbistand eller anden repræsentation, samt om parten har været inddraget i processen omkring indhentelse og udfærdigelse af ekspertvurderinger til brug af afgørelsen.

Kapitel 11

Domstolsprøvelse af samværssager og de menneskeretlige krav: sammenholdelse

Domstolsprøvelsen af samværssager er både i nationalt og menneskeretligt perspektiv kompliceret. Udstrækningen af de menneskeretlige krav til domstolsprøvelse af samværssager i EMRK komplicerer spørgsmålet om hvorvidt den danske retstilstand og den menneskeretlige tilstand er ens på dette område. Det gør i sagens natur deres analyse af en overensstemmelse desto mere kompliceret.

Formålet med dette kapitel er at sammenholde de menneskeretlige standarder – analyseret og udledt af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis om retten til en domstolsprøvelse i kapitel 10 – med den gældende retstilstand for omfanget domstolsprøvelsen af samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt., som analyseret i kapitel 9. Dette er relevant for dels for at kunne svare på i hvilket omfang der er i dansk er en formel og reel ret til en domstolsprøvelse, og dels for at kunne påvise eventuelle uoverensstemmelser mellem EMRK 6, stk. 1 og Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. som den udmøntes i dansk retspraksis. Formodningsprincippet inddrages afslutningsvist i kapitlet.

1. Er der diskrepans?

Det er konkluderet i kapitel 9, at danske domstole som altovervejende hovedregel ikke prøver kernen af skønnet, dvs. at der ikke foretages konkret skønsmæssig vurdering af barnets bedste. Danske domstole træffer heller ikke en selvstændig afgørelse i samværssager, selv om de på trods af ordlyden af Grundlovens § 63, stk. 1. 1. pkt., og de retlige rammer reelt har kompetencen til at gøre det. Det ses af retspraksis, at danske domstole i flere familieretlige sager har ændret forvaltningens afgørelse, men danske domstole kan således heller ikke siges at fungere appelinstans i samværssager, hvor der ikke foretages en fornyet prøvelse af samværsafgørelsen.[1225]

Hvorvidt denne retstilstand er i overensstemmelse med EMRK artikel 6 afhænger hvordan konventionspraksis (skal) fortolkes.

1.1. Denne ene fortolkning af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis

Menneskeretsdomstolens konventionspraksis om retten til en domstolsprøvelse vedrører, som analyseret i kapitel 10, hvorvidt nationale domstole skal have fuld jurisdiktion til at prøve sagens retlige og faktiske omstændigheder, i de tilfælde hvor

[1225] Se kapitel 9, afsnit 5.

sagen i første instans er af gjort af et organ, der ikke er uafhængigt, og som ikke sikrer de retsgarantier, der kræves til en domstol efter EMRK artikel 6.

Det er tidligere konstateret, at hverken Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen er domstole i EMRK artikel 6' forstand navnlig på grund af manglende uafhængig fra den udøvende magt (»appeareance of independence«).[1226] Danske samværssager er således i første instans afgjort af organer, der ikke sikrer de retsgarantier som kræves i henhold til EMRK artikel 6.

Det er herefter konkluderet, at EMRK artikel 6 må skulle læses på to, således at kravet om fuld jurisdiktion til at prøve sagens retlige og faktiske omstændigheder skal fortolkes mere restriktivt i sagstyper som samværssager på af sagernes indgribende karakter. Der er grundigt diskuteret, om der kan antages at gælde forskellige krav til domstolsprøvelsen i sager vedrørende samvær end i sager vedrørende fx planlovgivning og i andre familieretlige sager om fx forældremyndighed.[1227]

1.1.1. Konventionspraksis om samværssager

Der findes flere afgørelser fra Menneskeretsdomstolens konventionspraksis, der vedrører samvær og spørgsmålet om omfanget af retten til en domstolsprøvelse. Der er dog alene én afgørelse, der direkte berører skønsproblematikken. Præjudikatværdien afgørelsen er stor, idet den er afsagt i Menneskeretsdomstolens storkammer uden dissens, og der skal meget til at fravige et sådant præjudikat.

Det er tvangsfjernelses- og samværssagen W. v. Storbritannien[1228], hvor der forelå en krænkelse af EMRK artikel 6, fordi den nationale domstol ikke kunne efterprøve hvorvidt det var til barnets i den konkrete sag, at samværet var ophævet, dvs. efterprøve kernen af skønnet.

Selv om den nationale domstol i W. v. Storbritannien kunne prøve visse aspekter af samværsafgørelsen, fx hvorvidt myndighederne ikke havde inddraget relevante overvejelser i afgørelsen eller taget hensyn til irrelevante overvejelser, ikke overholdt sagsbehandlingsregler, og selv om den nationale domstol havde kompetence til at tilsidesætte myndighedernes afgørelse og hjemvise den til fornyet behandling, var dette ikke nok til at opfylde kravene til en domstolsprøvelse i overensstemmelse med artikel 6.

På baggrund af den krænkelse, der blev statuereret af EMRK artikel 6 i W. v. Storbritannien, synes der derfor at være diskrepans mellem omfanget af domstolsprøvelsen som den udmøntes i retspraksis efter Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt., altså de afgørelser danske domstole træffer i samværssager og de menneskeretlige krav, der stilles hertil i konventionspraksis.

[1226] Kapitel 4, afsnit 1.3.
[1227] Se kapitel 10 afsnit 2.5.2 og 2.5.3 og 2.6.
[1228] Sag af 8.7.1987.

Med udgangspunkt i Menneskeretsdomstolens doktrin om fuld jurisdiktion, opfylder domstolsprøvelsen af danske samværssager ikke ud fra en formodentlig ikke de menneskeretlige krav i EMRK artikel 6, stk. 1.[1229]

Danske domstole prøver ikke Statsforvaltningens og/eller Ankestyrelsens skøn i forhold til, hvad der konkret er barnets bedste i en samværssag.[1230] Danske domstole kan ikke i sager, der indbragt for domstolene i medfør af Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. selv foranstalte bevisførelse for at belyse sagen, og de træffer ikke den endelige afgørelse i sagen, men hjemviser i stedet til fornyet behandlet hos Statsforvaltningen eller Ankestyrelsen.

Det kan derfor i konkrete sager være menneskeretligt problematisk, at danske domstole ikke træffer en selvstændig og endelig afgørelse, herunder selv skønner hvad der er til barnets bedste, i samværssager.

Konsekvensen af, at fortolkningen af W v. Storbritannien lægges til grund for kravene til domstolsprøvelsen af samværssager er principielt, at danske domstole selv skal kunne foranstalte bevisførelse og oplyse sagen, hvor sagen ikke er tilstrækkeligt oplyst af Statsforvaltningen, og herefter at træffe den endelige afgørelse. Det er givetvis ikke nok menneskeretligt set at hjemvise sagen i de tilfælde, hvor der findes fejl i sagsbehandlingen hos Statsforvaltningen og/eller Ankestyrelsen.

Dette strider således mod den processuelle ramme, der gælder for domstolsprøvelsen i medfør af Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. Inden for rammerne af retsplejelovens regler og forhandlingsmaksimen har danske domstole således ikke hjemmel til af egen drift at foretage bevisførelse og dermed oplyse samværssagen.[1231]

Det betyder derfor, at domstolsprøvelsen i utrykt dom afsagt den 22. september 2016 af Retten i Aarhus[1232], utrykt dom afsagt af byretten i Aarhus den 4. september 2015[1233], TFA2015.465V, U2007.673Ø, U2006.1623Ø, TFA2000.252V og TFA1997.181Ø formodentlig udgør en krænkelse af EMRK artikel 6. Det er dog tidligere konstateret, at afgørelserne, TFA2000.194/3Ø og TFA2004.2765H synes gå meget tæt på skønsudøvelsen, hvor disse afgørelser i realiteten kan opfylde kravene til omfanget af domstolsprøvelsen i EMRK artikel 6, stk. 1

Retskildemæssige betragtninger er også relevante. De afgørelser, hvor det klart kan udledes, at kernen af skønnet ikke bliver efterprøvet, er alle byretsafgørelser og landsretsafgørelser. Derimod er den ene af de afgørelser, hvor kernen af skønnet formodentlig prøves, således er en højesteretsafgørelse. Det vanskelige er, at højesteretsafgørelsen er afsagt i 2004, mens byretsafgørelserne og landsretsafgørelserne

[1229] Jf. Albert og Le Compte mod Belgien, sag af 10.2.1983 og H.O. mod Island, sag af 12.10.1992 (admissibilitetsafgørelse).

[1230] Se kapitel 9, afsnit 4 og 5.

[1231] Se kapitel 8, afsnit 3.1 og afsnit 3.1.1.

[1232] Sagsnr. BS 7-255/2016.

[1233] Sag nr. BS 10-2290/2014.

er afsagt efter 2004. Hvis Højesteret således prøvede kernen af skønnet, har de underordnede retter ikke fulgt højesteretspraksis.

Gældende ret har dermed ændret sig siden 2004. Det bemærkelsesværdige er også, at der i al fald ikke efter forældreansvarsloven trådte i kraft i 2007 og efter kompetencefordelingen blev ændret i 2012, er foretaget en fuld domstolsprøvelse af en samværssag, der indbragt for domstolene i medfør af Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt. Højesteretsafgørelsen kan således være udtryk for hvad gældende ret bør være, men den gældende retstilstand er altså, at skønnet ikke efterprøves. Dette viser desuagtet flere byrets- og landsretsafgørelser efter 2004.

Såfremt en samværssag indbringes for Menneskeretsdomstolen vil det være uden betydning, hvorledes danske domstole i andre sager, end den der er til prøvelse, har afgjort sagen. Menneskeretsdomstolen bedømmer den konkrete sag, og det er de faktiske omstændigheder og den de facto prøvelse, der har fundet sted for den nationale domstol, der underlægges en menneskeretlige vurdering.

Der findes imidlertid en undtagelse til dette. I de sager, hvor der ikke et indgreb i familielivet, vil domstolsprøvelsen, sådan som den udmøntet i retspraksis efter Grundlovens § 63, stk. 1. 1. pkt. og den processuelle ramme herfor, synes der at være en større sandsynlighed for, at kravene til en domstolsprøvelse i EMRK artikel 6 opfyldes. Det kan af konventionspraksis udledes, at det ikke er alle typer af samværstvister, der kræver en domstolsprøvelse i henhold til EMRK artikel 6. Alene de samværstvister, der hvor der er en »substantial« tvist kræves prøvet af nationale domstole. Det må antages at være i samværssager, hvor der er afslag på eller ophævelse af samværet, eller hvor der er tale om væsentlige ændringer i omfanget eller karakteren af samværet, fx hvis samværet ændres fra en deleordning til overvåget samvær.

Dette betyder formentlig, at i samværssager, hvor der fx alene er en tvist omkring selve fordelingen af samværet, vil domstolsprøvelsen af samværssager i medfør af Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. opfylde EMRK artikel 6. Det vil sige, at U2006.1623Ø, TFA2000.252V og TFA2000.194/3Ø på denne baggrund derfor kan opfylde kravene til domstolsprøvelsen menneskeretligt set. EMRK artikel 6 stiller derfor formentlig ikke krav om danske domstole i alle samværssager skal efterprøve barnets bedste, dvs. kernen af skønnet, men alene i sager hvor der er en begrundet tvist.[1234]

1.1.2. Konventionspraksis om forældremyndighedssager

H.O. v. Island[1235], der omhandler en forældremyndighedssag må fremhæves i denne sammenhæng.

Det relevante for afhandlingens problemstilling om domstolsprøvelse, er, at Menneskeretsdomstolen i sagen ikke fandt en krænkelse af EMRK artikel 6, selv

[1234] W. v. Storbritannien, sag af 8.7.1987, § 79. Se kapitel 10, afsnit 2.4.1.

[1235] Sag af 12.10.1992 (admissibilitetsafgørelse).

om den nationale domstol ikke kunne efterprøve kernen af skønnet. Det vil således sige i modsætning til hvad Menneskeretsdomstolen kom frem til i W-sagen.

Det interessante er, at kompetencefordelingen mellem de nationale myndigheder og domstole i denne sag er meget lig kompetencefordelingen mellem Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og danske domstole i samværssager. Spørgsmålet om forældremyndighed kunne i H.O.-sagen indbringes for domstolene i medfør af den islandske grundlov, ligesom samværssager kan i medfør af danske grundlov.

Den nationale domstol kunne ikke træffe en selvstændig afgørelse om forældremyndigheden, men kunne efterprøve om sagens fakta var korrekt lagt til grund og om der manglende oplysninger omkring om sagens fakta. Den nationale domstol havde desuden mulighed for at omstøde afgørelsen ved konstateringen af, at sagens faktiske omstændigheder havde været anvendt forkert eller var ufuldstændige. Den nationale domstol ville i den forbindelse kunne pålægge Justitsministeriet følge domstolens egne synspunkter vedrørende sagens faktiske omstændigheder. Prøvelseskompetence for de islandske domstole svarer således overordnet set til den prøvelseskompetence de danske domstole har i sager om samvær.

Ved en læsning af denne afgørelse, indeholder Menneskeretsdomstols fuld jurisdiktion-doktrin derfor heller ikke et krav, om nationale domstole, hvor der er fundet fejl ved sagsbehandlingen, selv skal kunne træffe den endelig afgørelse, men »alene« tilsidesætte afgørelsen og hjemvise sagen til fornyet behandling hos nationale myndigheder.[1236]

Såfremt der ikke gældes forskellige menneskeretlige krav til domstolsprøvelsen af familieretlige sager, betyder dette umiddelbart, at domstolsprøvelsen af danske samværssager i medfør af Grundlovens § 63, stk., 1, 1. pkt. er i overensstemmelse med de krav, der stilles til domstolsprøvelsen, jf. EMRK artikel 6. Danske domstole vil dermed opfylde både kravene til prøvelsesintenstieten, samt også kravene til, hvilken afgørelse, der skal træffes. Det fremgår retspraksis, at samværssagen hjemvises til fornyet behandling i de tilfælde, hvor der er fundet fejl ved sagsbehandlingen.[1237] Det er også vigtigt at fremhæve, at afgørelsen er en såkaldt admissibilitetsafgørelse, dvs. afgørelsen ikke blev antaget til realitetsbehandling. En sådan afvisningsafgørelse kan bruges til at fortolke den nedre grænse for hvad der tilladt i relation til EMRK artikel 6's krav om omfanget af domstolsprøvelsen.[1238] Den nedre grænse for kravet til domstolsprøvelse af samværssager kan således godt være fastlagt i H.O.-sagen, hvis der ikke gælder forskellige krav til forskellige familieretlige sagstyper. Gælder der ikke forskellige krav, vil danske retstilstand for domstolsprøvelsen af samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. da være i overensstemmelse med EMRK artikel 6, stk. 1.

[1236] Se kapitel 10, afsnit 2.4.3 og 2.5.1.

[1237] Se U2007.673 og udtrykt dom afsagt d. 22.9.2016 af Retten i Aarhus.

[1238] Jf. kapitel 3, afsnit 5.2.1.

Der må dog antages at være en grundlæggende forskel mellem de menneskeretlige krav til en domstolsprøvelse af forældremyndighedssager og til en domstolsprøvelse af samværssager, når henses til, at Menneskeretsdomstolens sondring herimellem for så vidt angår EMRK artikel 8 og i henhold til barnets bedste. Barnets ret til begge forældre sikres ved samvær - ikke ved en placering af forældremyndigheden.

1.2. Den anden fortolkning af Menneskeretsdomstolens konventionspraksis

Det er konkluderet, at der har været har været en udvikling i konventionspraksis i sager, der ikke vedrører samvær. Menneskeretsdomstolen har under angivne betingelser lempet kravet til omfanget af domstolsprøvelsen og accepterer en tilbageholdende prøvelse af sagens faktiske omstændigheder.[1239] Præjudikatværdi af disse afgørelser er også stor, idet flere afgørelser indeholder den samme fortolkning.[1240]

Menneskeretsdomstolen anvender en test til at vurdere, om omfanget af domstolsprøvelsen lever op til kravene i EMRK artikel 6. Hvis testen opfyldes retfærdiggør det en tilbageholdende prøvelse af sagens faktiske omstændigheder, herunder skønsudøvelsen. Testen indeholder elementerne sagens karakter, omstændighederne hvorunder afgørelsen er blevet truffet, dvs. efter hvilke processuelle regler og retsgarantier samt tvistens genstand for den nationale domstol. Med andre ord en konkret samlet vurdering af sagen.

I Bryan mod Storbritannien[1241], hvor Menneskeretsdomstolen introducerede testen, bemærkede Menneskeretsdomstolen, at der var tale om en domstolslignende proces, hvor der blev lagt vægt på overholdelse af principperne om offentlighed, retfærdighed og uafhængighed – og med mulighed for en prøvelse heraf af den nationale domstol, såfremt principperne ikke var iagttaget.

Såfremt denne test af Menneskeretsdomstolen vil blive anvendt på danske samværssager, betyder det, at kernen af skønnet formentlig ikke kræves efterprøvet, men alene grænserne for skønnet.

Danske domstole skal derfor i forbindelse med prøvelsen efter § 63, stk. 1, stk. 1 konkret i hvert enkelt tilfælde skal sikre sig, EMRK artikel 6's retsgarantier er overholdt.

Danske domstole kan utvivlsomt efterprøve, om sådanne principper er overholdt i sagsbehandlingen af samværssagen i Statsforvaltningen og/eller Ankestyrelsen. Spørgsmålet er desuagte,t om dette er nok til at opfylde EMRK artikel 6' krav til en domstolsprøvelse

Det kan ikke anføres, at sagsbehandlingen i Statsforvaltningen og/eller Ankestyrelsen udgør en domstolslignende proces.

[1239] Kapitel 10, afsnit 2.3.
[1240] Se kapitel 3, afsnit 5.2.1.
[1241] Sag af 22.11.1995.

Uafhængighedskravet vil fx aldrig kunne opfyldes. Der er ikke tale om uafhængigt organ; det er en sagsbehandler (en person, der ikke er uddannet dommer), der træffer afgørelse, ligesom det kan være én og samme sagsbehandler, der skal træffe afgørelse og eventuel forliger sagen.

De møder, der afholdes i Statsforvaltningen, og den skriftlige behandling, der finder sted i Ankestyrelsen er ikke offentlig. Der er ikke ret til modafhøring af den anden part. Der er ikke adgang til føre vidner. Dog tillades der angiveligt en stor mængde af forskellige beviser, fx fotos, men dette må anses for problematisk kontradiktorisk sagsproces.[1242]

Overordnet set er der således ikke tale en retfærdig, gennemsigtig og forudsigelig sagproces.

Domstolenes efterprøvelse af sagsbehandlingsregler, især hvad angår iværksættelse af børnesagkyndig undersøgelse synes også at være problematik i de tilfælde, hvor barnet ikke er hørt, men hvor dets perspektiver alene er belyst via mor eller far, og hvor der for danske domstole gøres gældende, at der skal iværksættes en børnesamtale eller børnesagkyndige undersøgelse.

Menneskeretsdomstolen har i flere afgørelser statueret krænkelse, hvor den nationale domstol har lagt ekspertundersøgelser til grund.[1243]

I fx U2006.1623Ø gjorde mor gældende, at Familiestyrelsen ved afgørelsen burde have set bort fra den børnesagkyndige undersøgelse, der blev indhentet til brug for forældremyndighedssagen. Dette tog landsretten ikke stilling til i afgørelsen.

I fx U2004.2764H var det i den børnesagkyndig undersøgelse lagt til grund, at far ikke ville deltage i overvåget samvær. Far havde dog gjort gældende, at Civilretsdirektorat havde undladt at fastsætte overvåget samvær uden, at der i sagen var bevis for, at selve samværet ville skade barnet, og at den børnesagkyndige undersøgelse ikke var tilstrækkelig grundig i forhold til, at dens indbringende betydning, konkluderer, at far ikke vil samarbejde om et overvåget samvær samt at far ikke havde fået mulighed for at imødegå denne formodning.

Disse afgørelser må i al fald antages at være i uoverensstemmelse med EMRK artikel 6, stk. 1.

På grund af sagernes karakter og hensynet til barnets bedste, må det dog formodes, at der som altovervejende hovedregel stilles strengere til domstolsprøvelsen i familieretlige sager end i sager, der involverer offentligretlige og politiske hensyn omhandlende fx planlovgivning som i Bryan-sagen.

[1242] Se herom beskrivelsen af sagsbehandlingen fx i Social- og Indenrigsministeriet, *Et system med fokus på familiernes behov, En analyse af rammer, regler, snitflader i forhold til fader- og medmoderskab, separation og skilsmisse, herunder ægtefællebidrag, børnebidrag og forældreansvar,* 2016, side 29.

[1243] Se fx Letničič mod Kroatien, sag af 3.8.2016 og Tsfayo v. Storbritannien, sag af 14.11.2006.

1.3. Om efterprøvelse af proportionalitetsprincippet

Der synes dog også forudsætningsvis at være en diskrepans mellem EMRK og i de tilfælde, hvor danske domstole ikke prøver proportionaliteten af en samværsafgørelse, hvor der enten sket en ophævelse af samværet eller afslag på samværet. I nogle af de afgørelser, der har været indbragt for domstolene i medfør af Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt., var det gjort gældende, at der var sket et uproportionelt indgreb i familielivet, idet der var truffet afgørelse om, at der ikke skulle være samvær. [1244] Det fremgår af retspraksis, at danske domstole ikke foretager en intensiv prøvelse af, hvorvidt proportionalitetsprincippet er iagttaget.[1245] De efterprøver således ikke om et mindre indgreb i stedet kunne være fastsættelse af overvåget samvær, hvilket derfor sammenlignet med konventionspraksis efter EMRK artikel 6, stk. 1 (og artikel 8) er problematisk.[1246]

1.4. Om tvistens genstand som den påberåbes for danske domstole

Derudover forekommer det generelt problematisk, uanset hvilken afgørelse der træffes og uanset om skønnet efter EMKR artikel 6, stk. 1 kræves prøvet, at danske domstole ikke konkret tager stilling til alle anbringender. Menneskeretsdomstolen lægger vægt på i forhold til hvorvidt der må udøves tilbageholdenhed i prøvelsen af sagens faktiske omstændigheder, hvilke anbringender der reelt er påberåbt sig for den nationale domstol. I Bryan mod Storbritannien var klagerens anbringender blevet bedømt punkt for punkt, og dette var en af de medvirkende årsager til, at der ikke forelå en krænkelse af EMRK artikel 6. Derfor synes landsretternes meget korte præmisser i bl.a. TFA2000.252V og TFA1997.181Ø ikke at opfylde dette krav. Også her er kravene derfor ikke overholdt menneskeretligt set.

2. Kan og bør formodningsprincippet af anvendes af danske domstole?

Det ovenstående viser, at der er en reel risiko for, at formodningsprincippet ikke kan anvendes af danske domstole i forhold til kravene til omfanget af domstolsprøvelse af danske samværssager. Faktum må dog anføres at være, at formodningsprincippet ikke anvendes af danske domstole, idet EMRK artikel 6 ikke er inddraget i retsanvendelsen i samværssager.

Det er også klart tvivlsomt om formodningsprincippet gælder for Grundloven, når henses til, at forudsætningen om en løbende tilpasning af lovgivningen svært kan omfatte Grundloven.[1247]

[1244] TFA1997.181Ø og TFA2015.465V. Se tillige U2004.2764H.
[1245] Se kapitel 9, afsnit 4.1.1.3
[1246] Sml. Albert og Le Compte mod Belgien, sag af 10.2.1983, § 32.
[1247] Jf. i samme retning Jonas Christoffersen, i Henrik Zahle (red.) 2. udg., 2006, side 30.

Det bemærkelsesværdige er for det første, at formodningsprincippet måske i dag kan anvendes af danske domstole, mens formodningsprincippet i perioden fra 1987, hvor W. v. Storbritannien blev afsagt, dvs. fra før inkorporeringen og frem til 1993, hvor Zumtobel v. Østrig, blev afsagt, formentlig ikke kunne anvendes.

Dette kan betyde, at lovgiver tidligere har overset eller stadig overser den relevante konventionspraksis på området. Det er tidligere konstateret, at der formentlig er tale om ukendskab til konventionspraksis, idet lovgiver ved ændringer af lovgivningen for forældreansvarssager tidligere har været opmærksom på det menneskeretlige krav om domstolsprøvelse. Menneskeretten blev dog ikke inddraget ved den seneste lovændring af kompetencefordelingen mellem Statsforvaltningen og domstolsprøvelse i samværssager i 2012.[1248] Den daværende socialministers – vist nok benægtende – svar på spørgsmålet *»Kan ministeriet garantere, at ændringerne i forældreansvarsloven fra 2012 ikke bryder med gældende menneskerettighedskonventioner?«* stillet af tidligere folketingsmedlem for Venstre, Ejvind Hesselbo, i 2014, tyder således især på, at der kan være tale om ukendskab til den gældende menneskeretlige retstilstand på området – både fra ministeren og fra Venstres side.

Det bemærkelsesværdige er for det andet, at Højesteret i U1989.928H foretog en udvidet prøvelse af tvangsfjernelsessagen, således, at ændring af anbringelsesstedet også blev omfattet af prøvelsen. Dette skete således under hensyntagen til EMRKs konventionspraksis på retsområdet. Danske domstole har imidlertid sidenhen ikke inddraget den relevante konventionspraksis. Årsagen hertil kan meget vel være det med inkorporeringslovens indførte formodningsprincip.

Årsagen kan også være den uklare konventionspraksis på retsområdet. Det er som konkluderet ikke helt klart, hvorvidt den danske retstilstand for domstolsprøvelsen af samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. er i overensstemmelse med EMRK artikel 6.

Det er som konkluderet generelt ikke nemt at beskrive i, hvilke typer af konkrete sager menneskeretten vil ramme. Det er derfor usikkert, hvorvidt der eksisterer en normkonflikt mellem EMRK og Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. Dette må være op til danske domstole at vurdere, når en konkret samværssag indbringes for dem. Det kræver dog følgelig, at domstolene ex officio inddrager EMRK artikel 6 og dennes konventionspraksis og/eller, at parten påberåber sig den menneskeretlige retsbeskyttelse i bestemmelsen. Formodningsprincippet bør ikke bremse danske domstoles anvendelse af EMRK.

Det er tidligere konstateret, at der ikke er noget til hinder for, at EMRK yder en bedre rettighedsbeskyttelse end Grundloven. Det fremgår også direkte fremgår af lovbemærkningerne til inkorporeringsloven, at de retsanvendende myndigheder ikke skal føle forpligtet til at træffe afgørelser i strid med EMRK, fx fordi en lov ikke giver en domstol kompetence til at træffe en afgørelse, eller fordi en lov er formule-

[1248] Se kapitel 3, afsnit 3 og afsnit 4.

ret generelt, uden at tage hensyn til, at anvendelsen i en konkret situation kan komme strid.[1249]

I relation til, at der er tale om Grundloven, er det i denne forbindelse vigtigt, at danske domstole vil kunne inddrage EMRK i retsanvendelsen i en konkret samværssag uden det strider imod det forfatningsretlige udgangspunkt om grundlovsforrang. Dette er sket inden for ytringsfrihedsområdet i henhold til Grundlovens § 77.[1250]

Det tidligere er antaget, domstolene i en konkret samværssag, hvor EMRK artikel 6 påberåbes, formentlig første gang vil være tilbageholdende med selv at tage stilling, hvis det viser sig, at der er en normkonflikt, eller hvis der foreligger tvivl herom, hvis det findes konventionspraksis om domstolsprøvelse ikke er tilstrækkelig klar. Dette på af lovgivers klare tilkendegivelser ved ændringen af kompetencefordelingen mellem domstolene og Statsforvaltningen i 2012.[1251] Det har således ikke været lovgivers ønske, at domstolene skal træffe afgørelse i samværssager.[1252]
,

[1249] Kapitel 3, afsnit 2.1.
[1250] Kapitel 3, afsnit 6.3.1.
[1251] Kapitel 3, afsnit 6.4.1.6.
[1252] Kapitel 5, afsnit 4.

Kapitel 12

Opsamlingskapitel

Afhandlingen indeholder flere delkonklusioner. Dette kapitel er en opsamling herpå, og indeholder derfor den endelige besvarelse på afhandlingens problemformulering.

1. Konklusion

Når man skal behandle retten til en rimelig frist for en domstolsprøvelse i sager om samvær, bopæl og forældremyndighed, må man i sagens natur forholde sig til, om der er en ret til en domstolsprøvelse. Tilsvarende når man behandler retten til en domstolsprøvelse i forældreansvarssager forudsætter det på sin vis, at man også behandler retten til en rimelig sagsbehandlingstid, både ved Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og ved domstolene. Retten til domstolsprøvelse forudsætter jo, at sagen bliver færdigbehandlet – inden for en rimelig frist, da hensigten med at få sagen prøvet ellers risikere at gå tabt. Det gælder ikke mindst i forældreansvarssager. Med andre ord hænger de to rettigheder uløseligt sammen. Allerede fordi EMRK er inkorporeret i dansk ret, er det menneskeretlige aspekt forbundet med behandlingen af disse to rettigheder.

Formålet med afhandlingen har været at analysere og afdække i hvilket omfang, der i dansk ret er en formel og en reel ret til en domstolsprøvelse og til en rimelig sagsbehandlingstid i forældreansvarssager.

Analysen er sket med afsæt i den retstilstand, der blev indført ved ændringen af forældreansvarsloven i 2012, hvorefter Statsforvaltningen har enekompetence til at træffe afgørelser i samværssager, mens domstolene har enekompetence til at træffe afgørelser i sager om forældremyndighed og bopæl.

1.1. Domstolsprøvelse

Den retlige ramme for den formelle ret til en domstolsprøvelse i f*orældremyndigheds- og bopælssager* er fastlagt i forældreansvarsloven og EMRK artikel 6.

Forældremyndigheds- og bopælssager starter hos Statsforvaltningen, pg der er i *forældreansvarslovens § 40, stk. 1* hjemlet en direkte adgang til en domstolsprøvelse, der, understøttet af *retsplejelovens kapitel 42*, foreskriver særlige regler for domstolsprøvelsen.

Samværssager, som også starter hos Statsforvaltningen, er efter *forældreansvarslovens 39, stk. 2 og 40, stk. 1 modsætningsvis* formelt er afskåret fra en domstolsprøvelse. Der findes således ingen formel hjemlet ret i forældreansvarsloven, som giver mulighed for at indbringe en sag direkte for domstolene.

Det er dermed ikke *lovgivningsmæssigt* ikke tilsigtet, at domstolene skal træffe afgørelse i samværssager. Men der eksisterer dog uanset retten til domstolsprøvelse i medfør af *Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt.* Den samme formelle ret til domstolsprøvelse sikres i EMRK artikel 6, stk. 1.

Problematikken med domstolsprøvelsen af samværssager opstår, fordi der ikke foreligger en ret til en fuld materiel domstolsprøvelse. Det er således *omfanget* og *intensiteten* af domstolsprøvelsen af *samværssager* i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt., der gør, at det er tvivlsomt, hvorvidt der er en reel ret til en domstolsprøvelse af samværssager i dansk ret. Kravene til domstolsprøvelsens omfang fremgår af en analyse af praksis fra menneskerettighedsdomstolen.

I Menneskeretsdomstolens afgørelse *W. v. Storbritannien*[1253], forelå der en krænkelse af EMRK artikel 6, fordi den nationale domstol ikke kunne prøve kernen af skønnet, dvs. efterprøve hvorvidt det var til barnets bedste i den konkrete sag, at samværet var ophævet. Den nationale domstol i W. v. Storbritannien kunne prøve visse aspekter af samværsafgørelsen, fx hvorvidt myndighederne ikke havde inddraget relevante overvejelser i afgørelsen eller taget hensyn til irrelevante overvejelser, eller ikke overholdt sagsbehandlingsregler. I forlængelse heraf havde den nationale domstol kompetence til at tilsidesætte myndighedernes afgørelse og hjemvise den til fornyet behandling. Dette var ikke nok til at opfylde kravene til en domstolsprøvelse i overensstemmelse med artikel 6, stk. 1.

Som følge af navnlig denne afgørelse, konkluderes det, at det givetvis er *menneskeretligt problematisk*, at danske domstole i samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. ikke efterprøver kernen af skønnet, dvs. Statsforvaltningens (eller Ankestyrelsens) afvejning af lovlige hensyn, men alene grænserne for skønnet. Det er konkluderet, at de danske domstole derfor ikke i tilstrækkelig omfang efterprøver om hensynet til barnets bedste i medfør af forældreansvarslovens § 4 i den konkrete samværssag er iagttaget.

Den eneste højesteretsafgørelse på området er fra 2004, *TFA2004.2764H*, og er den ene af to afgørelser, som tilsyneladende foretager en efterprøvelse af kernen af skønnet, og dermed overholder de menneskeretlige krav. Den anden afgørelse er *TFA2000.194/3Ø*. Højesteretsafgørelsen er imidlertid ikke fuldt op i senere retspraksis fra lands- og byretterne.

Men de danske domstole efterprøver i den øvrige foreliggende retspraksis i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt. alene skønnets grænser, når de vurderer lovligheden af retsanvendelsen, jf. U2006.1623Ø og TFA2000.194/3Ø.

I henhold til Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt. efterprøver domstolene også om sagsbehandlingsregler, som forvaltningslovens regler om fx partshøring, forældreansvarslovens regler om børnesagkyndig undersøgelse og erklæringer samt inddragelse af barnets perspektiv, konkret er overholdt i samværssagen, jf. utrykt dom afsagt 4.9.2015 af byretten i Aarhus, TFA2015.45Ø, TFA.2000.194/3Ø

[1253] Sag af 8.7.1987.

Grænserne for skønnet efterprøves for det tredje af domstolenes ved at vurdere Statsforvaltningens og (Ankestyrelsens) valg og inddragelse af lovlige hensyn, herunder pligtmæssige kriterier, i samværssagen, jf. utrykt dom afsagt den 22. september 2016 af Retten i Aarhus, U2007.673Ø, U2004.2764H TFA2000.194/3Ø og TFA1997.181Ø.

Domstolene efterprøver i nogle sager om skønnets grænser er inden for de menneskeretlige krav i EMRK artikel 8 om retten til familieliv. Der er dog ikke tale om en intensiv prøvelse heraf, ligesom domstolene heller ikke af egen drift foretager en efterprøvelse, men alene på grund af parternes anbringender herom, jf. TFA2015.465V, U2007.673Ø, U2004.2764H og TFA1997.181Ø.

Om samværssagen er tilstrækkeligt oplyst, herunder, om de faktiske omstændigheder, som Statsforvaltningen og Ankestyrelsen har lagt til grund er korrekte, indgår også i domstolenes efterprøvelse af samværssagen i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt., jf. 22. september 2016 af Retten i Aarhus, TFA2015.465V TFA2015.45Ø, U2007.673Ø og TFA1997.181Ø.

Det må dog konkluderes, at domstolene synes at være tilbageholdende med at foretage en (fuld) prøvelse af visse fundamentale forvaltningsprincipper, herunder navnlig proportionalitetsprincippet, jf. TFA2000.252V og TFA2000.194/3Ø TFA2015.45Ø, U2006.1623Ø og TFA1997.181Ø TFA2015.465V.

På baggrund af denne ret åbenbare diskrepans mellem EMRK artikel 6 og dansk retspraksis, som den udmøntes i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1., 1. pkt., må det i forlængelse heraf konkludereres, at *formodningsprincippet* ikke kan anvendes af danske domstole i samværssager. Det forhold, at danske domstole ikke inkluderer den menneskeretlige beskyttelse kan forklares ved, at brugen af formodningsprincippet *de facto gør*, at EMRK artikel 6 ikke inddrages i domstolenes retsanvendelse i samværssager. Det er derfor *tvivlsomt* om formodningsprincippet stadig kan siges at kunne anvendes – og bør anvendes – af de danske domstole – der er steder, hvor lovgiver ikke har sikret sig, at menneskeretlige krav overholdes i den pågældende lovgivning. Et eksempel er retten til domstolsprøvelser af samværssager.

Der eksisterer omvendt en *reel ret* til en domstolsprøvelse i *forældremyndigheds- og bopælssager*, idet danske domstole træffer den endelige afgørelse herom. Det er rettens ansvar, at den materielle, korrekte afgørelse bliver truffet. Retten er ikke bundet af parternes påstande og anbringender, men skal alene træffe afgørelse ud fra, hvad der er bedst for barnet i henhold til forældreansvarslovens § 4.

1.2. Rimelige sagsbehandlingstider

Det er imidlertid problematikker omkring den *reelle* ret til en domstolsprøvelse inden for en rimelig sagsbehandlingstid i *forældremyndigheds- og bopælssager*. Domstolsprøvelsen giver kun reel mening, hvis den afgøres inden for en rimelig tid. På grund af, at sagen starter ved Statsforvaltningen, og at der måske klages over en midlertidig afgørelse til Ankestyrelsen, kan sagsbehandlingstiden i den konkrete sag blive lang, idet sagen først når sin afslutning ved domstolene. Det kan fx ske i

sager med højt konfliktniveau og grundlæggende uenigheder og i sager, hvor ene eller begge forældre udøver *chikanøs adfærd* ved at trække sagen i langdrag.

Dette er i afhandlingen illustreret ved en *konkret case*, hvor sagsbehandlingstiden for byretten tog ca. 8 måneder. Det er en kritisabel lang sagsbehandlingstid.

Men det må også konkluderes, at der eksisterer uhensigtsmæssig retstilstand i forhold til, at byretternes sagsbehandlingstider ikke er ens. Det er således kritisabelt, at den reelle ret til en rimelig sagsbehandlingstid afhænger af hvor i landet en forældremyndigheds- og/eller bopælssag domstolsprøves.

Formodningsprincippet kan derfor konkluderende heller ikke anvendes her, hvilket må skærpe domstolenes forpligtelse til af egen drift at sikre en rimelig sagsbehandlingstid iagttages i alle konkrete forældremyndigheds-og sager.

Den *formelle ramme* for en rimelig sagsbehandlingstid *i forældremyndigheds- og bopælssager* er noget mere uskarp end retten til domstolsprøvelsen, idet retsgrundlaget er begrænset.

Der gælder en administrativ fastsat sagsbehandlingsfrist for en midlertidig afgørelse om forældremyndig og barnets bopæl i *bekendtgørelse om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær*. Derudover er der implicit i forældreansvarsloven og retsplejeloven regler, der tilsigter en effektiv sagsbehandlingstid.

Derfor bliver EMRK artikel 6 og 8's krav om rimelig frist bliver afgørende, herunder for at beskytte barnets bedste i henhold til forældreansvarslovens § 4. *EMRK artikel 6 og 8* er de eneste regler, der finder anvendelse på *forældremyndigheds- og bopælsagens samlede forløb*.

Den *formelle ramme* for en rimelig sagsbehandlingstid *i samværssager* er tilsvarende stort set fraværende, når bortses fra artikel 6 og 8.

Der er alene en *lovbestemt tidsfrist* for en midlertidig afgørelse om kontaktbevarende samvær i forældreansvarslovens § 29 a. Formålet hermed er netop, at sagsbehandlingstiden ikke skulle kunne få indflydelse på kontakten mellem barn og forælder. Bestemmelsen gælder dog alene for Statsforvaltningen

Derudover gælder kravet om god forvaltningsskik udviklet i Ombudsmandes praksis for sagsbehandlingstiden ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen, ligesom de bagvedliggende intentioner med forældreansvarsloven, især for samværssager, tilsigter en effektiv sagsbehandlingstid.

Det må imidlertid konkluderes, at EMRK artikel 6 og 8 også bliver afgørende. *EMRK artikel 6 og 8* er også de eneste regler, der finder anvendelse på *samværssagens samlede forløb*.

Hvis den formelle og retlige ramme for rimelige sagsbehandlingstider skal kunne udmøntes til en reel ret i konkrete samværssager, er det en forudsætning, at reglerne anvendes i overensstemmelse med EMRK og forældreansvarslovens bagvedliggende intentioner om effektivitet i sagsbehandlingen.

Den i afhandlingen anvendte case illustrerer problematikkerne ved, at de bagvedliggende intentioner ikke altid opfyldes i praksis samt til dels, at der umiddelbart synes at være visse forhold, der ikke er taget højde for lovgivningsmæssigt. I praksis bliver antallet af sagsskridt og sideløbende processer tidskrævende.

Det er konkluderet, at dette fx konkret er tilfældet for midlertidige afgørelser om kontaktbevarende samvær. Den lovbestemte frist i forældreansvarslovens § 29 a på 3 uger for en midlertidig afgørelse om kontaktbevarende samvær blev i casen ikke iagttaget. Det er tilsvarende kritisabelt, at sagsbehandlingstiden i stedet var knap to måneder i en sag, hvor en far ikke havde kontakt med sine børn. At denne problematik er generel er også konkluderet ved anvendelse af statistik materiale. Statsforvaltningen har også i andre tilfælde svært ved at leve op til denne lovbestemte sagsbehandlingsfrist. I en situation, hvor der er tale om et helt særligt behov for hurtig sagsbehandling, efterleves den eneste lovfastsatte regel end ikke konsekvent.

Den reelle ret til en sagsbehandling inden for en rimelig frist eksisterer formodentlig i kun ringe omfang i samværssager. Dette illustreres ved en faktuel kritisabel forskel mellem sagsbehandlingstiden for samværssager, som bliver domstolsprøvet i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1. 1, og forældremyndigheds- og bopælssager, der bliver domstolsprøvet efter retsplejelovens kapitel 42. Dette fremgår af domstolenes statistik over sagsbehandlingstider samt er konkret påvist i de 10 samværssager, der er domstolsprøvet efter Grundlovens § 63, stk. 1., 1. Ved en sammenligning af de gennemsnitlige sagsbehandlingstider for 2016 er forskellen på 3 år, når det forudsættes, at sagerne har været igennem en behandling hos Statsforvaltningen, byretten og landsretten.

Det må konkluderes, at dette er en uhensigtsmæssig retstilstand, ikke mindst henset til hensynet til barnets bedste i disse sager, som har en umiddelbar og større betydning for barnet, end hvem der har forældremyndigheden. Der kan derfor stilles spørgsmålstegn ved, om der er en reel ret til rimelig sagsbehandlingstid i samværssag, der indbringes for domstolene, men også i forhold til sager, der alene behandles ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen. I disse sidste sager gælder også artikel 8, hvorfor der stilles krav om *»expectional dilligence«* ved Statsforvaltningens og Ankestyrelsens sagsbehandling af en forældreansvarssag for at sikre retten til familielivet.

På baggrund af casen, og den påviste forskel i sagsbehandlingstiden for domstolsprøvelsen af samværssager og for domstolsprøvelsen af forældremyndigheds- og bopælssager, synes det oplagt, at der reelt sker konkrete krænkelser af kravet om en afgørelse inden for en rimelig frist i henhold til EMRK artikel 6 og 8 i alle typer forældreansvarssager – både forældremyndigheds- bopæls- og samværssager

Derfor kan og bør formodningsprincippet i sagens natur heller ikke anvendes her af, hverken Statsforvaltningen, Ankestyrelsen og domstolene i relation til EMRK's krav om rimelig frist fastlagt både i artikel 6, men også i artikel 8. For at iagttage det menneskeretlige fristkrav, kræver det, at Statsforvaltningen og Ankestyrelsen af egen drift sikrer, at samværssagen kan afgøres inden for en rimelig frist – af hensyn til barnets bedste.

Med afsæt i formålet med denne afhandling, kan det lidt polemisk konkluderes, at »Taktik eller almindelig slendrian [ikke skal] være afgørende for, hvorledes et

barn skal have samvær med sine forældre.«[1254] Tilsvarende gælder for hensynet om, at der bliver truffet en materiel rigtig afgørelse inden for rimelig tid i alle typer sager – også forældremyndigheds- og bopælssager – til barnets bedste.

1.3. Afsluttende bemærkninger

Helt tilbage i 1977 blev behovet for at sikre domstolsprøvelse og hurtig sagsbehandling tilkendegivet: »[D]et er i dag et alment anerkendt princip, at alle egentlige tvister mellem ægtefæller bør afgøres af domstolene. På denne baggrund vil det kunne betegnes som lidet konsekvent fortsat at henlægge så vidtrækkende spørgsmål […] som samkvemsret til en administrativ myndighed – og for så vidt angår sagens realitet – alene med administrativ rekurs.[…] I sager, hvor overøvrigmyndighedens afgørelser påklages til justitsministeriet, vil der altid foreligge en tvist af en sådan karakter, at sagen efter almindeligt anerkendte retsprincipper burde høre under domstolene.«[1255] Noget tilsvarende blev i 2007 både tilkendegivet ved udmøntningen af kommunalreformen på det familieretlige område, og vedtagelsen af forældreansvarsloven.[1256]

Afslutningsvis kan det bemærkes, at der i skrivende stund er politiske tiltag i gang for at ændre de retlige rammer for sagsbehandlingen af forældreansvarssager i Danmark.[1257]

Man kan håbe, at afhandlingens konklusioner bliver inddraget i det fortløbende arbejde.

Desværre tyder det politiske udspil umiddelbart på, at alle forældreansvarssager bliver samlet i ét administrativ system under Statsforvaltningen.[1258] Formålet med afhandlingen har netop været at få skabt klarhed over borgerens retsstilling vedrørende domstolsprøvelse og rimelige sagsbehandlingstider i forældreansvarssager, herunder at bidrage til viden om hvilke menneskeretlige krav, der gælder således, at dette kan implementeres i dansk lovgivning og/eller retspraksis.

[1254] Jf. Sys Rovsing, *Vejledning om behandling af forældreansvarssager*, i TFA2000.81.

[1255] Jf. bet. nr. 796/1977, side 18.

[1256] De almindelige lovbemærkningerne til lov nr. 525 af 24. juni 2005, afsnit 3.6 og De almindelige lovbemærkninger til lov nr. 499. af 6. juni 2007, afsnit 2.1.2.2.

[1257] Regeringens udspil om *Ét system for skilsmissefamilier*, september 2016. Se også Kommissorium for arbejdsgruppen vedrørende en ny enstrenget struktur på det familieretlige område, 3.10.2016. Arbejdet forventes afsluttes foråret 2017.

[1258] Se Èt system for skilsmissefamilier, side 16 f.

Resumé

Afhandlingens emme er domstolsprøvelse og rimelig sagsbehandlingstid i danske sager om forældremyndighed, bopæl og samvær (forældreansvarssager). Set fra et dansk – og dermed også i sagens natur et menneskeretligt – perspektiv, er sagsbehandlingstider og domstolsprøvelse to meget vigtige problematikker, idet der er tale om nogle grundlæggende rettigheder, som danner fundamentet for et effektivt og retfærdigt retssystem i et demokrati.

Emnet tager afsæt i den faktuelle virkelighed, at 16.547 par i 2015 blev skilt. En lang række samlevende par med børn flytter tilsvarende fra hinanden. Mange børn har derfor to forældre, som hverken danner par eller bor sammen. Emnet tager også afsæt i det forhold, at mange forældreansvarssager bliver afgjort i retssystemet. Alle forældreansvarssager starter i Statsforvaltningen, men samværssager og forældremyndigheds- og bopælssager har ikke den samme sagsproces. Statsforvaltningen, der ikke er en uafhængig og upartisk domstol, har enekompetence til at træffe afgørelse i sager om samvær, mens danske domstole har enekompetencen i forældremyndigheds- og bopælssager. Samværssager kan derfor alene indbringes for domstolene i medfør af Grundlovens § 63, 1. 1. pkt., der giver borgere en grundlovssikret rettighed til at få en domstolskontrol af forvaltningsafgørelser. Få jurister har i den juridiske litteratur stillet spørgsmålstegn ved, om dette er i overensstemmelse med EMRK artikel 6, stk. 1.

Tidligere har det imidlertid været muligt at få domstolsprøvet samværsspørgsmålet ved en ordinær domstolsprøvelse. I 2007 blev den daværende forældremyndighedslov ændret således, at samværssagen i visse tilfælde kunne indbringes direkte for domstolene sammen med forældremyndighedssagen. I 2012 blev denne retstilstand lavet om. Forældreansvarsloven blev ændret, og Statsforvaltningen fik – igen – tillagt enekompetencen til at træffe afgørelse i samværssager. Forældreansvarsloven trådte i kraft 1. oktober 2012.

Afhandlingens formål er at afdække i hvilket omfang, der i dansk ret er en formel og en reel ret til en domstolsprøvelse samt til en rimelig sagsbehandlingstid i danske forældreansvarssager. På baggrund af den naturlige anvendelse af EMRK som retskilde i afhandlingen er formålet endvidere at påvise eventuelle uoverensstemmelser mellem EMRK og lovgivningen for forældreansvarssager.

Indledningsvis er der i afhandlingen redegjort for såvel de særlige retskildemæssige problematikker, der opstår ved anvendelsen af EMRK i dansk ret samt for EMRK artikel 6 og 8's anvendelsesområde i danske forældreansvarssager. Tillige er redegjort for den historiske udvikling i kompetencefordelingen mellem Statsforvaltnin-

gen og domstolene i sagerne for at give større forståelse af lovændringen af forældreansvarsloven i 2012.

Afhandlingen indeholder herefter først en dybdegående analyse af afhandlingens problemstilling om rimelige sagsbehandlingstider. Menneskeretsdomstolens krav om rimelig frist og Ombudsmandens praksis vedrørende god forvaltningskik er genstand for analysen

Derfor foretages en analyse af hvilke parametre, der henholdsvis kan retfærdiggøre eller ikke retfærdiggøre en lang sagsbehandlingstid. Det konkluderes i afhandlingen, at det overvejende er de samme parametre, som Menneskeretsdomstolen og Ombudsmanden inddrager i en rimelighedsvurdering af sagsbehandlingstiden, men at der dog er en væsentlig og interessant forskel herimellem. , Modsat Ombudsmanden tillægger Menneskeretsdomstolen det ikke vægt, at lovbestemte sagsbehandlingsfrister ikke overholdes.

Menneskeretsdomstolen og Ombudsmandens praksis inkorporeres dernæst i en redegørelse af sagsprocessen ved Statsforvaltningen og Ankestyrelsen samt ved en redegørelse af sagsprocessen ved domstolene. For at illustrere, hvor kompleks et sagsforløb i en forældreansvarssag kan være, anvendes i afhandlingen en autentisk case. Det konkluderes på baggrund af casens retlige problematikker, at der kan stilles spørgsmålstegn ved, om der i danske forældreansvarssager er en reel ret til en rimelig sagsbehandlingstid - set i både et menneskeretligt perspektiv og et nationalt perspektiv. Det konkluderes, at det ikke kan udelukkes, at der sker menneskeretlige krænkelser i Danmark for så vidt angår kravet om rimelig frist. Særligt interessant, fra en national vinkel, er også, at den lovbestemte frist i forældreansvarslovens § 29 a for midlertidige afgørelser om kontaktbevarende samværsom Statsforvaltningen skal iagttage, er påvist ikke at være overholdt i casen, ligesom det også er påvist ved fremført statistisk materiale fra 2016.

I afhandlingen analyseres herefter problemstillingen om retten til en domstolsprøvelse. Den nationale domstolsprøvelse af samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1. 1. pkt. er først genstand for en analyse. Omdrejningspunktet for analysen er spørgsmålet om i hvilket omfang, danske domstole efterprøver Statsforvaltningen og Ankestyrelsens skøns, dvs. afvejning af saglige hensyn i forhold til, hvad der konkret er barnets bedste i en samværssag. Det konkluderes i afhandlingen, at danske domstole som altovervejende hovedregel ikke efterprøver skønnet, men alene grænser for skønnet. Der stilles derfor spørgsmålstegn ved, om dette er en reel ret til en domstolsprøvelse.

Menneskeretsdomstolens konventionspraksis om retten til domstolsprøvelsen i EMRK artikel 6, stk. 1 afdækkes efterfølgende i afhandlingen. Det konkluderes, at EMRK artikel 6, stk. 1 forudsætningsvis skal læses på to måder. Der stilles angive-

ligt forskellige krav til domstolsprøvelsen afhængig af sagens karakter og de konkrete omstændigheder. Konventionspraksis kan formentligt fortolkes således, at der stilles skærpede krav til omfanget af domstolsprøvelse i samværssager end i sager fx omhandlende planlovgivning. Fortolkningen betyder, at domstolsprøvelsen af samværssager i henhold til Grundlovens § 63, stk. 1, 1. pkt. ikke overholder de menneskeretlige krav, idet danske domstole ikke efterprøver Statsforvaltningens og Ankestyrelsens skøn. Det konkluderes imidlertid i afhandlingen, at der er tale om en kompliceret og forholdsvis uklar konventionspraksis, hvorfor den reelle rækkevidde af konventionspraksis er svær at forudsige.

Afhandlingen afsluttes med en opsummerende konklusion og afsluttende bemærkninger. Der sættes spørgsmålstegn ved, om danske domstole, Statsforvaltningen og Ankestyrelsen kan og bør arbejde ud fra en formodning om dansk rets overensstemmelse med EMRK i danske forældreansvarssager.

Abstract

The topic of the dissertation is judicial review and case processing time in Danish cases on parental custody, residence and visitation (parental responsibility cases). Seen from a Danish – and thus inherently also a human rights – perspective, case processing times (hearing within reasonable time) and judicial review are to very important issues, since right to a hearing within reasonable time and judicial review are fundamental rights that form the basis for an efficient and just legal system in a democracy.

Firstly, the topic of the dissertation is founded in the fact, that 16,547 couples were divorced in 2015. Similarly, numerous cohabitating couples with children move apart. Thus, many children have parents that are no longer a couple nor living together.

Secondly, the basis of the topic is the fact that many parental responsibility cases are decided in the national legal system. All parental responsibility cases begin in the State Administration, but visitation cases, legal custody and physical custody (residence) cases are not subject to an identical process. The State Administration, which does not constitute an independent and impartial court, has exclusive competence to decide legal and physical custody cases. Visitation cases can, thus, solely be brought before the courts under the Constitution's section 63 (1)(1), which grants citizens a constitutionally protected right to judicial review of administrative decisions. In academic literature, few jurists have raised the question whether this is in conformity with the ECHR article 6(1).

Previously, however, it was possible to have the question of visitation reviewed by the courts through ordinary judicial review. In 2007, the current law on parental responsibility was amended to allow for visitation cases to be brought directly before the courts in combination with the custody case. In 2012, the law was changed. The law on parental responsibility was amended and the State Administration – again – was granted exclusive competence to decide visitation cases. The law on parental responsibility entered into force on 1 October 2012.

The purpose of the dissertation is to uncover to which extent Danish law contains a formal and real right to judicial review and a right to a hearing within reasonable time in Danish parental responsibility cases. Given the inherently natural application of the ECHR as a source of law in the dissertation, the purpose is, furthermore, to detect any lack of conformity between the ECHR and the law on parental responsibility.

By way of introduction, the dissertation expounds upon the particular issues related to sources of law that arise in the context applying the ECHR in Danish law, as

well as the issues related to the applicability of articles 6 and 8 of the ECHR in Danish parental responsibility cases. Additionally, the historical development of the division of competences between the State Administration and courts in the cases is traced in order to provide greater understanding of the 2012 amendment to the law on parental responsibility.
Next, the dissertation contains a detailed analysis of the problem related to hearings within reasonable time. The ECtHR's requirements for reasonable time and the Ombudsman's practice on "good administrative practice" are the subject of the analysis.
Therefore, it is an analysis of which parameters, respectively, can justify and cannot justify a long case processing time in a parental responsibility case. The dissertation concludes the ECtHR and the Ombudsman include largely the same parameters in their respective assessments, but also concludes that there is still one significant and interesting difference between the two assessments. The ECtHR – as opposed to the Ombudsman – does not attach any importance to a failure to observe statutory case processing time limits.

The ECtHR and the Ombudsman's practice are subsequently incorporated in an exposition of the case procedure at the State Administration and the Appeals Board as well as an account of the procedure before the courts. To illustrate the potential complexity of the process of a parental responsibility case, the dissertation contains an authentic case. On the basis of the legal questions arising in the case, it is concluded that it is questionable whether a real right to a hearing within reasonable time exists in the context of Danish parental responsibility cases, as observed both from a human rights perspective and a national law perspective. The conclusion is that it cannot be excluded that violations of human rights – specifically of the right to a hearing within reasonable time – occur in Denmark. It is also especially interesting from the national law perspective that the statutory time limit in the law on parental responsibility section 29(a) for cases on maintaining of contact, which the State Administration must observe, is in fact proven not to be observed in the case presented in the dissertation; a conclusion which is further proven and supported by statistical material from 2016.

Next, the dissertation analyses the issue of right to judicial review. The national judicial review of visitation cases under the Constitution's section 63(1)(1) forms the first part of the analysis. The point of departure for the analysis is the question to which extent Danish courts review the exercise of discretion by the State Administration and the Appeals Board – that is, a balancing of legitimate considerations with respect to what is in the child's best interest in a visitation case. The dissertation concludes that the Danish courts in the vast majority of cases do not review the exercise of discretion, but solely the limits of the discretion. For that reason, the dissertation raises the question as to whether this embodies a real and effective right of access to a court.

The ECtHR's case law on the right to judicial review enshrined in the ECHR article 6(1) is covered next. It is concluded that the ECHR article 6(1), impliedly, must be read in two ways. Firstly, the judicial review is ostensibly subject to various requirements depending on the nature of the case and the particular circumstances. Convention case law can arguably be interpreted as posing a more stringent requirement on the scope of the judicial review in visitation cases than for example in cases involving planning laws. It follows from this interpretation that the judicial review in visitation cases under the Constitution's section 63(1)(1) is not in conformity with human rights requirements, because Danish courts do not review the State Administration's and the Appeals Board's exercise of discretion. However, it is concluded in the dissertation that the underlying Convention case law is complicated and relatively unclear, which is why the true extent of the Convention case law is hard to predict on this point.

The dissertation finally includes a summarizing conclusion and a brief perspectivation. It is questionable whether Danish courts, the State Administration and the Appeals Board can and should operate on the assumption of Danish law's conformity with the ECHR in Danish parental responsibility cases.

Litteraturliste

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheder, Den europæiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeproces*. Universitetsforlaget, Bergen. 1995.

Aall, Jørgen. *Domstolsadgang og domstolsprøvning i menneskerettighetssaker*. I Tidsskrift for Rettsvitenskap. Årgang 111. 1998.

Andersen, Jon. Larsen, Kaj. Loiborg, Karsten. Adserballe, Lisbeth. Engberg, Morten og Olsen, Jens. *Ombudsmandsloven med kommentarer*. 2. udg. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 2013.

Andrup, Henrik. *Om forenkling af behandlingen af ægteskabssager*. U.1975.293B.
Ashan, Mohammed og Skibsted, Søren. *Menneskerettighedskonventionens retskildemæssige status i dansk ret.* Juristen nr. 3. 2002.

Basse, Ellen Magrethe (red.). *Regulering og styring. En juridisk teori- og metodebog*. 1. udg. G.E.C. Gads Forlag. 1989.

Basse, Ellen Margrethe. *Nogle forfatningsretlige synspunkter vedrørende ægteskabssagernes fremtidige forum.* U1976B.45.

Baumbach, Trine og Blume, Peter (red.), Retskildernes kamp – Forholdet mellem national offentlig ret og udefra kommende ret, 1. udg., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 2012.

Blume, Peter. *Juridisk metodelære: En indføring i rettens og juraens verden*. 4. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2006.

Blume, Peter. *Rettens Veje og Vildveje – et bidrag til retsteorien.* 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2007.

Blume, Peter. *Retskildebegrebet.* U2013B.94.

Blume, Peter. *Retssystemet og juridisk metode.* 3. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2016.

Blume, Peter. *God forvaltningsskik*. UfR 2007B.111.

Buhl, Jon Palle. Christensen, Bent. Christiansen, Karl O. Eyben, W.E. von. Maire, Louise Le og Waaben, Knud (red.). *Festskrift til Folketingets ombudsmand professor dr. jur. Stephan Hurwitz.* 1. udg. Juristforbundets Forlag. 1971.

Bønsing, Sten. *Almindelig Forvaltningsret*. 3. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2013.

Christensen, Bent. *Forvaltningsret. Prøvelse.* 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1994.

Christensen, Bent. *Forvaltningsret. Opgaver Hjemmel Organisation*, 2. udg. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. 1997.

Christensen, Jens Peter. *Domstolene – den tredje statsmagt*. 1. udg. Aarhus Universitetsforlag. 2004.

Christensen, Jens Peter. Jensen, Jørgen Albæk og Jensen, Michael Hansen. *Dansk Statsret*. 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2016.

Christensen, Jens Peter. Jensen, Jørgen Albæk og Jensen, Michael Hansen. *Grundloven med kommentarer*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2015.

Christensen, Jens Peter. *Internationale konventioners betydning for Højesterets grundlovsfortolkning*. U2013B.15.

Christoffersen. Jonas Christoffersen og Rosenkilde, Martin Ryding. *Kommentar til FN's Børnekonventions artikel 3*, Karnov Group Online.

Christoffersen, Jonas. *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity, and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Indleveret som doktorafhandling.2006. Tilgængeligt på det Kongelige Bibliotek med følgende ISBN nr. 978-87-89091-01-3.

Christoffersen, Jonas. *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity, and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers. 2009.

Christoffersen, Jonas. *EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2014.

Christoffersen, Jonas. *Menneskeret – en demokratisk udfordring*. 1. udg. Hans Reitzels Forlag. 2014.

Christoffersen, Jonas og Rasmussen, Mikael. *Menneskeretsdomstolen – 50 års samspil med dansk ret og politik*. 1. udg. Thomson Reuters. 2009.

Christoffersen, Jonas. *Højesteret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*. U2000B.593.

Christoffersen, Jonas. *Om ret og skøn ved ejendomsrettens diskriminationsbeskyttelse under EMRK*. U2007B.208.

Christoffersen, Jonas Christoffersen. *Ny reform giver langstrakte retssager*, Advokaten 2007, nr. 10, side 36.

Danielsen, Svend. *Ægteskabssagernes forvandling*. U1993B231f.

Deleuran, Pia. 2011. *Forældreansvarsloven – hvad blev der af barnets tarv?* Temahæfte 3. Fokus på brug af ikke-juridisk sagkyndige i familiesager. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Engberg, Hans. *Anticiperet misligholdelse i samværssager*. FM2016.215.

Ersbøll, Eva, Mikkelsen, Niels og Rehof, Lars Adam. *Udviklingen i den internationale menneskeretsbeskyttelse i 1987-88*. U1989B.177.

Evald, Jens og Schaumburg-Müller, Sten. *Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære.* 1.udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2004.

Evald, Jens. *At tænke juridisk*. 4. udg. Nyt Juridisk Forlag. 2011.

Gammeltoft-Hansen, Hans. *God forvaltningsskik i samspillet med borgerne*, i Finansministeriets debatbog om Etik, ansvar og værdier i den offentlige sektor, 2000.

Gammeltoft-Hansen, Thomas. Koch, Ida Elisabeth, Kristiansen, Bettina Lemann og Schaumburg-Müller, Sten. *Protecting the Rights of Others. Festskrift til Jens Vedsted Hansen.*1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2013.

Garde, Jens. Jensen, Jørgen Albæk. Jensen, Orla Friis. Madsen, Helle Bødker. Mathiassen, Jørgen og Revsbech, Karsten. *Forvaltningsret – Almindelige emner*. 4. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2004.

Garde, Jens. Jensen, Jørgen Albæk. Jensen, Orla Friis. Madsen, Helle Bødker. Mathiassen, Jørgen og Revsbech, Karsten. *Forvaltningsret, Almindelige emner.* 6. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2016.

Gomard, Bernhard og Kistrup, Michael. *Civilprocessen*. 7. udg. Karnov Group. 2013.

Harris, O'Boyle & Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights.* 2nd. Edition. Oxford University Press. 2009.
Harris, O'Boyle & Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights.* 3rd. Edition. Oxford University Press.2014

Hartoft, Hanne. *Om børnevenlig retspleje og børns proceshabilitet*, i TFA2016.454.

Fenger, Niels. Andersen, Mads Bryde. Langsted, Lars Bo og Petersen, Lars Lindencrone (red.). *Festskrift til Erik Werlauff.* 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2012.

Holdgaard, Marianne. *Right to access to one's child or the child's right not to see one of its parents.* Paper: 12th World Conference of the International Society of Family Law. 2005.

Holdgaard, Marianne. *Family life and Transsexuals – Development in the Light of Changes in "Present-Day Conditions".* I EU- og Menneskeret. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2003.

Holdgaard, Marianne. *Modafhøring af vidner*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1998.

Holtermann, Jacob V. H og Olsen, Henrik Palmer. *En definitionssandhed med modifikationer – en kommentar til Jens Ravnkildes retskildebegreb.* U2013B.301.

Jacobs, White & Ovey. *The European Convention on Human Rights.* 6th Edition.Oxford University Press. 2014.

Janis, Kay & Bradley. *European Human Rights Law. Text and Materials*. 3rd Edition. Oxford University Press. 2008.

Jensen, Torben. *Domstolskontrollen med overholdelse af grundrettigheder.* U.1995B.241.

Jensen, Torben. *Højesteret og Retsplejen.* 1. udg. GadJura. 1999.

Kjølbro, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere*. 3. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2010.

Kessing, Peter Vedel. *Menneskeretsloven blev en sovepude*, Lov&Ret, nr. 4, juni, 1999.

Koch, Henning (red.). *Politik og jura. Festskrift til Ole Espersen.* 1. udg. Forlaget Thomson. 2004.

Koch, Ida Elisabeth. Røberg, Kristine, Schaumburg-Müller, Sten og Vedsted-Hansen, Jens. *Menneskerettigheder og magtfordeling – domstolskontrol med politiske prioriteringer*. 1. udg. Aarhus Universitetsforlag. 2004.

Lauridsen, Preben Struer. *Om ret og retsvidenskab. Lærebog i almindelig retslære.* 3. oplag. Gyldendal. 1996.

Lindholm, Jesper. *Danske asylafgørelser – Baggrund, kontekst og analyse.* 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2014.

Lorenzen, Peer, Holst-Christensen, Nina, Christoffersen, Jonas, Vedsted-Hansen Jens, Kessing, Peter Vedel og Schaumburg-Müller, Sten. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer.* 3. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2011.

Lorenzen, Peer. *Danske domstole og menneskerettighederne.* Lov og Ret. 9. årgang. 1999.

Lorenzen, Peer. 1999. *Lov & Ret*. Årgang 9, nr. 3.

Munk-Hansen, Carsten. *Retsvidenskabsteori.* 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2014.

Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D. *Retskilder og Retsteorier.* 4. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2014.

Nielsen, Gorm Toftegaard. Vedsted-Hansen, Jens Jensen, Claus Haagen (red.). *Festskrift om menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2004.

Pedersen, René Dejbjerg. *Det forvaltningsretlige skøn*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2006.

Pedersen, René Dejbjerg og Skovsgaard, Rasmus Haugaard. *Afskæring og begrænsning*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2001.

Ravnkilde, Jens. *Hvordan finder man i tvivlstilfælde ud af, hvad der er gældende ret?* U2014B.45. 2014.

Ravnkilde, Jens. *Hvad er en retskilde?* U2013B.1.

Ravnkilde, Jens. *Hvad er en retskilde? (2).* U2013B.231.

Ravnkilde, Jens. *Hvad er en retskilde? (3)*. U2013B.400.

Rehof, Lars Adam og Trier, Tyge. *Menneskeret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1990.

Revsbech, Karsten. 1. udg. 2008. *Aktuel dansk forvaltningsret*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

Rovsing, Sys. *Vejledning om behandling af forældreansvarssager*. TFA2000.81.

Ross, Alf. *Lærebog i Folkeret.* Ved Andersen, Stig, Lehmann, Tyge og Magid, Per. 6. rev. udg. Nyt Nordisk Forlag. 1984.

Rytter, Jens Elo. *Individets grundlæggende rettigheder*. 2. udg. Karnov Group. 2016.

Rytter, Jens Elo. *Danskeuropæisk menneskerettighedsbeskyttelse – om en fredelig forfatningsretlig revolution*.. Juristen nr. 6/7. 2010.

Rytter, Jens Elo. *Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. En replik til rigsadvokat Jørgen Steen Sørensen.* Juristen nr. 9. 2010.

Rønsholdt, Steen. *Forvaltningsret*, 4. udg. Karnov Group. 2013

Rønsholdt, Steen. *God forvaltningsskik*. U2008B.242.

Schaumburg-Müller, Sten. *Fem Retsfilosofiske Tester*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2009.

Schultz, Trine. *Retsanvendelse og Skøn. Sondringens anvendelse i prøvelsen af afgørelser på det socialretlige område*. 1. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2004.

Spiermann, Ole. *Tilbageholdenhed i anvendelsen af internationale menneskerettighedskonventioner*. U2002B.412.

Sørensen, Jørgen Steen. *Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – en kommentar til professor, ph.d. Jens Elo Rytter.* Juristen nr. 9. 2010.

Sørensen, Jørgen Steen. *Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – en duplik til professor, ph.d. Jens Elo Rytter.* Juristen nr. 10. 2010.

Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn & Zwaak. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* 4th Edition. Intersentia. 2006.

Werlauff, Erik. *Europæiske Menneskerettigheder – en praktisk indføring*. 2. udg. Gjellerup. 2010.

Zahle, Henrik. *Dansk Forfatningsret 3*. 3. udg. Christian Ejlers' Forlag. 2006.

Zahle, Henrik (red.). *Grundloven med kommentarer.* 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2006.

Zahle, Henrik. *Dansk forfatningsret – bind 2.* 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 1996.

Lovgivning.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Lov nr. 285 af 29.4.1992.

Forældreansvarsloven. Lov nr. 499 af 6.6.2007.

Forslag til lov om ændring af retsplejeloven. Lov nr. 178 af 27.2.1997.

Retsplejeloven. Lovbekendtgørelse 2016-10-13 nr. 1257.

Lov om ændring af forældreansvarsloven og retsplejeloven. Lov nr. 103 af 19.3.2015.

Lov om ændring af forældreansvarsloven, retsplejeloven og lov om Det Centrale Personregister. Lov nr. 600 af 18.6.2012.

Lov om ændring af konkursloven. Lov nr. 396 af 30.4.2007.

Lov om ændring af lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold (Beskyttelse af den negative foreningsfrihed). Lov nr. 359 af 26.4.2006.

Lov om ændring af lov forældremyndighed og samvær, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love. Lov nr. 525 af 24.6.2005.

Lov om ændring af lov om regional statsforvaltning, lov om børns forsørgelse, lov om ægteskabsindgåelse og opløsning og forskellige andre love som følge af ændret organisering af statsforvaltningerne. Lov nr. 647 af 12.6.2013.

Lov om ændring af retsplejeloven og andre love. Lov nr. 538 af 8.6.2006.

Forvaltningsloven. Lovbekendtgørelse 2014-04-22 nr. 433

Retssikkerhedsloven. Lovbekendtgørelse 2016-11-23 nr. 1345

Serviceloven. Lovbekendtgørelse 2016-10-24 nr. 1270

Lovarbejder

Lovbemærkningerne til lov nr. 499 af 6.6.2007. Forældreansvarsloven.

Lovbemærkningerne til lov nr. 285 af 29.4.1992. Inkorporeringsloven.

Lovbemærkningerne til lov nr. 600 af 18.6.2012. Forældreansvarsloven

Lovbemærkningerne til lov nr. 525 af 24.6.2005. Udmøntning af kommunalreformen på familieretlige område.

Lovbemærkningerne til lov nr. 256 af 4.6.1969. Ægteskabsloven

Lovbemærkningerne til lov nr. 387 af 14.6.1995. Forældremyndighedsloven

Lovbemærkningerne til lov nr. 270 af 25.3.2015. Forældreansvarsloven (samarbejdschikane).

Lovbemærkningerne til lov nr. 414 af 10.6.1997. Retsplejeloven.

Lovbemærkningerne til lov nr. 500 af 6.6.2007. Lov om ændring af forskellige lovbestemmelser som følge af forældreansvarsloven (Behandling af retssager om forældremyndighed og tvangsfuldbyrdelse).

Betænkninger

Betænkning nr. 1546. 2014. *Betænkning om inkorporering mv. inden for menneskerets-området.*

Betænkning nr. 1475. 2011. *Betænkning om barnets perspektiv, forældremyndighed, barnets bopæl, samvær og tvangsfuldbyrdelse.*

Betænkning nr. 1407. 2001. *Betænkning om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret.*

Betænkning nr. 1220. 1991. *Betænkning om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret.*

Betænkning nr. 985. 1983. *Betænkning om forældremyndighed og samværsret.*

Betænkning nr. 915. 1980. *Betænkning om samliv uden ægteskab.*

Betænkning nr. 731. 1975. *Betænkning om den statslige administration på amtsplanet.*

Betænkning nr. 796. 1969. *Betænkning om fremgangsmåden ved separation og skilsmisse.*

Betænkning nr. 719. 1969. *Betænkning om vilkårene for separation og skilsmisse*

Betænkning nr. 369. 1964. *Betænkning om ægteskabets indgåelse op opløsning samt forældremyndighed og samkvemsret.*

Bekendtgørelser

Bekendtgørelse nr. 146 af 22.2.2016 om *forældremyndighed, barnets bopæl og samvær m.v.*

Bekendtgørelse nr. 8 af 21.8.2015 om valgfri protokol af 13. december 2006 til konventionen af 13. december 2006 om *rettigheder for personer med handicap.*

Bekendtgørelse nr. 1839 af 22.12.2015 om *forretningsorden for Ankestyrelsen.*

Vejledninger

Vejledning nr. 11362 af 30.12.2015 om samvær

Vejledning nr. 9047 af 24.1.2017 om forældremyndighed og barnets bopæl

Justitsministeriets vejledning nr. 11740 af 4.12.1986 om forvaltningsloven

Beslutningsforslag

Beslutningsforslag nr. 33, FT 1989/90.

Soft law

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), afsnit I.A.

Domsregister

National retspraksis.

U1967.0510HD.

U1986.871HD.

U1988.404/1VLD.

U1989.928HD.

U1989.399 HD.

U1990.13HD.

U1990.181HD.

U1994.234/2HD.

U1994.536HD.

U1996.723ØLD.

TFA1997.181ØLD.

U1999.495ØLK.

U1999.614HD.

U1999.1496HD.

U1999.1536HD.

U1999.1798HD.

TFA2000.194/3ØLD.

TFA2000.252VLD.

U2002.1789HD.

U2004.2764HD.

U2006.1122HD.

U2006.1623ØLD.

U2007.673ØLD.

U2010.1008VLD.

TFA2011.360ØLD.

TFK2011.257VLD.

U2012.2315/1HD.

TFA2013.225ØLK.

TFA2013.750ØLD.

U2014.1318 ØLD.

U2014.2939VLD.

TFA2015.45ØLD.

TFA2015.465VLD.

Højesterets kendelse af 31.8.2015. H 2015.150-2015 HK.

FM2016.83ØLK.

Utrykte afgørelser

Utrykt dom afsagt den 22. september 2016 af Retten i Aarhus, sagsnr. BS 7-255/2016

Utrykt dom afsagt af byretten i Aarhus den 4. september 2015, sag nr. BS 10-2290/2014

Administrativ praksis

FOB2000.205

FOB2004.153

FOB2004.154

FOB2005.425

FOB 2006.145

FOB2006.233

FOB2008.380

FOB2008.488

FOB2011-5-3

FOB2013-2

FOB2014.41

FOB2015-10

Konventionspraksis

Praksis fra Menneskeretsdomstolen

Airey v. Irland, sag af 9.10.1979.

Alatulkkila m.fl. v. Finland, sag af 28.10.2005.

Albert and Le Compte v. Belgien, sag af 10.2.1983.

A m. fl. v. Danmark, sag af 8.2.1996.

B v. Storbritannien, sag af 8.7.1987.

Bevacqua v. Bulgarien, sag af 12.9.2008.

Bryan v. Storbritannien, sag af 22.11.1995.

B.N. v. Danmark, sag af 9.10.1989.

Chapman, sag af 18.1.2001.

Christensen mod Danmark, sag af 22.1.2009.

Crompton v. United Kingdom, sag 10.5.2010

Crabtree v. Storbritannien, sag af 9.4.1997.

Delcourt v. Belgien, sag af 17.1.1970.

Eberhard v. Slovenien, sag af 1.12.2009.

Elsholz v. Tyskland, sag af 13.7.2000.

Eriksson v. Sverige, sag af 22.6.1989.

Fazia Ali v. Storbritannien, sag af 20.10.2015.

Figuerido Simões v. Portogal, sag af 30.1.2003.

Fischer v. Østrig, sag af 26.4.1995.

Glaser v. Storbritannien, sag 19.9.2000

Glesmann v. Tyskland, sag 10.1.2008.

Gobec v. Slovenien, sag af 3.1.2014.

Golder mod Storbritannien, sag af 21.2.1975.

Hasslund v. Danmark, sag af 12.11.2008

Hauschildt v. Danmark, sag af 24.5.1989.

H.O. v. Island, sag af 12.10.1992.

Hozee v. Holland, sag af 22.5.1998.

Iversen mod Danmark, sag af 28.9.2006.

Jane Smith, sag af 18.1.2001.

Jersild mod Danmark, sag af 23.9.1994.

Johansen v. Norge, sag 27.6.1996.

Kaplan v. Storbritannien, sag af 17.7.1980.

Keegan v. Irland, sag 26.4.1994.

Kingsley v. Storbritannien, sag af 28.5.2002.

K.T. v. Norge, sag af 25.9.2008.

Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgien, sag af 23.6.1981.

Letničič v. Kroatien, sag af 3.8.2016.

Majewski v. Polen, sag af 11.10.2005.

Marckx v. Belgien, sag af 13.6.1979.

McMichael v. Storbritannien, sag af 24.2.1995.

Moesgaard Petersen v. Danmark, sag af 11.12.2008

Moog v. Tyskland, sag af 6.10.2016

Nielsen, Kurt mod Danmark, sag af 15.2.2000.

Nuutinen v. Finland, sag 27.6.2000

O v. Storbritannien, sag af 8.7.1987.

Olsson v. Sverige (nr. 2), sag af 27.11.1992.

Obermeier v. Østrig, sag af 28.6.1990.

Poulsen mod Danmark, sag af 4.9.2006.

Paulsen-Medalen og Svensson v. Sverige, sag af 19.2.1998

R v. Storbritannien, sag af 8.7.1987.

Ranson v. Storbritannien, sag af 2.9.2003.

Rasmussen v. Danmark, sag af 28.11.1984.

Ringeisen v. Østrig, Kommissionens rapport. 19.3.1970.

Ringeisen v. Østrig, sag af 16.7.1971.

Sahin v. Tyskland, sag af 8.7.2003.

Sigma Radio Television LTD v. Cypern, sag af 21.10.2011.

Sommerfeld v. Tyskland, sag af 8.7.2003.

Sporring and Lönnroth v. Sweden, sag af 23.9.1982.

Süss v. Tyskland, sag 10.11.2005

Sørensen og Rasmussen mod Danmark, sag af 11.1.2006.

Terra Woningen v. Holland, sag af 17.12.1996.

Tsfayo v. Storbritannien, sag af 14.11.2006.

Tyrer v. Storbritannien, sag af 25.4.1978.

Valentin v. Danmark, sag af 26.6.2009.

W v. Storbritannien, sag af 8.7.1987.

Wildgruber v. Germany, sag af 21.1.2010

Zumtobel v. Østrig, sag af 21.9.1993.

Folketingets Ombudsmands beretninger

Folketingets Ombudsmands Beretning, 1987

Folketingets Ombudsmands Beretning, 1988

Folketingets Ombudsmands Beretning, 2010

Rapporter og andet

Danmarks Domstoles Handlingsplan. 2017.

Resultatplan. Statsforvaltningen. 2017.

Resultatplan. Statsforvaltningen. 2016.

Resultatplan. Statsforvaltningen. 2015.

Resultatplan. Ankestyrelsen. 2017.

Mål og resultatplan. Ankestyrelsen. 2015-2018.

Resultatkontrakt. Ankestyrelsen. 2016.

Resultatkontrakt. Ankestyrelsen. 2015.

Resultatkontrakt. Ankestyrelsen. 2014.

Resultatkontrakt. Ankestyrelsen. 2013.

Årsrapport. Statsforvaltningen. 2015.

Årsrapport. Statsforvaltningen. 2014.

Årsrapport. Statsforvaltningen. 2013.

Social- og Indenrigsministeriet, *Et system med fokus på familiernes behov, En analyse af rammer, regler, snitflader i forhold til fader- og medmoderskab, separation og skilsmisse, herunder ægtefællebidrag, børnebidrag og forældreansvar*, maj 2016 (elektronisk publikation),
Halvårsrapport. De regionale statsforvaltninger. 2013.

Beretning om sagsbehandlingstider ved omstruktureringen af statsforvaltningerne. Nr. 19/2013 af 25.6.2014.

Rapport om *Evaluering af forældreansvarsloven*, udgivet af Familiestyrelsen, november 2011

Tal og statistik

Berammelsestider Kolding Byret.
http://www.domstol.dk/kolding/organisation/Aktuelle%20sagsbehandlingstider/Pages/default.aspx (Hentet 19.1.2017)

Berammelsestider Viborg Byret.
http://www.domstol.dk/viborg/talogfakta/aktuellesagsbehandlingstider/Pages/default.aspx (Hentet 19.1.2017)

Berammelsestider Randers Byret.
http://www.domstol.dk/RANDERS/TALOGFAKTA/AKTUELLE%20SAGSBEHANDLINGSTIDER/Pages/default.aspx (Hentet 30.1.2016).

Berammelsestider Odense Byret.
http://www.domstol.dk/Odense/talogfakta/Pages/Sagsbehandlingstider.aspx (Hentet 30.1.2016).

Berammelsestider Retten i Sønderborg.
http://www.domstol.dk/Odense/talogfakta/Pages/Sagsbehandlingstider.aspx (Hentet 30.1.2016).

Berammelsestid Retten i Helsingør.
http://www.domstol.dk/Helsingoer/talogfakta/aktuellesagsbehandlingssider/Pages/default.aspx (Hentet 28.12.2016)

Gennemsnitlige sagsbehandlingstider Statsforvaltningen.
http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=9028 (Hentet 19.1.2017) Gennemsnitlige

Sagsbehandlingstider Statsforvaltningen.
http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=9030 (Hentet 19.1.2017)

Maksimale sagsbehandlingstider Statsforvaltningen.
http://www.statsforvaltningen.dk/site.aspx?p=9152 (Hentet 19.1.2017)

Sagsbehandlingstider Ankestyrelsen.
https://ast.dk/om-ankestyrelsen/sagsbehandlingstider (Hentet 18.1.2017)

Gennemsnitlige liggetider Ankestyrelsen. https://ast.dk/om-ankestyrelsen/sagsbehandlingstider/gennemsnitlige-liggetider (Hentet 18.1.2017)

Maksimale sagsbehandlingstider Ankestyrelsen. https://ast.dk/born-familie/for-borgere/din-sag-om-foraeldremyndighed-og-samvaer (Hentet 18.1.2017)

Danmarks Statistik. Tal vedrørende skilsmisse og opløste partnerskaber. (Hentet 16.8.2016).

Domstolenes statistik. Statistik for civile sager – Afgørelsestyper inden for sagskategorien forældreansvarssager og ægteskabssager.
http://www.domstol.dk/om/talogfakta/statistik/Documents/Civile%20sager/2016/Byretter%20-%20civile%20sager%20-%20afg%C3%B8relsestyper%20for%C3%A6ldreansvars%20og%20%C3%A6gteskabssager%20-%201%20hlv%202016.pdf (hentet 8.2.2017).

Domstolenes statistik. Statistik for sagsudviklingen ved landsretterne – Civile sager. 2010-2015.
http://www.domstol.dk/om/talogfakta/statistik/Documents/Civile%20sager/2016/Landsretter%20-%20civile%20sager%202012-1_halv%C3%A5r%202016.pdf (hentet 8.2.2017)

Domstolenes statistik. Statistik for afgørelsestider. http://www.domstol.dk/om/talogfakta/statistik/Documents/Civile%20sager/2016/Byretter%20-%20civile%20sager%20-%20sagsbehandlingstid%20for%C3%A6ldreansvarssager%20-%201%20hlv%202016.pdf (Hentet 4.2.2016)

Domstolenes statistik. Statistik for verserende sager. http://www.domstol.dk/om/talogfakta/statistik/Documents/Civile%20sager/2016/Byretter%20-%20civile%20sager%20-%20verserende%20og%20uberammede%20sager%20-%201%20hlv%202016.pdf (Hentet 4.2.2016)

Domstolenes statistik. Mål og indsatsområder for Danmarks Domstole 2013-2018. http://www.domstol.dk/om/publikationer/HtmlPublikationer/Profil/For%20ret%20og%20retfaerdighed/kap04.htm (Hentet 18.1.2017)

Tal fra Ankestyrelsen. Familieret 2016;4. Nøgletal.

Presse

Ventetider i skilsmissesager strider mod international lovgivning. Torsdag d. 31.1.2013.http://www.b.dk/nationalt/ventetider-i-skilsmissesager-strider-mod-international-lovgivning.

Larsen, Mette Kathrine, Radio 24/syv. *Langsom sagsbehandling koster hvert år mere end 500 børn retten til at se deres forældre*. Tirsdag d. 13.5.2014. http://www.b.dk/nationalt/langsom-sagsbehandling-koster-hvert-aar-mere-end-500-boern-retten-til-at-se-deres.

Nilsson, Kirsten. *Statsforvaltningens ansatte klager over tidspres.* Tirsdag d. 3.3.2015. http://politiken.dk/indland/ECE2572393/statsforvaltningens-ansatte-klager-over-tidspres/

Hvert 3. barn. *Med skilsmissepakken lovgives der fortsat i blinde.* Fredag d. 2.10.2015. http://h3b.dk/index.php/bloggen/entry/med-skilsmissepakken-lovgives-der-fortsat-i-blinde

Øvrige

Socialministerens svar på spørgsmål nr. S 1206 stillet af Ejvind Vesselbo (V), d. 1.4.2014, sagsnummer 2014 – 2696

Danske Advokater og Danske FAMILIEadvokater. *Høring over udkast til lov om ændring af forældreansvarsloven m.v.*

Schaumann, Helle og Fonseca, Maria. *Høringssvar vedrørende forslag til ændring af forældreansvarsloven og retsplejeloven (Imødegåelse af samarbejdschikane m.v.).* Institut for Menneskerettigheder. 27.10.2014

Bilagsoversigt

1. Statistik fra Statsforvaltningen 2013 *(Statistik og domme)*

2. Statistik fra Statsforvaltningen 2014 *(Statistik og domme)*

3. Statistik fra Statsforvaltningen 2015 *(Statistik og domme)*

4. Statistik fra Statsforvaltningen 2016 *(Statistik og domme)*

5. Utrykt dom afsagt den 22. september 2016 af Retten i Aarhus, sagsnr. BS 7-255/2016 *(Statistik og domme)*

6. Utrykt dom afsagt af byretten i Aarhus den 4. september 2015, sag nr. BS 10-2290/2014 *(Statistik og domme)*

7. Case *(Case 1-7)*