

Samværsfastsettelse ved mistanke om seksuelle overgrep mot barn

En fremstilling av gjeldende rett etter barneloven

Kandidatnummer: 570

Leveringsfrist: 25.04.2019

Antall ord: 17 965



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Problemstilling og avgrensning.....	2
1.3	Begrepsavklaringer.....	3
1.4	Metode- og kildebruk.....	4
1.5	Fremstillingen videre.....	5
2	MENNESKERETTIGHETER OG GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER.....	6
2.1	Generelt om menneskerettighetene	6
2.2	Retten til beskyttelse mot vold, overgrep og utnyttelse	6
2.2.1	Vernet mot vold og overgrep	7
2.2.2	Vernet mot seksuell utnyttelse	7
2.3	Hensynet til barnets beste.....	8
2.4	Retten til å bli hørt.....	9
2.5	Retten til respekt for privatliv og familieliv.....	11
3	AKTUELLE RETTSLIGE EMNER.....	14
3.1	Samværsrett etter barneloven	14
3.1.1	Innledning	14
3.1.2	Barnets rett til samvær	14
3.1.3	Samværsforelderens rett til samvær	15
3.2	Ulike beviskrav	15
3.3	Frifinnelse og henleggelse.....	16
3.4	«In dubio pro reo» - Uskyldspresumsjonen	17
4	INTET SAMVÆR ELLER SAMVÆR MED TILSYN	19
4.1	Innledning.....	19
4.2	Det avgjørende kriterium om «barnets beste».....	21
4.3	Risikovurderingen	21
4.4	De motstridende hensyn om barnets rett til beskyttelse og barnets rett til kontakt med begge foreldre	23
4.4.1	Avveining av hensynene	24
4.5	Domstolens forpliktelse til å beskytte barnet - Midlertidige avgjørelser	26
4.5.1	Innledning	26
4.5.2	Vilkår	26
4.5.3	Lavere terskel i risikovurderingen?.....	27

4.5.4	Samvær med tilsyn – et kompromiss	29
4.5.5	Betydningen for den ordinære samværsak	30
4.6	Intet samvær	30
4.7	Samvær med tilsyn	32
4.7.1	Privat tilsyn	33
4.7.2	Offentlig tilsyn	33
4.8	Samværs sabotasje	35
4.8.1	Tvangsbot	35
4.8.2	Ny avgjørelse om fast bosted	36
5	GJENNOMGANG OG ANALYSE AV LAGMANNSRETTS PRAKSIS DE SISTE FEM ÅRENE.....	39
5.1	Innledning.....	39
5.2	Hvorfor avskjæres samvær i enkelte saker?	40
5.2.1	<i>Barnas ønske</i> (LG-2016-110413)	40
5.2.2	<i>Høyt konfliktnivå</i> (LA-2012-152499)	41
5.2.3	Oppsummering	42
5.3	Når fastsettes samvær med tilsyn?	42
5.3.1	<i>Mors frykt</i> (LA-2017-72764)	42
5.3.2	<i>Påvirkning</i> (LG-2017-85461)	43
5.3.3	<i>Barnets motvilje</i> (LE-2014-90363)	43
5.3.4	<i>Seksualisert atferd</i> (LG-2014-92223)	44
5.3.5	Oppsummering	45
5.4	Avsluttende refleksjoner	45
	KILDELISTE	49

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Tema for oppgaven er fastsettelse av samvær ved mistanke om seksuelle overgrep mot barn, begått av barnets egen forelder. Samvær er den fastsatte tiden foreldre og barn som ikke bor sammen fast, har til å opprettholde eller etablere en personlig kontakt og tilbringe tid med hverandre. Barn har rett til samvær med begge foreldrene sine, selv om disse bor hver for seg. Tilsvarende har den av foreldrene som ikke bor sammen med barnet, rett til samvær med barnet.¹

Barneloven § 43 angir omfanget av samværet. Etter første ledd tredje punktum presiseres at dersom samvær ikke er til *det beste for barnet*, skal domstolen avgjøre at det ikke skal være samvær. Dette kan blant annet omfatte tilfeller hvor barn har vært utsatt for eller hvor det er fare for seksuelle overgrep.² Dersom domstolen legger til grunn at barnet er utsatt for slike overgrep eller en forelder er dømt for slike overgrep, må gjeldene rett forstås slik at samvær skal nektes i påfølgende samværssak.³ Det blir imidlertid en mer komplisert og utfordrende vurdering dersom det kun foreligger påstander og en mistanke om seksuelle overgrep. Dette fordi det ofte foreligger lite bevismateriale i slike saker, i tillegg til at det gjør seg gjeldende sterke, motstridende hensyn.

Dagens mediebilde samt flere undersøkelser, viser at mange barn utsettes for seksuelle overgrep. 5% av norske kvinner og 1% av norske menn kan fortelle at de har blitt utsatt for seksuelle overgrep før fylte 18 år.⁴ I tillegg kjenner omtrent halvparten av Norges befolkning en eller flere som har blitt utsatt for slike overgrep som barn.⁵ Videre viser tall fra 2018 at en stor andel norske barn potensielt vil ha samværsordninger som en del av sin hverdag, ettersom 45,5% av alle inngåtte ekteskap ble oppløst dette året.⁶ Dette innebærer at mange av barna vil ha fast bosted hos en av foreldrene, og således ha samvær med den fraskilte forelderen. Tall fra Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet viser at det er en økning i omfanget av samvær og at det er vanligere med mye enn lite samvær.⁷ At dette er et aktuelt tema viser seg også i domstolene. Bare i 2018 ble det reist 13 samværssaker med mistanke om seksuelle overgrep.

¹ Bendiksen (2018) s. 142.

² Sandberg (2018) Note 117.

³ Prop. 85 L (2012-2013) s. 43

⁴ Bufdir (2017a)

⁵ Redd barnas kunnskapsundersøkelse (2015) s. 2

⁶ Statistisk sentralbyrå (2018)

⁷ Bufdir (2017b)

Dagens barnelov ble vedtatt i 1981, og siden den tid har Norges internasjonale forpliktelser og fokuset omkring menneskerettigheter utviklet seg svært mye. I mars 2019 begynte derfor et nedfelt utvalg å gjennomgå dagens lov. Utvalget skal videre fremme forslag til en ny og mer moderne barnelov som bedre uttrykker og ivaretar våre internasjonale forpliktelser.⁸

1.2 Problemstilling og avgrensning

Oppgaven søker å gi en analyse av rettstilstanden omkring fastsettelse av samvær når det foreligger mistanke om seksuelle overgrep mot barn.

Samvær skal vurderes ut ifra prinsippet om barnets beste. Oppgaven søker å belyse innholdet i dette prinsippet, samt de bakenforliggende hensyn i saker som omhandler seksuelle overgrep. Det sentrale vurderingstemaet vil være om det skal fastsettes samvær i det hele tatt, samt om samværet bør begrenses ved bruk av tilsyn. Andre begrensinger vil ikke bli behandlet. Videre vil jeg ta for meg domstolens plikt til å hindre seksuelle overgrep, herunder de midlertidige avgjørelser. Det vil også bli redegjort for det tilfellet at en forelder aktivt hindrer samvær, før oppgaven avslutningsvis vil forsøke å belyse domstolens håndtering av disse foreldretvistene de siste fem årene.

Når barnas foreldre ikke bor sammen, må det tas stilling til foreldreansvaret, barnets bosted og samværsordninger. I denne oppgaven vil kun problemstillingene knyttet til samværsspørsmålet bli drøftet, selv om disse også kan gjøre seg gjeldende i forbindelse med foreldreansvar og fast bosted.

Oppgaven avgrenses til samværsspørsmålet i foreldretvister, slik at samværsrett for foreldre som er fratatt omsorgen etter barnevernloven ikke vil bli behandlet. Ettersom jeg ikke behandler barnevernets rolle, vil ikke forholdet mellom barneloven og barnevernloven bli behandlet. Samværsrett for andre enn foreldre etter barneloven blir heller ikke drøftet.

Det forutsettes at det foreligger anmeldelse fra bostedsforelder om seksuelle overgrep mot egne barn. Oppgaven blir derfor konsentrert til de situasjoner hvor samværsforelder blir straffeforfulgt, og hvor det reises straffesak forut for samværssaken. Det avgrenses videre til de tilfeller hvor det ikke kan konstateres skyld vedrørende seksuelle overgrep, herunder de saker som har endt med frifinnelse eller der etterforskningen henlegges på grunn av manglende bevis. Det sentrale i oppgaven blir derfor å belyse hvordan slik usikkerhet omkring overgrepsanklager håndteres.

⁸ Barne- og likestillingsdepartementet (2018)

Denne oppgaven dreier seg kun om samværssaker hvor det er mistanke om seksuelle overgrep, slik at det avgrenses mot andre former for overgrep mot barn. Definisjonen av seksuelle overgrep lagt til grunn i denne oppgaven og ulike alvorlighetsgrader vil bli redegjort for under.

1.3 Begrepsavklaringer

Med «foreldre» menes barnets mor og far, eventuelt medmor. Det følger av bl. § 2 at barnets mor er kvinnen som har født barnet. Far eller medmor er den personen mor er gift med på fødselstidspunktet⁹, eller den som erklærer far- eller medmorskap etter bl. § 4.

Jeg har valgt å bruke de kjønnsnøytrale begrepene «bostedsforelder» og «samværsforelder» i denne oppgaven. Begrepene benyttes for å unngå stigmatisering, og vil benyttes for å skille mellom de to foreldrene.

Som «barn» regnes de personer som er under 18 år.¹⁰ Den seksuelle lavalderen i Norge er imidlertid 16 år, hvilket vil si at seksuelle handlinger eller omgang med barn under denne alderen er straffbart. Bakgrunnen for at denne er lavere enn myndighetsalderen er nettopp ønsket om å beskytte barn og ungdom mot overgrep fra voksne. Dette betyr imidlertid ikke at seksuelle handlinger eller omgang med barn mellom 16 og 18 år er helt uregulert. Dersom barnet er under overgriperens omsorg, er i slekt med vedkommende eller trues til seksuelle handlinger, vil dette også være straffbart selv om barnet er over den seksuelle lavalder.¹¹ I denne oppgaven vil derfor termen «barn» omfatte personer under 18 år.

Oppgaven er avgrenset til «seksuelle overgrep», slik at andre overgrep som vold og annen krenkende behandling av barn holdes utenfor. Straffeloven av 2005 skiller mellom tre hovedkategorier seksuelle overgrep, hvilket er «seksuelt krenkende atferd», «seksuell handling» og «seksuell omgang». I denne oppgaven vil uttrykket «seksuelle overgrep» omfavne alle disse tre kategoriene, men det er likevel grunn til å presisere innholdet og grensene mellom dem noe.

Begrepet seksuell «krenkende atferd» er av loven¹² ansett som den mildeste form for seksuelle overgrep, og krever ikke fysisk kontakt mellom barnet og overgriper. Det er tilstrekkelig at krenkelsen skjer overfor eller at det overværes av barnet. Eksempelvis kan dette være blotting

⁹ Barneloven § 3

¹⁰ Barnekonvensjonen art. 1 og vergemålsloven § 2 (3)

¹¹ Ot.prp.nr.28 (1999–2000) s. 49

¹² Straffeloven § 305

eller verbal seksuell tilnærming.¹³ Ved «seksuell handling» kreves det fysisk kontakt og Høyesterett har i Rt. 1933 s.995 uttalt at begrepet omfatter «[...] enhver berøring av en annen persons legeme, naar denne berøring har en kjønnslig karakter.». Beføling av barnets kjønnsorgan eller bryster, eller om barnet må onanere over griper er handlinger som omfattes av dette begrepet.¹⁴ «Seksuell omgang» kan imidlertid kun avgrenses nedad og er å anse som det mest alvorlige. Begrepet skiller seg fra «seksuelle handlinger» gjennom høyere intensitet. Samleie og «samleielignende» bevegelser omfattes, herunder samleie i skjede, endetarm eller munn, samt innføring av fingre eller gjenstander. Felles for seksuelle handlinger og seksuell omgang er at handlingene alltid skjer med barnet, og ikke kun overfor eller i nærvær av barnet.¹⁵

1.4 Metode- og kildebruk

Denne oppgaven vil belyse temaet i en rettsdogmatisk fremstilling.

Det søkes klargjort hva samvær innebærer for barn og foreldre, før forståelsen av dette benyttes til å analysere gjeldende rett for samværsfastsettelse i de saker hvor det foreligger påstander om seksuelle overgrep.

Den sentrale lovteksten i oppgaven er barneloven av 1981, heretter forkortet til «bl.». I tillegg vil FN's barnekonvensjon av 1989 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950 bli brukt mye. Disse vil bli henvist til som henholdsvis «Bk.» og «EMK». Begge disse konvensjonene gjelder som norsk lov etter menneskerettighetsloven (Mrl.) § 2, og er gitt forrang foran andre lovers bestemmelser ved en eventuell motstrid, jf. § 3.

Det foreligger én avgjørelse av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) mot Norge vedrørende samværsfastsettelse ved mistanke om seksuelle overgrep fra 2007.¹⁶ Denne kommer jeg tilbake til i kap. 2. Avgjørelser fra EMD vil videre få særlig betydning i delkapitlet som omhandler uskyldspresumsjonen.

Videre vil barnelovens forarbeider og nasjonal rettspraksis være sentrale rettskilder for å belyse gjeldende rett i disse kompliserte samværs sakene. I samværsaker vil rettens vurdering i stor grad være konkret og skjønnsmessig, slik at prejudikatsverdien blir svakere her enn på andre rettsområder. Dette fordi barnets situasjon og behov vil variere i hver enkelt sak. Høyesterettsavgjørelser vil likevel ha verdi i form av sine prinsipielle uttalelser om ulike hensyn som gjør seg gjeldende og tolkningsmomenter.

¹³ Matningsdal (2018) Note 1911

¹⁴ Matningsdal (2018) Note 1907

¹⁵ Ot.prp. nr. 20 (1991–1992) s. 14-15

¹⁶ Sanchez Cardenas v. Norway

Underrettspraksis vil imidlertid også få stor betydning i oppgaven, ettersom Høyesterett behandler foreldretvister nokså sjeldent. Spesielt vil lagmannsrettsavgjørelser kunne si mye om rettens vurderinger, samt at de har større rettskildemessig vekt enn tingrettenes avgjørelser. Videre vil juridisk teori bli trukket supplerende inn i fremstillingen for å belyse temaet ytterligere.

Bøkene «Sentrale emner i barneretten» av Bendiksen og Haugli (2018) og «Barnekonvensjonen» av Høstmælingen, S. Kjørholt og Sandberg (2016) er særlig relevante for min oppgave. Likevel har ingen av disse problematisert oppgavens problemstilling i dybden.

1.5 Fremstillingen videre

I kap 2. ser jeg nærmere på menneskerettighetene og noen grunnleggende prinsipper av betydning i samværssaker med mistanke om seksuelle overgrep. Kapittel 3. omhandler aktuelle rettstemaer som er nødvendig å kjenne til før man går inn i fastsettelsen av samværet. I kap. 4. tar jeg for meg samværsfastsettelse og redegjør for når samvær bør begrenses til samvær med tilsyn og når samvær bør avskjæres helt. I kap. 5 vil jeg analysere rettspraksis fra lagmannsrettene de siste fem årene og avslutningsvis gjøre en vurdering av denne.

2 Menneskerettigheter og grunnleggende prinsipper

2.1 Generelt om menneskerettighetene

I 2014 ble Grunnloven revidert og fikk et eget menneskerettighetskapittel.¹⁷ Ved innføringen av § 104 i dette kapitlet om barns særlige rettigheter, har barns rettsstilling blitt videre styrket og mer synliggjort. Bestemmelsens annet ledd gir myndighetene og de private en direkte plikt til å vurdere og vektlegge barnets beste i avgjørelser som berører barn. Prinsippet om barnets beste er dermed nedfelt på generelt grunnlag gjennom § 104.¹⁸

Barn er selvsagt beskyttet av de grunnleggende menneskerettigheter. Disse kan vi finne i FNs verdenserklæring om menneskerettigheter fra 1948, i tillegg til at de kommer til uttrykk i flere andre konvensjoner, eksempelvis Den europeiske menneskerettighetskonvensjon fra 1950. Dette er generelle menneskerettighetskonvensjoner som gjelder alle mennesker.¹⁹ EMK har sin egen tilhørende domstol, Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD), hvilket behandler individuelle klager fra enkeltpersoner i medlemslandene.²⁰

Ettersom barn har et særskilt behov for vern, ble det i 1989 utviklet en egen konvensjon for barn. FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) er derfor en gruppespesifikk menneskerettighetskonvensjon ettersom den kun retter seg mot barn, jf. art. 2. Den går videre enn de generelle menneskerettighetskonvensjonene, og den tydeliggjør barnets stilling og deres særskilte behov for vern og omsorg.²¹ Barnekonvensjonen har meget bred tilslutning, da det kun er USA som ikke har ratifisert den.²² Videre har konvensjonen et eget overvåkningsorgan, FNs barnekomité, som fører tilsyn med statenes etterlevelse av konvensjonen. Barnekomiteen gir anbefalinger til den enkelte stat basert på rapporter fra medlemslandene, i tillegg til informasjon fra det sivile samfunn og andre FN-organ.²³

2.2 Retten til beskyttelse mot vold, overgrep og utnyttelse

Barnekonvensjonen inneholder en rekke bestemmelser som gir barn særskilt beskyttelse. Av de mest sentrale og grunnleggende rettighetene barn har, er retten til beskyttelse mot alle former for vold, overgrep og utnyttelse.

¹⁷ Grl. kap E.

¹⁸ Dok. 16 (2011-2012) s. 192

¹⁹ Smith (2016) s. 17

²⁰ ECHR (udatert)

²¹ Smith (2016) s. 17

²² FN (2018)

²³ Smith (2016) s. 22

2.2.1 Vernet mot vold og overgrep

Retten er nedfelt i Bk. art. 19 nr.1 og bl. § 30 tredje ledd.

Konvensjonsbestemmelsen gir vern mot alle former for overgrep, herunder fysisk og psykisk vold, omsorgssvikt, misbruk og utnyttelse fra de som har omsorgen for barnet. Bestemmelsen i Barneloven er tilnærmet lik og skal beskytte barn mot vold eller annen behandling som kan skade deres fysiske eller psykiske helse. Seksuelle overgrep omfattes også av forbudet.²⁴ Forbudet i barneloven retter seg direkte mot de som har foreldreansvaret for barnet, ut ifra plasseringen av § 30.

Hvor terskelen ligger for hva som er «vold», har vært gjenstand for mye diskusjon. Barnekomiteen uttaler imidlertid i sin generelle kommentar nr. 13 fra 2011 avsnitt 22 at «fysisk vold» omfatter ”(a) *All corporal punishment and all other forms of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment ; and (b) Physical bullying and hazing by adults and by other children.*”.²⁵ Komiteen slår med dette fast at enhver form for fysisk maktanvendelse omfattes, slik som ris og annen avstraffelse av barn. Dette følger uttrykkelig av bl. § 30 tredje ledd annet punktum hvor oppdragervold er gjort forbudt.

Videre definerer komiteen «psykisk vold» til å være psykologisk mishandling eller misbruk, verbalt overgrep eller emosjonelt misbruk eller forsømmelse.

Barn har også et tilleggsvern mot vold i straffeloven av 2005. Kap. 25 om voldslovbrudd innehar bestemmelser om kroppskrenkelser og kroppsskader, hvilket også gjelder for barn. Det er på det rene at terskelen for vold ikke er særskilt høy her.²⁶

Seksuelt misbruk nevnes spesifikt i Bk art. 19, og gir derfor barn bred beskyttelse mot seksuelle overgrep. Barnekomiteen har uttalt at dette omfatter lokking til skadelig seksuell aktivitet, seksuell utnyttelse til kommersielle formål, barneprostitusjon og bruk av seksuelle lydopptak eller bilder.²⁷

2.2.2 Vernet mot seksuell utnyttelse

Barnekonvensjonens art. 34 forplikter statene til å verne barn mot alle former for seksuell utnyttelse og misbruk. Plikten gjelder uavhengig av hvem som er overgriper, til forskjell fra art. 19 som dreier seg om overgrep fra omsorgspersoner.

²⁴ Sandberg (2018) Note 75

²⁵ Hennum (2016) s. 331

²⁶ *ibid* s. 335

²⁷ FN's Barnekomité no. 13 (2011) s. 10

Bestemmelsen nevner tre konkrete områder statene er forpliktet til å iverksette tiltak mot, hvilket er ulovlig seksuell virksomhet, pornografi og prostitusjon. Komiteen har oppfordret alle stater til å innføre en seksuell lavalder, hvilket i Norge er 16 år. Ved fastsettelse av seksuell lavalder, gjøres det klart at personer under denne alderen ikke har samtykkekompetanse til seksuell omgang.²⁸

Barneloven har ingen tilsvarende bestemmelse, foruten ovennevnte § 30 tredje ledd. Seksuelle overgrep reguleres derimot på generelt grunnlag av straffelovens ulike bestemmelser.

2.3 Hensynet til barnets beste

Barn har ikke bare et eksplisitt krav på beskyttelse mot vold og overgrep (pkt. 2.2). Det har en rett til at alle avgjørelser og vurderinger, samvær inkludert, skal rette seg etter det som er best for det enkelte barn.

Hensynet til barnets beste er et grunnleggende rettsprinsipp innen barneretten, og er utviklet i både nasjonale og internasjonale rettskilder. Prinsippet er ett av fire generelle prinsipper i Barnekonvensjonen og er således en av konvensjonens kjerneverdier. Dette betyr at prinsippet skal integreres i gjennomføringen av alle de andre konvensjonsrettighetene, samtidig som det er en selvstendig rettighet. Barnets beste skal videre være et grunnleggende hensyn i alle vurderinger som berører barn. Barnekomiteen presiserer at med «barn» omfattes det enkelte barn, barn som gruppe samt barn generelt.²⁹ Bakgrunnen for prinsippet er barns særlige sårbare stilling og behov for omsorg. Barn er avhengige av de voksne, i tillegg til at barns fysiske og mentale modenhet tilsier ekstra beskyttelse og rettslig fokus.³⁰

Prinsippet om barnets beste er nedfelt i Bk. art. 3, Grl. § 104 annet ledd og bl. § 48. Barnelovens bestemmelse skiller seg noe fra de to førstnevnte ved at den er mer konkret i sin ordlyd. I bl. § 48 annet ledd presiseres at det i vurderingen skal tas hensyn til at barnet ikke må utsettes for vold eller annen behandling som kan skade barnets fysiske eller psykiske helse. Bestemmelsen er således sammenfallende med bl. § 30 tredje ledd om vold, jf. pkt. 2.2.1 over.

Et spørsmål har videre vært hvor stor vekt prinsippet skal ha og om det skal være *det* eneste hensyn i avgjørelser som berører barn. Barnekomiteen har i sin General comment no. 13 uttalt at «The right of children to have their best interests be a primary consideration... must be respected, especially when they are victims of violence,».³¹ Videre følger at prinsippet skal ha

²⁸ Hennum (2016) s. 345- 346

²⁹ FN's Barnekomité no. 14 (2013) avsnitt 19

³⁰ Haugli (2016) s. 51

³¹ FN's Barnekomité no. 13 (2011) s. 3

høy prioritet og at det ikke bare skal være ett av mange hensyn. Dersom andre hensyn skal kunne gå foran, må det foretas en vurdering av hvor sterkt dette griper inn i hensynet til barnets beste.³²

Lønning-utvalget uttalte i arbeidet med grunnlovsrevisjonen at vekten av hensynet varierer «.. alt etter hvor sterkt berørt barnet er, og hvor alvorlig beslutningen er for barnet.». Likevel presiserer utvalget at i saker angående samvær bør hensynet til barnets interesser veie tungt.³³

Det finnes ingen særskilte bestemmelser om barns rettigheter i EMK, men EMD har imidlertid innfortolket prinsippet om barnets beste inn i forholdsmessighetsvurderingen i EMK art. 8 nr. 2 om retten til privatliv.

Det må gjøres en konkret helhetsvurdering av hva som er det beste for barnet. Typiske momenter vil være barnets eget synspunkt, dets alder, kjønn og religion, trygghet og trivsel, samt tilknytning til menneskene og miljøet rundt det mv.³⁴

2.4 Retten til å bli hørt

Barn har en grunnleggende rett til å komme til orde i saker som angår dem selv. Barn er sårbare og avhengig av beskyttelse som det blant annet får gjennom prinsippet om barnets beste. Det har likevel vært et fokus gjennom historien å anerkjenne barn som selvstendige individer og innehavere av rettigheter. Barn skal få ta del i spørsmål og gis mulighet til å påvirke avgjørelser som har betydning for dem. Det er derfor ikke tvilsomt at retten gjelder i foreldretvister om samvær. Retten til å bli hørt er helt sentral for å kunne vise barn respekt og ivareta deres verdighet og integritet. Det må dog presiseres at barnet har en rett, men ingen plikt til å uttale seg.³⁵

Retten til å bli hørt er nedfelt i Bk. art 12, Grl. § 104 første ledd og bl. § 31. Uttrykket «å bli hørt» benyttes i alle disse rettsgrunnlagene, og har videre flere sider. Barnet gis først og fremst en rett til å uttale seg, men det har samtidig en rett til å bli lyttet til og krav på at dets mening tas til vurdering. Det følger av Bk. art. 12 nr. 1 at barnets mening skal tillegges «behørig vekt» i samsvar med dets alder og modenhet. I barnekomiteens General comment no. 12 slås det fast at det å kun lytte til barnet vil være utilstrekkelig. Barnets synspunkter skal tas

³² FN's Barnekomité no. 14 (2013) avsnitt 36-40

³³ Dok. 16 (2011-2012) s. 192

³⁴ Haugli (2016) s. 58-60

³⁵ Sandberg (2016) s. 92

hensyn til og bli tatt på alvor.³⁶ Barn får således en medbestemmelsesrett. Det er imidlertid ingen av rettsgrunnlagene som går så langt at de gir barn selvbestemmelsesrett, herunder en rett å treffe selvstendige beslutninger.³⁷

Videre følger det implisitt av retten til å bli hørt at barn også har krav på å få informasjon. Noe annet ville gjort retten til å uttrykke seg, innholdsløs. Informasjonen må tilpasses barnets modenhet, og skal formidles på en slik måte at barnet forstår.³⁸

Barnekonvensjonens art. 12 nr.1 krever at synspunktene skal tillegges behørig vekt i «samsvar med barnets alder og modenhet», dog angis ingen nedre aldersgrense for når retten til å bli hørt inntreffer. Barnekomiteen³⁹ uttaler at barns forståelsesnivå avhenger av mer enn alder, eksempelvis barns erfaring, opplysning og veiledning, samt dets kultur og miljø. Det gjøres derfor klart at alder ikke alene vil være avgjørende for hvilken betydning og vekt barnets mening skal få.

Barnelovens § 31 første ledd samsvarer med konvensjonen når den fastslår at barn som er i stand til å danne egne synspunkt skal høres i avgjørelser som angår dem. Barneloven går likevel videre enn både barnekonvensjonen og Grunnloven når den oppstiller en konkret aldersgrense i annet ledd. Der fastslås det at et barn som er fylt 7 år har rett til å få informasjon og til å uttale seg. Tilsvarende gjelder for yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt. Denne nedre aldersgrensen kom inn ved lovendring i 2003, nettopp for å tydeliggjøre at også yngre barn har rett til å gi uttrykk for sitt syn.⁴⁰ Det presiseres videre i annet punktum, og i tråd med barnekonvensjonen, at barnets mening skal vektlegges etter dets alder og modningsnivå. Av Prop. 85 L fremgår det at barnets mening ikke nødvendigvis skal være utslagsgivende, men at uttalelsene skal tas i betraktning. Foreldre eller en dommer som skal ta stilling til en eventuell samværsordning, kan med andre ord vektlegge andre hensyn tyngre. Det går dog klart frem av tredje punktum at barnets uttalelser skal vektlegges i stor grad dersom barnet er fylt 12 år. Det skal dermed sterke grunner til for ikke å følge barnets mening når det har passert denne alderen.⁴¹ Barnets synspunkt på bosted og samvær har således blitt styrket i lovgivningen de senere årene, og synes å ha en økende betydning i de konkrete avgjørelser.

³⁶ FN's Barnekomité no. 12 (2009) s. 8

³⁷ Sandberg (2016) s. 93

³⁸ *ibid* s. 116-117

³⁹ FN's Barnekomité no. 12 (2009) s. 8

⁴⁰ Sandberg (2018) note 79A

⁴¹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 35-36

Dersom barnet ikke skulle ha noen mening vedrørende et konkret spørsmål, vil barnet uansett kunne ha verdifull informasjon å komme med. Det fremheves derfor i forarbeidene til barneloven⁴² at å høre barnet likevel vil kunne opplyse saken og gi et bedre beslutningsgrunnlag.

Barnets rett til å bli hørt er så grunnleggende at det vil være en saksbehandlingsfeil dersom et barn som er fylt 7 år, og også yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt, ikke får mulighet til å uttale seg og bli lyttet til. En slik saksbehandlingsfeil kan føre til opphevelse av den rettslige avgjørelsen.⁴³ Dommeren kan selv høre barnet, han eller hun kan la seg bistå av en sakkyndig eller overlate høringen til sakkyndig alene.⁴⁴ Bruk av sakkyndig er særlig aktuelt ved høring av de yngste barna.⁴⁵

2.5 Retten til respekt for privatliv og familieliv

Det følger av EMK art. 8 at «enhver» har rett til respekt for sitt «privatliv og familieliv[...]». Dette innebærer at både barn og foreldre er vernet av denne bestemmelsen. Et inngrep i barnets rett til familieliv i samværssaker med mistanke om seksuelle overgrep, vil være begrunnet i hensynet til barnet selv. Det er derimot inngrep i foreldrenes rettighet som skaper utfordringer.

Tilsvarende rettighet er i dag grunnlovsfestet i Grl. § 102 første ledd. Lovgiver benytter i likhet med EMK begrepet «respekt» for sitt privatliv og familieliv, hvilket indikerer at dette er ment å være selvstendige og individuelle rettigheter som kan etterprøves av domstolene.⁴⁶ Høyesterett presiserer videre i Rt. 2015 s. 93 at Grunnloven skal tolkes i lys av de internasjonale konvensjonene vi har forpliktet oss til. Samtidig er retten klar på at det er Høyesterett «[...] som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser», og ikke de internasjonale håndhevingsorganene.⁴⁷

EMD uttaler i sine retningslinjer⁴⁸ til EMK art. 8 at i begrepet «familieliv» omfattes blant annet «The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life [...]». Det presiseres at rettigheten består selv etter et eventuelt samlivsbrudd. Det å ha samvær med barnet vil derfor inngå som en del av «familielivet».

⁴² Prop 85 L (2012-2013) s. 35

⁴³ ibid s. 35

⁴⁴ BI § 61 nr. 4

⁴⁵ Barne- og likestillingsdepartementet (2004) s. 40

⁴⁶ Kierulf (2015) Note 239A3

⁴⁷ Rt. 2015 s.93, i avsn. 57

⁴⁸ Guide on article 8 ECHR (2018) s. 50

Dersom det fastsettes at det ikke skal være samvær, eller at samvær skal gjennomføres med tilsyn (pkt. 4.6-4.7), vil dette være et inngrep i foreldrenes rett til familieliv. Et slikt inngrep kan unntaksvis legitimeres dersom det har hjemmel i lov og det er «nødvendig i et demokratisk samfunn» for eksempelvis å «[...] beskytte andres rettigheter og friheter.».⁴⁹

Det er på det rene at bl. § 43 første ledd er tilstrekkelig lovhjemmel for inngrep i samværsretten og retten til familieliv etter EMK. Videre vil også nødvendighetskravet kunne være oppfylt, da det må ansees som helt nødvendig å gripe inn i samværsordningene og beskytte barn mot seksuelle overgrep dersom det legges til grunn en fare for det. EMD har imidlertid presisert at begrepet «nødvendig» ikke er ensbetydende med uunnværlig, men likevel at et inngrep må være mer enn ønskelig.⁵⁰ Det må kunne slås fast at å gripe inn i retten til familieliv for å hindre seksuelle overgrep mot barn er langt mer enn ønskelig.

Domstolen må videre gjøre en forholdsmessighetsvurdering og ta stilling til om det er rimelig at samvær ikke fastsettes i et hele tatt eller at det fastsettes samvær med tilsyn. Et slikt inngrep i samværsretten og familielivet vil måtte være rimelig i forhold til sannsynligheten av de alvorlige anklagene om seksuelle overgrep. Domstolen må således gjøre en konkret vurdering som blant annet tar utgangspunkt i risikovurderingen og sannsynligheten for fremtidige overgrep, se pkt. 4.3 nedenfor.

Hensynet til å beskytte barnet mot vold og overgrep er trolig å anse som et overordnet hensyn etter menneskerettighetene (pkt. 2.2), og som kan gjøre at retten til familieliv må vike. Professor Mons Oppedal understreker imidlertid viktigheten av foreldre og barns rett til familieliv og samvær, og at domstolen derfor innenfor de rammer som beskyttelsesretten krever, finner løsninger som også ivaretar disse hensynene. I noen tilfeller vil derfor samvær med tilsyn kunne være en god løsning som gir barnet tilstrekkelig beskyttelse, samtidig som retten til familieliv ivaretas.⁵¹

Norge har blitt dømt for brudd på EMK art. 8 i en samværssak, i *Sanchez Cardenas v. Norway*. Bostedsforelder hadde i denne saken anmeldt samværsforelder, her far, for seksuelle overgrep mot sønnen på 8 år, men saken endte med henleggelse. Risikoen for seksuelle overgrep ble likevel et tema i foreldretvisten i lagmannsretten, og det er her EMD mener retten til familieliv blir krenket.

⁴⁹ EMK art. 8 Nr. 2

⁵⁰ *Silver and Others v. The UK* para. 97

⁵¹ Oppedal (2008) s. 115

Selv om straffesaken ble henlagt av statsadvokaten, gjør lagmannsretten likevel en vurdering av risikoen for seksuelle overgrep. Lagmannsretten uttaler at «[...] det etter lagmannsrettens syn [er] mye som kan tyde på at overgrep har funnet sted. Lagmannsretten har likevel for sin avgjørelse ikke funnet det nødvendig å gå nærmere inn på dette eller å ta stilling til det.».⁵² Dette er uttalelser som samværsforelderens mente ga en bekreftelse på mistankene om at han hadde utsatt sønnen for seksuelle overgrep, og som derfor utgjorde en krenkelse av retten til familieliv etter EMK art. 8. Samværsforelderens hevdet at han som følge av å bli stemplet som overgriper hadde fått alvorlige psykiske og sosiale problemer.⁵³

EMD fastslår at uttalelsene fra lagmannsretten utgjorde et inngrep i EMK art. 8 nr. 1, og vurderte videre hvorvidt inngrepet kunne legitimeres etter unntakene i art. 8 nr. 2. Domstolen mente at inngrepet hadde tilstrekkelig hjemmel i lov og at uttalelsene hadde et legitimt formål, herunder å beskytte barnets rettigheter. EMD kom imidlertid til at uttalelsene ikke var nødvendige, da straffesaken var henlagt og dette forholdet ikke hadde noen betydning for lagmannsretten avgjørelse. Domstolen mente at lagmannsretten burde ha fullført behandlingen av overgrepsanklagene og således foretatt en bevisvurdering, eller at retten burde latt være å gå inn i problemstillingen overhodet.⁵⁴

⁵² LG-2001-1349

⁵³ Sanchez Cardenas v. Norway para. 31

⁵⁴ ibid para. 35-39

3 Aktuelle rettslige emner

3.1 Samværsrett etter barneloven

3.1.1 Innledning

Det at foreldre og barn har en samværsrett innebærer at de har en lovfestet rett til å omgås hverandre. Bostedsforelderen omgås naturligvis barnet i det forelderen har barnet boende hos seg, slik at det vil være samværsforelderen som har samværsrett. Barnet har samværsrett med begge foreldrene. Samværsinstituttet er et resultat av en tankegang om at forholdet mellom barn og foreldre skal ivaretas selv om de ikke bor sammen. Dette er i tråd med det biologiske prinsipp, hvilket bygger på at relasjonen mellom barnet og dets biologiske opphav har en egenverdi som må respekteres og beskyttes. Det beste for barnet er å vokse opp med sine biologiske foreldre.⁵⁵

Samvær er helt vesentlig for at barnet og samværsforelder skal kunne opprettholde forholdet etter et samlivsbrudd. I Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) sies det uttrykkelig at målet med samvær er at barnet «.. til tross for samlivsbruddet, kan opprettholde og utvikle god kontakt med begge sine foreldre».⁵⁶ Ikke minst er samvær et viktig institutt i de tilfeller hvor barn og forelder er ukjente for hverandre og derfor trenger å etablere og utvikle en relasjon.

3.1.2 Barnets rett til samvær

Barn har en lovfestet rett til samvær med begge foreldrene, jf. bl. § 42 første ledd. Denne samværsretten er også beskyttet i Bk art. 9 nr. 3. Retten til samvær gjelder uavhengig om foreldrene bor hver for seg, og hvordan samlivsformen har vært siden barnet ble født. Selv om et barn og en forelder ikke har bodd sammen tidligere, vil barnet likevel ha rett til samvær med denne forelderen. Barnets foreldre har i tillegg et gjensidig ansvar for at samværsretten oppfylles, jf. § 42 første ledd. I forarbeidene⁵⁷ presiseres det at «[...] det normalt vil være til barnets beste med størst mulig kontakt med begge foreldre etter et samlivsbrudd, og det er viktig at foreldrene bidrar til å legge forholdene til rette for dette.».

Barn er imidlertid ikke en selvstendig part i en samværskonflikt, slik at det er avskåret fra å kreve retten til samvær gjennomført ved dom eller tvangsfullbyrdelse.⁵⁸ Barnet er således avhengig av foreldrenes vilje for å få samværsretten gjennomført, hvilket gjør rettigheten noe

⁵⁵ Bendiksen (2018) s. 142-143

⁵⁶ Ot.prp.nr.104 (2008–2009) s. 6

⁵⁷ NOU 2008: 9 s. 61-62

⁵⁸ Sandberg (2018) note 111

svakere. Et barn har likevel en rett til å uttale seg i saker som angår det, jf. pkt. 2.4 over, og synspunktene skal vektlegges i tråd med dets alder og modenhet.⁵⁹

3.1.3 Samværsforelderens rett til samvær

Den klare hovedregel er at den av foreldrene som barnet ikke bor sammen med har en lovfestet rett til samvær. Dette fremgår av bl. § 43 første ledd, første punktum. Dette gjelder som et utgangspunkt, slik at rettigheten bortfaller hvis det er avtalt eller fastsatt noe annet. Foreldrene kan selv inngå avtale eller domstolen kan fastsette ved dom at det ikke skal være samvær.⁶⁰

Foreldres rett til samvær står svært sterkt. I motsetning til barnets rett kan deres samværsrett fullbyrdes ved tvangsbót, jf. bl. § 65 annet ledd. Dette innebærer at det fastsettes en stående bót som påløper med et nytt beløp hver gang bostedsforelder hindrer samvær. Tvangsbóten skal således fungere som et pressmiddel og settes til et nokså høyt beløp. Dette skal imidlertid ikke gå utover evnen til å dekke familiens livsopphold.⁶¹

Det presiseres at samværsforelderens har en samværsrett, og ingen samværsplikt. Således kan ikke samværsretten tvangsfullbyrdes overfor den samværsberettigede. Dersom samværsforelderens ikke følger opp samværet og gjør bruk av retten, kan konsekvensen bli at samværsretten reduseres eller fratas.⁶²

Forelderens rett til samvær gjelder imidlertid ikke absolutt. Dersom det ikke er til det beste for barnet skal retten avgjøre at det ikke skal være samvær, jf. bl. § 43 første ledd, tredje punktum. Dette drøftes nærmere i kap. 4.

3.2 Ulike beviskrav

En rettssak om samvær er en sivilrettslig sak, hvilket betyr at det foreligger tvist mellom to motstridende, private parter. En rettssak om seksuelle overgrep mot barn vil derimot vanligvis være en straffesak. I dette tilfellet vil påtalemyndighet og siktede være sakens parter.

Særlige hensyn gjør seg gjeldende for de samværsaker som omhandler seksuelle overgrep mot barn. Dette fordi det dreier seg om svært alvorlige handlinger, samt at det gripes inn i menneskers privatliv og familieliv. Det kan få alvorlige konsekvenser dersom avgjørelsene i slike saker viser seg å være feilaktig.

⁵⁹ Bendiksen (2018) s. 85

⁶⁰ *ibid* s. 142

⁶¹ *ibid* s. 155

⁶² Sandberg (2018) note 115

Det gjelder ulike beviskrav i sivile saker og straffesaker. Beviskravet «[...] angir hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for at et faktum skal legges til grunn [...]».⁶³ I sivile saker, herunder samværssaker, er hovedregelen at det kreves sannsynlighetsovervekt, således legges det faktum som fremstår mest sannsynlig til grunn. Det kreves dermed mer enn 50 % sannsynlighet for et av alternativene. Beviskravet knyttes derfor til begrepet «overvektsprinsippet».⁶⁴ Bakgrunnen for kravet er antakelsen om at det totalt vil fattes flest riktige avgjørelser slik.⁶⁵ Overvektsprinsippet skiller seg nokså markant fra beviskravet i straffesaker, hvor det kreves bevist utover enhver rimelig tvil at tiltalte er skyldig. Det kreves her tilnærmet sikkerhet før retten kan legge til grunn et faktum som medfører straff. Begrunnelsen for dette strenge beviskravet er ønsket om å unngå at uskyldige blir straffedømt. I sivile saker dreier det seg ikke om å straffe en tiltalt og partenens interesser er ofte direkte motstående, således vil ikke forannevnte hensyn gjøre seg gjeldende i samme grad.⁶⁶

Disse ulike beviskravene kan føre til at en forelder blir frikjent for seksuelle overgrep i en straffesak, men som likevel blir fradømt samværsretten i påfølgende samværssak. Dette fordi det fremstår som mer sannsynlig at overgrep har skjedd enn at det ikke har skjedd, men hvor det ikke er tilnærmet sikkert og derfor ikke nok til å straffedømme, jf. ovenfor.

3.3 Frifinnelse og henleggelse

Ikke så rent sjeldent blir påstander om seksuelle overgrep avist og henlagt av politiet. Påtalemyndigheten beslutter i disse tilfellene å frafalle tiltale eller utferdige forelegg for å få behandlet saken i domstolen. Dette kan gjøres av flere grunner, dog er henleggelse på grunnlag av bevisets stilling en av de mer vanlige i volds- og overgrepssaker. I dette ligger at påtalemyndigheten mangler bevis eller ikke finner bevisene tilstrekkelig gode til å få den siktede dømt i domstolen. En henleggelse besluttet således på etterforskningsstadiet.

Andre henleggelsesgrunner vil typisk være foreldelse eller at påtalemyndigheten ikke finner forholdet straffbart, samt manglende kapasitet hos politiet.⁶⁷

Det fremgår av Strpl. § 59 a at en henleggelse kan påklages til nærmeste overordnede påtalemyndighet. Videre kan en sak henlagt på grunnlag av bevisets stilling gjenopptas dersom det senere oppdages bevis av vekt, jf. Strpl. § 74 første ledd.

⁶³ Strandbakken (2003) s. 58

⁶⁴ Hov (2017) s. 249

⁶⁵ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 24

⁶⁶ Andenæs (2014) s. 160-161

⁶⁷ ibid s. 340-341

En frifinnenende dom innebærer derimot at tiltalte ikke dømmes for det forhold han er tiltalt for. Her finnes likheter til henleggelse i den forstand at ingen straffedømmes i noen av tilfellene. En frifinnelse vil i motsetning til henleggelse, være resultatet av en domsavsigelse. En dom som frifinner en forelder mistenkt for seksuelle overgrep mot sitt barn, vil være en rettskraftig avgjørelse.

I henhold til de ulike beviskravene over (pkt.3.2), vil ikke en frifinnelse i eller henleggelse av straffesak være ensbetydende med at overgrep ikke har funnet sted. Dette er et særdeles viktig moment å ha i bakhodet i etterfølgende samværssak.

3.4 «In dubio pro reo» - Uskyldspresumsjonen

Uskyldspresumsjonen er et grunnleggende rettsprinsipp innenfor strafferetten og fremgår blant annet av EMK art. 6 nr. 2 og FNs Verdenserklæring art. 11 nr. 1. Prinsippet er nå også grunnlovsfestet i Grl. § 96 annet ledd. Prinsippet innebærer at enhver har krav på å bli ansett som uskyldig inntil man måtte være endelig domfelt i en straffesak. Det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden i straffesaker og som derfor må fremlegge bevis for straffeskyld.⁶⁸ Prinsippet kan også sies å ha gjort seg utslag i rettssikkerhetsidealet om at «enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode». Bakgrunnen for prinsippet er tanken om at konsekvensene av en uriktig, fellende dom er større enn ved en uriktig frifinnelse. Samfunnet er bedre tjent med at en skyldig går fri, enn at uskyldige dømmes.⁶⁹

Prinsippet inneholder imidlertid flere elementer. I tillegg til at enhver har krav på å bli behandlet som uskyldig inntil fellende dom foreligger, har enhver et krav på tilsvarende omtale. Uskyldspresumsjonen gir dermed også et vern mot etterfølgende ytringer som er egnet til å så tvil om en strafferettslig frikjennelse. Dette gjelder uavhengig av om det er en frifinnelsesdom eller en henlagt sak. Prinsippet verner videre mot uttalelser både fra offentlige myndigheter og massemedia. Et bakenforliggende hensyn her er selvsagt personvernet.⁷⁰

Avgjørelsen i en straffesak er ikke bindene for en sivil tvist, men selve begrunnelsen i avgjørelsen kan komme i konflikt med uskyldspresumsjonen. Dette medfører at i en etterfølgende sivil sak, eksempelvis en samværssak, må domstolen forsøke å ordlegge seg på en slik måte at den ikke bryter med uskyldspresumsjonen. Domstolen må derfor ikke gå lenger enn nødvendig. Denne problematikken har i norsk rett gjerne vært fremme i forbindelse med saker om erstatningsansvar for handlinger man er strafferettslig frifunnet for.⁷¹ Tilsvarende problemstil-

⁶⁸ Andenæs (2016) s. 14

⁶⁹ Dok. 16 (2011-2012) s. 129

⁷⁰ Strandbakken (2003) s. 32-33

⁷¹ Dok. 16 (2011-2012) s. 129

ling møter en i samværssaker med påstander om seksuelle overgrep. EMK art. 6 nr. 2 er således ikke til hinder for at en frikjent forelder i forutgående straffesak blir fratatt samværet i påfølgende samværssak, dersom begrunnelsen for resultatet ikke skaper tvil om frikjennelsen, jf. Ringvold v. Norway. I den påfølgende samværssak vil dette særlig komme på spissen ved domstolens konkrete risikovurdering (pkt. 4.3), hvor domstolen derfor må være svært påpasselig i sin formulering.

Dette har tydelig vært utfordrende for norske domstoler, da Norge flere ganger er domfelt i EMD for krenkelse av uskyldspresumsjonen.⁷² At det er mulig å ivareta uskyldspresumsjonen er likevel helt klart, og senest i juni 2018 ble Norge frikjent av EMD i saken A v. Norway.⁷³

⁷² Ringvold v. Norway, Hammern v. Norway, Orr v. Norway

⁷³ A v. Norway

4 Intet samvær eller samvær med tilsyn

4.1 Innledning

Denne oppgaven fokuserer på de tilfeller hvor det foreligger frifinnelse for eller henleggelse av overgrepssanklager. Dette utelukker imidlertid ikke at overgrep kan ha skjedd. Blir derimot resultatet i straffesaken at tiltalte finnes skyldig i anklagene, medfører likevel ikke dette at samvær mellom barn og forelder avskjæres uten videre. I de fleste tilfeller vil trolig dette bli resultatet, men en forelder har krav på at domstolene tar stilling til samværsspørsmålet likevel. Uavhengig av om forelderen blir funnet skyldig, vil det avgjørende vilkåret for samvær være «barnets beste».⁷⁴

Det følger av bl. § 43 første og annet ledd at samvær og dets omfang i utgangspunktet skal avtales mellom foreldrene. Dersom foreldrene ikke kommer til enighet har de rett til å reise sak for retten.⁷⁵

Domstolen har også mulighet til å fatte midlertidige avgjørelser i påvente av avgjørelse i den ordinære samværssaken.⁷⁶ Dette er selvsagt av forsiktighetsgrunner, og ønsket om å beskytte barnet mot eventuelle overgrep frem til en avgjørelse om samvær foreligger. Slik avgjørelse kan fattes dersom en av partene krever det og det foreligger risiko for seksuelle overgrep. Domstolens avgjørelse kan videre gjelde for en bestemt periode eller inntil saken er rettskraftig avgjort.⁷⁷

Samvær er som nevnt ingen absolutt rettighet for foreldre. Dersom det ikke er til det beste for barnet må domstolene fastsette at det ikke skal være samvær.⁷⁸ Retten vil her gjøre en konkret vurdering hvor det blant annet skal legges vekt på hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt, barnets alder og egen mening, dets tilknytning til nærmiljøet, reiseavstand mellom foreldrene og hensynet til barnet ellers.⁷⁹ Andre forhold kan selvsagt også vektlegges, herunder kan konfliktnivået mellom partene, barnets forhold til hver av foreldrene, foreldrenes omsorgsevne og egenskaper nevnes.⁸⁰ Det er imidlertid hensynet til hvert enkelt barn som skal

⁷⁴ Bl § 43 1.ledd

⁷⁵ Bl § 56

⁷⁶ Bl § 60

⁷⁷ Bendiksen (2018) s. 159-160

⁷⁸ Bl § 43 1.ledd

⁷⁹ Bl § 43 2. ledd

⁸⁰ Bendiksen (2018) s. 144

være hovedfokuset og ikke hensynet til en rettferdig fordeling av samværstid mellom foreldrene.⁸¹

Det fremgår videre av bl. § 43 tredje ledd at det kan settes vilkår for samværet. Dette kan blant annet dreie seg om tilsyn, regulering av tidspunkt og sted, samt kurs og veiledning for samværsforelderens.⁸² Bruk av tilsyn som vilkår for samvær er særlig aktuelt i tilfeller hvor det foreligger mistanker om seksuelle overgrep, for å sikre barnets rett til beskyttelse. Andre vilkår vil derfor ikke drøftes i denne oppgaven.

Personen som skal føre tilsyn under samværet kan utpekes av foreldrene selv eller av domstolen, såkalt privat tilsyn.⁸³ I tillegg følger det av bl. § 43a første ledd at domstolen i særlige tilfeller og der barnets behov tilsier det, kan pålegge barnevernet eller departementet å oppnevne en tilsynsperson. Det fremgår av forarbeidene⁸⁴ at dette begrenses til tilfeller hvor det antas å være gunstig for barnet med et visst samvær, men hvor tilsyn likevel er en nødvendig forutsetning.

Videre kan retten pålegge at tilsynet skal skje som «støttet» eller «beskyttet» tilsyn. Førstnevnte tilsyn er aktuelt i tilfeller hvor det ikke er behov for konstant overvåkning under samværet, og skal fungere som veiledning og støtte for samværsforelderens og barnet. Denne varianten er særlig ment for saker hvor det er en vedvarende konflikt mellom foreldrene, samt ved kontaktetablering mellom barn og samværsforelder. Støttet tilsyn er således en mindre omfattende og mer fleksibel form for tilsyn, og skal ikke benyttes i tilfeller hvor barnet har behov for beskyttelse.⁸⁵

Ved «beskyttet tilsyn» blir derimot barnet og samværsforelder overvåket under hele samværet, slik at barnet skal føle seg ivaretatt og trygg på situasjonen. I samværssaker med overgrepssanklager som ikke er funnet bevist, kan derfor beskyttet tilsyn være et virkemiddel for å sikre barnets trygghet, og en mulig løsning på samværskonflikten.⁸⁶ Oppgaven er derfor videre begrenset til beskyttet tilsyn, ettersom barnets sikkerhet i disse alvorlige samværssakene kan avhenge av at samværet overvåkes kontinuerlig.

⁸¹ Ot.prp.nr.103 (2004–2005) s. 55

⁸² Sandberg (2018) Note 122

⁸³ Bl § 43 3.ledd

⁸⁴ Ot.prp.nr.103 (2004–2005) s. 55

⁸⁵ Prop. 85 L (2012-2013) s. 53-54

⁸⁶ Sandberg (2018) Note 126B

Samværssaker med mistanker om seksuelle overgrep er svært utfordrende og byr på komplekse vurderinger. Den uklare bevissituasjonen som ofte foreligger her, skaper usikkerhet om hva som faktisk har skjedd og en frykt for barnets sikkerhet i fremtiden. Lovteksten er imidlertid klar og slår fast at det ikke skal være samvær, dersom det ikke er til barnets beste.

4.2 Det avgjørende kriterium om «barnets beste»

I avgjørelser om samvær vil det avgjørende kriterium være hva som er til det «[...] beste for barnet».⁸⁷ Loven sier uttrykkelig i § 43 første ledd tredje punktum at dersom det ikke er til det beste for barnet, skal det ikke fastsettes samvær. Det fremgår av forarbeidene⁸⁸ at dette vilkåret ble tilføyd i 2006 med særlig sikte på å beskytte barn mot overgrep. Dette fordi lovgiver ikke anså barna godt nok vernet etter dagjeldende lov. Vilkaåret er svært konkret og skjønnsmessig, og det må sees i sammenheng med bl. § 48 annet ledd. Etter denne bestemmelsen skal det ved avgjørelser om samvær tas hensyn til om barnet blir utsatt for vold, eller om den fysiske eller psykiske helsen på annen måte blir utsatt for skade eller fare. Dette ble tatt inn i loven uttrykkelig for å «[...] sikre at påstander om vold og overgrep blir tatt tilstrekkelig alvorlig[...]».⁸⁹

Vilkaåret i bl. § 43 første ledd, tredje punktum er av absolutt karakter. Dette innebærer at andre hensyn ikke får betydning dersom retten først kommer til at samvær ikke er til det beste for barnet. Hensynet til barnets beste er derfor mer enerådende ved fastsettelse av intet samvær etter bl. § 43 første ledd, enn etter hovedregelen om barnets beste i bl. § 48 første ledd. Etter denne skal avgjørelser om samvær «først og fremst» rette seg etter hva som best for barnet, slik at også andre hensyn vil kunne spille inn her.⁹⁰

Et slikt avgjørende vilkår om barnets beste er i tråd med Norges forpliktelser etter bk. art. 19 nr. 1 (pkt. 2.2.1), hvor det pålegges partene å ha nasjonal lovgivning som beskytter barn mot vold og overgrep. Når det skal tas en avgjørelse om hva som er det beste for barnet, er derfor domstolene forpliktet til å vektlegge at barn ikke skal utsettes for seksuelle overgrep.

4.3 Risikovurderingen

Det fremgår av forarbeidene⁹¹ at domstolene må gjøre en grundig vurdering av samværsspørsmålet i saker som reiser spørsmål om vold og overgrep. Domstolene må vurdere hvorvidt barnet har blitt utsatt for seksuelle overgrep, samt vurdere om det er fare for at eventuelle

⁸⁷ Bl § 43 1.ledd

⁸⁸ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 54

⁸⁹ ibid s. 30

⁹⁰ Backer (2008) s. 394

⁹¹ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 54

sannsynliggjorte overgrep kan gjenta seg i fremtiden. Domstolene vil i tillegg til selve overgrepsrisikoen måtte ta hensyn til de virkninger kontakt med overgriper kan ha på barnet.⁹² Slike risikovurderinger vil være svært utfordrende, ettersom det ofte vil være vanskelig eller tilnærmet umulig å vite om påstandene medfører riktighet. En uriktig påstand om seksuelle overgrep får store konsekvenser for parten den gjelder og barnet dersom den legges til grunn. Likeledes vil det være svært alvorlig dersom påstandene medfører riktighet og ikke blir lagt til grunn. Barnet vil dermed risikere fortsatte overgrep.

Lovgiver presiserer at det ikke kan legges vekt på enhver påstand om seksuelle overgrep, og at det må foreligge forhold som kan underbygge en slik anførsel. Det kreves derfor en «reell risiko» for at barnet utsettes for seksuelle overgrep hos en av foreldrene.⁹³ Dette er videre fulgt opp av Høyesterett, eksempelvis i Rt. 2014 s. 976. Her uttaler Høyesterett i avsnitt 48 at den «[...] forutsetter at det foreligger en reell risiko [...], og at det må foreligge konkrete forhold som underbygger frykten.». Denne saken dreide seg imidlertid om bortføring av et foreldrepars 3 år gamle datter, men Høyesterett viser til samme uttalelse i forarbeidene.

Når det så foreligger forhold som underbygger påstander om seksuelle overgrep, må domstolene ta stilling til sannsynligheten av dette. Barne- og likestillingsdepartementet mener at «Det kan ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at mistanke om vold og overgrep skal legges til grunn. Det vil også kunne være tilstrekkelig med en mindre grad enn 50 prosent sannsynlighet for at beviskravet kan anses oppfylt.»⁹⁴ Selv om en samværsforelder ikke blir funnet skyldig i forutgående straffesak om seksuelle overgrep, må domstolene likevel ta stilling til sannsynligheten for overgrep i samværsaken. Som redegjort for i pkt 3.2 over, vil det være et mindre strengt beviskrav i samværsaker. Dette er blant annet begrunnet i beskyttelseshensyn. Det er det sårbare barnet som står i fokus og som skal beskyttes mot nye seksuelle overgrep. Årsaken til begrensning i samværet gjennom beskyttet tilsyn eller at samvær nektes, er derfor ikke ønsket om å straffe samværsforelderen, men behovet for å sikre barns beskyttelse.

Det kommer klart frem i forarbeidene at sannsynlighetskravet vil avhenge av de konkrete omstendigheter i saken, og at det må sees hen til art og alvorlighetsgrad av de påståtte overgrep, samt personlige forhold hos de involverte. Dersom det dreier seg om risiko for svært alvorlige overgrep, vil det kunne medføre at terskelen for når beviskravet ansees oppfylt, blir lavere.⁹⁵

⁹² Oppedal (2008) s. 117

⁹³ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 56

⁹⁴ ibid s. 56

⁹⁵ ibid s. 56

Det er imidlertid viktig at beviskravet ikke senkes for lavt, og således går på bekostning av den anklagede samværsforelders rettssikkerhet. Et for lavt beviskrav vil kunne medføre at flere barn mister samværsretten og muligheten til å ha kontakt med begge foreldrene sine. Det kan derfor sies å være til barnets beste at terskelen for beviskravet verken bør være for høy eller for lav.

Høyesterett uttalte i Rt. 1989 s. 320 at «[...] det overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold», i en foreldretvist med mistanke om seksuelle overgrep.⁹⁶ Det samme synspunktet må kunne legges til grunn i samværssaker med tilsvarende risiko for overgrep.⁹⁷ Dette er i tråd med nyere forarbeider⁹⁸ hvor det presiseres at det ikke skal fastsettes samvær i de tilfeller der domstolen legger til grunn at det er fare for vold eller seksuelle overgrep. Tilsynsordninger skal også utelukkes.

Lovgiver understreker viktigheten av at disse sakene blir grundig og bredt vurdert, slik at avgjørelsesgrunnlaget blir forsvarlig. I samværssaker med påstander om seksuelle overgrep skal det derfor oppnevnes sakkyndige med særlig kompetanse på slike problemstillinger. I tillegg til dette presiseres nødvendigheten av en føre var-tankegang i disse saker, samtidig som det må stilles krav til en konkret «reell risiko» for overgrep.⁹⁹

4.4 De motstridende hensyn om barnets rett til beskyttelse og barnets rett til kontakt med begge foreldre

Domstolen står overfor vanskelige avveininger i samværssaker som innehar påstander om seksuelle overgrep. To sentrale hensyn som raskt kommer i konflikt med hverandre, er hensynet til barnets rett til å ha kontakt med begge foreldrene sine og dets rett til beskyttelse mot vold og overgrep. I de tilfeller hvor overgrepsanklagene ikke er klarlagt og funnet bevist, vil avveiningen mellom hensynene være spesielt utfordrende.

Etter bl. § 43 annet ledd, annet punktum skal det ved fastsettelsen av samvær legges vekt på hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt. Barnet har en rett til å ha kontakt og opprettholde forholdet til den forelder barnet ikke bor fast med. Hensynet er nært knyttet til det biologiske prinsipp, som bygger på tankegangen om at det er best for barn å vokse opp med sine biologiske foreldre og at barnet skal kjenne sitt opphav. Utfordringen ligger således her,

⁹⁶ Rt. 1989 s. 320, på s. 326

⁹⁷ Bendiksen (2018) s. 151

⁹⁸ Prop. 85 L (2012-2013) s. 6

⁹⁹ ibid s. 43-44

om dette skal være det viktigste hensyn i ethvert tilfelle, eller om hensynet til barnets sikkerhet skal veie tyngst.

Bestemmelsens ordlyd og uttrykket «best mulig samlet foreldrekontakt»¹⁰⁰ ble valgt for å unngå å legge føringer på samværsomfanget. Samtidig presiseres det i forarbeidene¹⁰¹ at foreldre oppfordres til å avtale mer samvær. I tillegg ønsket departementet økt fokus på individuell tilpasning, slik at samværsfastsettelsen skulle ha grunnlag i de subjektive forholdene og det konkrete barns behov. Når lovgiver benytter begrepet «best mulig» vil det forstås slik at barnet skal ha godt av å ha kontakt med begge foreldrene. Det er derfor en forutsetning at den samlede kontakten er til det beste for barnet, og at den ikke bør skje for enhver pris. Professor Trude Haugli tar til orde for denne forståelsen av begrepet, og uttaler at «best mulig» ikke er det samme som «mest mulig».¹⁰² Hun mener at det ikke er mengden kontakt mellom barn og forelder som er viktig, men at selve kontakten og relasjonen er av kvalitet.

Det presiseres videre i forarbeidene¹⁰³ at domstolene skal være svært varsomme med å tillegge hensynet til barnets kontakt med begge foreldre for stor vekt i saker med overgrepssproblematikk. En samværsforelder har en lovfestet rett til samvær med barnet,¹⁰⁴ samtidig som barnet vil ha krav på beskyttelse mot overgrep. Konflikten mellom disse rettighetene vil det være opp til domstolen å avgjøre, og etter forarbeidene bør det avgjørende være det individuelle barns behov og hva som er til dets beste.

4.4.1 Avveining av hensynene

I Prop. 85 L (2012-2013)¹⁰⁵ tar departementet til ordet for at hensynet til barnets sikkerhet er det hensynet som må tillegges størst vekt. Barns sikkerhet skal ikke måtte vike for å opprettholde relasjonen til samværsforelder, og heller ikke for å unngå negative og ødeleggende forestillinger om denne. Det vises videre til at ingen forskning inntil 2012 kunne vise at motsatt vektlegging ville være en bedre løsning. Et liv i stadig beredskap for mulige farer som seksuelle overgrep, blir en stor belastning for barnet både fysisk og psykisk. Hvis det skulle legges størst vekt på en slags «avmystifisering» av samværsforelder, ville dette kunne få skadelige konsekvenser for barnet. Departementets vurdering kan derfor sies å være nokså logisk og selvfølgelig. Likevel vil dette kunne bli en mindre selvfølgelig vurdering i praksis, ettersom risikoen for seksuelle overgrep (pkt.4.3) vil variere i hver enkelt sak.

¹⁰⁰ Bl. § 43 2. ledd, 3.pkt

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) kap. 3.7

¹⁰² Haugli (2011) s. 55

¹⁰³ Prop. 85 L (2012-2013) s. 42

¹⁰⁴ Bl. § 43 1.ledd

¹⁰⁵ Prop. 85 L (2012-2013) s. 42

Det klare utgangspunkt for Høyesterett er som nevnt over at det overhodet ikke kan tas noen risiko i samværsaker med overgrepsspåstander.¹⁰⁶ I avgjørelsen Rt. 1990 s. 239 ble dette fulgt opp, og Høyesteretts kjæremålsutvalg ønsket ikke å fastsette midlertidig samvær grunnet tvil om barnet faktisk hadde blitt utsatt for de påståtte overgrep. Avgjørelsen er således i tråd med den noe lave terskelen Høyesterett har satt som et utgangspunkt, ved at hensynet til barnets sikkerhet kommer fremst. Fra nyere tid vises til Rt. 2013 s. 1329 hvor far nektes samvær med sin fem år gamle datter. Her uttaler Høyesterett i avsnitt 48 at «Så lenge det ikke lar seg gjøre å avkrefte at det foreligger en risiko for overgrep, vil samvær medføre en åpenbar belastning for mor, og dermed også for D's omsorgssituasjon.».

I Rt. 2010 s.216 kom avveiningen ytterligere på spissen. I denne saken var Høyesterett av den oppfatning at hensynet til kontakten med begge foreldrene isolert sett tilsa at datteren på 7 år skulle bo fast hos far, og at det ikke kun skulle begrenses til samvær. Far var anmeldt for seksuelle overgrep mot datteren, men saken ble henlagt på grunnlag av bevisets stilling. Høyesterett kommer likevel til slutt til at «[...]hensynet til mest mulig samlet foreldrekontakt etter mitt syn ikke kan bli avgjørende...[Det] må vike til fordel for det som samlet sett vurderes å ville være den beste løsningen for barnet.»¹⁰⁷ I dette tilfellet fikk moren foreldreansvaret for datteren og far fikk samværsrett med tilsyn.

Tilsvarende synes EMD-praksis å gi uttrykk for at hensynet til en forelders rett til kontakt med barnet, må vike for hensynet til barnets beste ved en eventuell konflikt. Dette er blant annet kommet til uttrykk i *Süss v. Germany* og *L. v. Finland*. I førstnevnte uttales det at « [...] particular importance must be attached to the best interests of the child which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent.»¹⁰⁸

Det bør imidlertid nevnes det faktum at en forelder bevisst legger frem usanne overgrepsspåstander, forekommer ikke så rent sjelden. Dette sammen med de svake bevissituasjonene som ofte foreligger i slike saker, gjør avveiningen av disse hensynene svært komplisert for domstolene. Motivet bak slike alvorlige anklager mot den annen part, vil være å sverte motparten og sikre at en selv får omsorgen for barnet. Det ville være svært alvorlig og uheldig om lovgivningen åpnet for at enhver som anla slike påstander ville vinne frem uansett hva. Da ville terskelen ligge for lavt etter min mening. Samtidig vil det være helt uholdbart om terskelen skulle være så høy at det kreves domfellelse for påståtte overgrep for at samvær kan avskjæres. Vi vet at selv om det ikke konstateres skyld i overgrepsanklagene, vil det være en mulig-

¹⁰⁶ Rt. 1989 s. 320

¹⁰⁷ Rt. 2010 s. 216, i avsn. 30

¹⁰⁸ *Süss v. Germany* para. 88

het for at overgrep likevel har skjedd. Derfor bør barnets sikkerhet og interesser være det primære hensyn, fremfor barnets kontakt med begge foreldrene.

4.5 Domstolens forpliktelse til å beskytte barnet - Midlertidige avgjørelser

4.5.1 Innledning

Å bringe en sak inn for retten kan bli en lang og tidkrevende prosess. Den lange saksbehandlingstiden i norske domstoler er stadig gjenstand for kritikk og politisk debatt.¹⁰⁹ Det vil spesielt kunne ta lengre tid dersom det må tas stilling til påstander om seksuelle overgrep i en selvstendig straffesak, forut for den sivile samværssak. I perioden frem til samværssaken er avgjort, vil samværsretten i utgangspunktet være uforandret. Dette vil imidlertid være en uholdbar situasjon i de tilfeller hvor det foreligger påstander om seksuelle overgrep. Midlertidige avgjørelser blir således et viktig middel for å beskytte barnet mot disse eventuelle overgrepene, da de gir partene mulighet til å hindre samvær i påvente av hovedforhandling og dom i samværssaken. Slike avgjørelser kan videre kreves på ethvert trinn av saken, og kan gjelde for en bestemt periode eller til samværssaken er endelig avgjort. Retten til å kreve slike midlertidige avgjørelser er derfor praktisk viktig i saker som trekker ut i tid.¹¹⁰

Reglene for midlertidige avgjørelser fremgår av bl. § 60. Midlertidige avgjørelser kan også begjæres i endringssaker etter bl. § 63 annet ledd. I disse sakene foreligger det allerede en avgjørelse eller avtale om samvær. Dette kapittelet vil imidlertid kun dreie seg om de tilfellene hvor samværsspørsmålet kommer opp for første gang.

4.5.2 Vilkår

Midlertidige avgjørelser om samværsrett kan fattes av domstolene dersom det er reist sak og en av partene fremmer krav om en slik avgjørelse. Domstolen har i utgangspunktet ingen plikt til å fatte slik avgjørelse, men den *kan* dersom den finner det nødvendig. Retten kan også fatte en slik avgjørelse *før* det er reist sak om en eventuell ny samværsfordeling, dersom det foreligger såkalte «særlige grunner». Dette vil typisk gjelde de tilfeller hvor barnet vil lide fysisk eller psykisk dersom det ikke fattes en rask avgjørelse. I denne vurderingen vil det avgjørende være om det foreligger fare for fremtidige overgrep mot barnet.¹¹¹

Videre følger det av bl. § 60 første ledd, femte punktum at domstolen «i alle høve» skal realitetsbehandle kravet, dersom det er en risiko for at barnet blir utsatt for vold eller behandling

¹⁰⁹ Gangnes (2018)

¹¹⁰ Bl. § 60

¹¹¹ NOU 1977: 35 s. 128

som kan skade barnets helse fysisk eller psykisk. Det følger av forarbeidene¹¹² at uttrykket barnets «fysiske og psykiske helse» omfatter seksuelle overgrep. Det var først ved lovendring i 2013 at domstolene fikk en slik lovpålagt plikt til å fatte midlertidige avgjørelser i disse sakene. Tidligere var dette opp til rettens skjønn å vurdere. For de tilfeller hvor det foreligger overgrepsanklager kreves det imidlertid ikke at sak må være reist. Det kreves kun at en av partene begjærer midlertidig avgjørelse, i tillegg til at det foreligger risiko for overgrep, jf. begrepet «i alle høve».¹¹³ Dette er trolig av hensyn til den alvorlighet og det potensielle skadeomfang som seksuelle overgrep kan medføre. Det er likevel grunn til å presisere at bestemmelsen ikke innebærer noen plikt for domstolen til å ta begjæringen til følge.

Bestemmelsens ordlyd er videre taus om selve vurderingen som skal foretas etter femte punktum. Det fremgår likevel av forarbeidene¹¹⁴ at bl. § 60 første ledd femte punktum samsvarer med ordlyden i bl. § 48 annet ledd, slik at vurderingstemaene er sammenfallende. Etter begge disse grunnlagene vil retten måtte vurdere om det foreligger risiko for seksuelle overgrep mot barnet. Gjør det det, har domstolen en plikt til å fatte midlertidig avgjørelse om at det ikke skal være samvær eller at det begrenses med tilsyn.

4.5.3 Lavere terskel i risikovurderingen?

Det fremgår av Prop. 85 L (2012-2013) at det ikke bør stilles for strenge beviskrav i samværsaker hvor det foreligger risiko for seksuelle overgrep, og hvor domstolen bes om å fatte en midlertidig avgjørelse. Dette later til å være en justering fra lovgivers side, ved at terskelen her senkes noe i forhold til hva som fremgår av Ot.prp.nr.103 (2004–2005). I disse forarbeidene gjorde lovgiver det klart at det kreves en reell risiko for overgrep (pkt.4.3 over), herunder at det foreligger forhold som kan underbygge anklagene. Det ble likevel presisert at en sannsynlighet for de påståtte overgrep på under 50%, ville kunne være tilstrekkelig til å fastsette at det ikke skulle være samvær.¹¹⁵

De nyere forarbeidene fra 2012-2013 tar imidlertid for seg risikovurderingen ved midlertidige avgjørelser særskilt. Bakgrunnen for å senke terskelen for når beviskravet ansees oppfylt, er først og fremst hensynet til barnets beste. Det presiseres at det overhodet ikke skal tas noen risiko på barnets vegne når det foreligger mistanke om seksuelle overgrep. Det vil derfor «[...] være nødvendig å praktisere et beviskrav der det foretas en avveining av hva som lar seg bringe på det rene [...]» i påvente av behandling av den ordinære samværsaken, og hvil-

¹¹² Prop. 85 L (2012-2013) s. 88

¹¹³ Bl § 60 1.ledd, femte pkt.

¹¹⁴ Prop.85 L (2012-2013) s. 65

¹¹⁵ Ot.prp.nr.103 (2004–2005) s. 56

ke alvorlige konsekvenser som står på spill for barnet.¹¹⁶ Selv om det i disse tilfellene vil kunne være noe enklere for en domstol å komme til at det ikke skal være samvær, er dette noe som kan rettes opp i senere. Her må hensynet til barnets krav på beskyttelse mot seksuelle overgrep og vold veie tyngst. Lovgiver legger også vekt på dette, og viser til at avgjørelsen nettopp er foreløpig og kan endres senere dersom nye opplysninger kommer til. I tillegg vil en midlertidig avgjørelse kun gjelde for en avgrenset periode, hvilket er med på å legitimere en lavere terskel for beviskravet.

I Rt. 2000 s. 2120, gjaldt faktum en midlertidig avgjørelse om samvær mellom far og sønn, hvor far var anmeldt for seksuelle overgrep mot datteren. Høyesterett uttaler at morens mistanke om seksuelle overgrep ikke fremstår som en «tilstrekkelig tungtveiende grunn» til å fastsette at det ikke skal være samvær. Det forelå ingen konkrete holdepunkter som kunne underbygge mistanken om overgrep, og dermed heller ingen risiko for fremtidige overgrep. Høyesterett la til grunn at det ville være til sønnens beste å ha samvær med far, inntil det forelå en rettskraftig avgjørelse i samværssaken.

En nyere sak som illustrerer lovgivers justering, er en dom fra lagmannsretten inntatt i LB-2018-133843. I denne saken ønsket far samvær med sine to barn på fire og ett år i påvente av avgjørelse i pågående samværssak. Far var varetektsfengslet og siktet for familievold og seksuelle overgrep mot barnas mor og deres stesøster. Gutten på fire år var autist og fornærmet i den forstand at han hadde vært vitne til både overgrep og vold. Lagmannsretten kom til at det ikke skulle fastsettes midlertidig samvær, ettersom det knyttet seg stor usikkerhet til barnas reaksjoner og risikoen for re-traumatisering. Her synes det som retten legger avgjørende vekt på at det overhodet ikke skal tas noen risiko ved mistanke om seksuelle overgrep, og at informasjonen på dette stadiet i saken tilsier at samvær må avventes.

Risikovurderingen i midlertidige avgjørelser virker derfor å avvike noe fra vurderingen i ordinære samværssaker, og det kan spørres om det bør være slik de lege ferenda. Domstolen må gjøre en vurdering ut ifra den informasjonen de har på dette tidspunktet og finne en løsning som er til det beste for barnet, jf. bl. § 48 første ledd. Retten må således avveie den risiko for seksuelle overgrep som foreligger, mot barnets rett til å ha kontakt med foreldrene sine. En gal avgjørelse vil i begge retninger kunne få svært negative konsekvenser. Gode grunner tilsier likevel at hensynet til å beskytte barnet mot overgrep bør gå foran hensynet til å opprettholde kontakten med foreldrene. Å opprettholde kontakten med en samværsforelder vil være lite verdt dersom denne forgriper seg på barnet. Ettersom de midlertidige avgjørelsene kun

¹¹⁶ Prop. 85 L (2012-2013) s. 66

gjelder for en tidsavgrenset periode, taler derfor mye for at terskelen bør være noe lavere for å fastsette at det ikke skal være samvær, inntil avgjørelse i den ordinære samværssak foreligger.

Det som imidlertid taler imot en lavere terskel i midlertidige avgjørelser, er at barnet fratas verdifull tid og mulighet til å opprettholde kontakten med en av sine viktigste personer i livet. I tillegg kan barnet rekke å danne seg et negativt bilde av forelderen, hvilket kan medføre at relasjonen ødelegges. Ettersom det vil foreligge en avgjørelse i den ordinære samværssaken relativt nært i tid, kan det argumenteres for at domstolen bør avvente og være noe mer forsiktig med å frata forelderen og barnet samværet. Eventuelt kan samvær med tilsyn være en løsning.

4.5.4 Samvær med tilsyn – et kompromiss

I de tilfeller hvor det begjæres midlertidig avgjørelse om samvær grunnet risiko for seksuelle overgrep mot barnet, kan samvær med beskyttet tilsyn være en mulig løsning. En slik ordning vil beskytte barnet og fjerner risikoen for overgrep, ettersom barnet og forelderen vil overvåkes av en tredjeperson under hele samværet.¹¹⁷ En slik mellomløsning i påvente av behandling av den ordinære samværssak beskytter ikke bare barnet, men også relasjonen til samværsforelderen. Ved at barnet får tilbringe tid med forelderen, og således ikke opplever at denne utekstenges og stemples som en overgriper, kan samvær under tilsyn bidra til å avverge et potensielt negativt bilde av forelderen.

I LB-2014-101922 gjaldt faktum en midlertidig avgjørelse om samvær mellom far og to døtre på henholdsvis 3 og 4 år. Far var anmeldt for seksuelle overgrep mot begge barna, men saken ble henlagt «som intet straffbart forhold anses bevist». Lagmannsretten la til grunn at det forelå svært liten fare for at far frem til tingrettens dom i hovedsaken ville ønske å utnytte samværet med døtrene til noen form for seksuell kontakt. Likevel ønsket retten å ha en sikkerhetsventil for uønsket atferd overfor døtrene, slik at det ble fastsatt samvær med beskyttet tilsyn.

Det bør imidlertid presiseres at selv om risikoen for nye, fremtidige overgrep fjernes, vil ikke tilsyn fjerne risikoen for at barnet likevel blir traumatisert av å tilbringe tid med samværsforelderen. Dersom forelderen er feilaktig frifunnet for overgrepene, er risikoen følgelig stor for at barnet vil kunne ta skade av samværet. En slik situasjon ville stride mot hensynet til barnets beste, jf. bl. § 43 første ledd og § 48 første ledd. Det er imidlertid viktig at domstolen vurderer hva som er til det enkelte barns beste på både kort og lang sikt. Selv et barn som ikke er utsatt for overgrep vil kunne kjenne at samvær er utfordrende i begynnelsen, men at det kan gå

¹¹⁷ Prop. 85 L (2012-2013) s. 52

bedre med tiden og hvor det derfor på lang sikt vil være best for barnet å ha samvær med samværsforelder. Verdien av å opprettholde kontakten og relasjonen til forelderen skal likevel ikke gå på akkord med hensynet til barnet og dets trygghetsfølelse.

4.5.5 Betydningen for den ordinære samværssak

Når så den ordinære samværssaken skal opp til realitetsbehandling, vil eventuelle midlertidige avgjørelser og omstendighetene rundt disse kunne få betydning for utfallet. Domstolen er på ingen måte bundet til den midlertidige avgjørelsen, da retten skal søke å finne den løsning som er til barnets beste slik situasjonen står på domstidspunktet og fastsette samvær i tråd med dette.¹¹⁸

Likevel fremgår det som nevnt av bl. § 43 annet ledd at det ved fastsettelsen av samvær vil være flere mulige hensyn som spiller inn i vurderingen av barnets beste. Hensynet til miljøskifte, det såkalte prinsippet om «status quo», kan imidlertid tenkes å få en særlig betydning for de tilfeller hvor samværsforelderen er fratatt samværsretten midlertidig. I disse situasjonene vil kontakten med barnet bli brutt nokså brått og relasjonen mellom barn og forelder står i fare for å bli svekket. I takt med tiden vil barnet tilpasse seg den nye situasjonen, og vil derfor kunne finne det utfordrende å gjenoppta kontakten med samværsforelderen dersom det tar lang tid før den ordinære samværssaken behandles. I enkelte tilfeller vil det derfor være til barnets beste å opprettholde den etablerte og nye ordningen, slik at det ikke fastsettes samvær i den ordinære samværssak. Slik vil hensynet til «status quo» kunne komme den part til gode som midlertidig har fått daglig omsorg for barnet.¹¹⁹

At en midlertidig avgjørelse kan medføre at det heller ikke fastsettes samvær i den ordinære samværssaken, viser viktigheten av grundige vurderinger ved de midlertidig avgjørelser. Dersom overgrepssanklagene skulle være uberettigede, vil en fratakelse av samværsretten være svært alvorlig.

4.6 Intet samvær

Det fremgår av bl. § 43 første ledd tredje punktum at samvær ikke skal fastsettes i strid med barnets beste (pkt. 4.2 over). Denne regelen har av Høyesterett blitt tolket slik at det som utgangspunkt skal fastsettes samvær dersom det ikke foreligger forhold som tilsier at det ikke er til det beste for barnet. I tillegg har Høyesterett uttalt at det skal «ganske tungtveiende grunner» til for å nekte samvær mellom en forelder og et barn, jf. Rt. 1996 s. 888 og Rt. 2010 s. 216. Her legger altså Høyesterett terskelen for å nekte samvær nokså høyt.

¹¹⁸ Bl. § 43. 1.ledd

¹¹⁹ Bendiksen (2018) s. 124

I nyere forarbeid fra 2012/2013¹²⁰ søker imidlertid lovgiver å presisere formålet med bestemmelsen og justerer rettspraksis omkring dette noe. Uttrykket «ganske tungtveiende grunner» fremhever utgangspunktet om at både barn og foreldre har en samværsrett, hvilket også er forankret i menneskerettighetene og retten til respekt for sitt familieliv. Lovgiver uttaler likevel at det avgjørende vilkår skal være hensynet til barnets beste, slik at «Formuleringen ‘tungtveiende grunner’ skal derfor ikke forstås som en form for tilleggsvilkår eller et ekstra kriterium [...]».¹²¹ Dette er senere fulgt opp av Høyesterett i Rt. 2013 s. 1329.

Denne saken¹²² omhandlet hvorvidt det skulle fastsettes samvær mellom en 5 år gammel jente og hennes far. Far var tidligere siktet for seksuell omgang med mors særkullsbarn, men saken ble henlagt etter bevisets stilling. Retten kunne ikke avkrefte risikoen for nye overgrep, og la avgjørende vekt på at samvær dermed ville medføre en åpenbar belastning for mor. Høyesterett mente at dette ville gå ut over datterens omsorgssituasjon, og la til grunn at gevinsten av å treffe far av og til ikke var tilstrekkelig. Høyesterett kom derfor til at det ikke skulle fastsettes samvær med far.

I LB-2015-40990 kom lagmannsretten til at det ikke skulle fastsettes samvær mellom far og en datter på 6 år. Det forelå ingen konkrete holdepunkter for at barnet var utsatt for seksuelle overgrep eller andre grenseoverskridende handlinger av seksuell art. Retten la likevel vekt på barnets negative reaksjoner på samværet og etterfølgende dårlige utvikling, og kom til at det ikke ville være til barnets beste å ha samvær med far. En slik vektlegging og vurdering av barnets reaksjon på samvær kan imidlertid være særlig utfordrende for domstolen. Dette fordi det ikke kan utelukkes at et barns reaksjoner på samvær blant annet kan være forårsaket av bostedsforelders oppfatning av motparten. Dersom samværsforelderens fremstilles som en overgriper og farlig person overfor barnet, vil det ikke være utenkelig at barnet utvikler en frykt for denne forelderens og således kan reagere negativt på samvær. En bostedsforelder omgås barnet daglig, følgelig vil dennes eventuelle frykt for og negative omtale av samværsforelder kunne påvirke barnet.

Det kan derfor synes å ha skjedd en utvikling her i de senere år, herunder at hensynet til beskyttelse av barnet er blitt mer fremtredende og at samværsnekt skal benyttes i større grad enn tidligere. Det fremgår uttrykkelig av forarbeidene at et av formålene med lovendringene i 2013 var å senke terskelen for når domstolen skal fastsette at det ikke skal være samvær. Foreligger det risiko for seksuelle overgrep eller lar det seg ikke gjøre å avkrefte en slik risiko, skal samvær nektes. I tillegg synes det som retten i større grad nå enn tidligere, vektlegger

¹²⁰ Prop. 85 L (2012-2013)

¹²¹ *ibid* s. 42

¹²² Rt. 2013 s. 1329

bostedsforelders frykt og den belastning et samvær vil kunne være for denne, dersom dette kan svekke barnets omsorgssituasjon. Dette er i tråd med forarbeidene til barneloven § 43 første ledd, hvor det presiseres at bostedsforelders angst for samvær vil kunne få betydning for vurderingen.¹²³

I de nyere forarbeidene¹²⁴ fremheves i tillegg viktigheten av at barnet høres. Barn har i dag en lovfestet rett til å uttrykke sin mening om samvær, og den skal vektlegges i tråd med deres alder og modenhet, jf. pkt. 2.4 over.¹²⁵ Departementet presiserer at barn som ikke ønsker samvær, ikke skal pålegges dette før saken er tilstrekkelig utredet. Domstolen må derfor sørge for en grundig utredelse av disse samværs sakene, herunder undersøke bakgrunnen for barnets vegring. Slik vil domstolen kunne avdekke eventuell manipulasjon og påvirkning av barnet, samt at også andre årsaker til samværsvegring som ikke nødvendigvis bør få avgjørende betydning for utfallet, kan komme frem. En slik utredelse bør primært gjøres ved sakkyndig utredning og samtaler med barnet. Dersom barnet klart motsetter seg samvær, skal det anses som en «ganske tungtveiende grunn» til å nekte samvær.¹²⁶ Dette er i tråd med bk. art. 12 og bl. § 31.

Departementet legger til grunn at bedre opplysning av barnets mening og årsakene til en eventuell motvilje til samvær, vil kunne bidra til å senke terskelen for å nekte samvær. Det gjenstår å se om dette er tilfelle, se kapittel 5 nedenfor.

4.7 Samvær med tilsyn

All den stund bevissituasjonen ofte er uklar i samværs saker med påstander om seksuelle overgrep, vil domstolen kunne ha vansker med å fastsette at det ikke skal være samvær. Dette vil kunne gå på bekostning av barnets sikkerhet. En fullstendig fratakelse av samværsretten kan samtidig virke svært urimelig overfor en samværsforelder som er frifunnet for overgrepsanklager i forutgående straffesak. Et slikt resultat kan likevel legitimeres i samværs saker hvor risikoen for overgrep ikke lar seg avkrefte, hensett til de ulike beviskravene (pkt.3.2). Et begrenset samvær, samvær med tilsyn i denne oppgavens tilfelle, kan derfor være en mellomløsning der hensynene ikke er sterke nok til å fastsette at det ikke skal være samvær, men hvor det likevel er nødvendig å kontrollere samværet for å ivareta barnets sikkerhet.

¹²³ Ot.prp.nr.103 (2004–2005) s. 54

¹²⁴ Prop. 85 L (2012-2013) s. 45

¹²⁵ Bl. § 31

¹²⁶ Prop. 85 L (2012-2013) s. 42

4.7.1 Privat tilsyn

Etter bl. § 43 tredje ledd kan foreldrene avtale privat tilsyn som et vilkår for samvær, og selv finne en aktuell tilsynsperson. Å finne en egnet person som begge foreldre har tillitt til og som barnet vil føle seg trygg på, kan derimot være utfordrende. Domstolen har derfor også kompetanse til å utpeke en tilsynsperson, under forutsetning av at denne personen selv ønsker å medvirke.¹²⁷ Fastsettelsen av hvem som kan være en egnet tilsynsperson vil måtte vurderes konkret og på bakgrunn av at beskyttelse er formålet. Det skal imidlertid vises varsomhet med å fastsette en av samværsforelderens slektninger som tilsynsperson. Dette fordi barnet vil kunne lide under eventuelle lojalitetsbånd- og konflikter som måtte foreligge.¹²⁸ Grunnet de begrensede valgmuligheter foreldrene ofte står overfor, har Høyesterett likevel uttalt at det vanskelig kan oppstilles som et ufravikelig krav at den som oppnevnes må kunne oppfattes som nøytral av begge foreldrene, jf. Rt. 1998 s. 749.¹²⁹

4.7.2 Offentlig tilsyn

Ved lovendring i 2013 fikk domstolene en utvidet kompetanse til å pålegge barnevernstjenesten eller departementet å oppnevne en tilsynsperson, dersom to kumulative vilkår er oppfylt. Det må foreligge «særlege høve» og barnets behov må tale for et slikt tilsyn.¹³⁰ Bakgrunnen for dette er det offentlige tilsyns inngripende karakter, både overfor barnet og forelderen. I tillegg ønsket lovgiver å styrke barneperspektivet, slik at domstolen skulle foreta en mer konkret vurdering av det spesifikke barnets behov og videre sikre at det i større grad blir hørt i disse sakene.¹³¹

Som nevnt innledningsvis kan offentlig tilsyn videre pålegges i to ulike varianter, herunder som «beskyttet» eller «støttet» tilsyn. For samværsaker hvor det foreligger mistanke om seksuelle overgrep, og hvor formålet med tilsynet er beskyttelse av barnet, vil førstnevnte variant være aktuell. Et beskyttet tilsyn innebærer totalovervåkning av samværet, og er således den mest omfattende form for tilsyn. Overvåkingen begrunnes i ønsket om å verne barnet, samt å gi det en trygghetsfølelse både fysisk og psykisk. Fastsettelse av beskyttet tilsyn anses å ivareta barnets sikkerhet på best mulig måte, i tillegg til at det vil kunne berolige bostedsforelder som betviler frifinnelsen.¹³² Videre vises det til avgrensningen mot støttet tilsyn i pkt. 4.1 over.

¹²⁷ Prop. 85 L (2012-2013) s. 46

¹²⁸ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 55

¹²⁹ Rt. 1998 s. 749, på s. 752

¹³⁰ Bl. § 43a første ledd

¹³¹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 49

¹³² *ibid* s. 54

I Prop. 85 L (2012-2013) understrekes imidlertid at et beskyttet tilsyn ikke kan ivareta ethvert behov for beskyttelse. Dersom hensynet til barnets sikkerhet taler for å nekte samvær, bør dette gjøres. Lovgiver presiserer at det her foreligger et behov for innstramming av gjeldende praksis, og at domstolene ikke kan lene seg på tilsynspersonen og tro at denne kan garantere barnets sikkerhet.¹³³ Dette er også lagt til grunn i svensk forarbeider, hvor det presiseres at domstolen ikke kan «[...] förutsätta att personen som medverkar vid umgänget utgör en garant mot skadliga åtgärder från en förälders sida. Om barnet inte kan antas vara tryggt utan sådant skydd, är umgängesstöd inte något alternativ.». ¹³⁴

Barne- og likestillingsdepartementet følger opp dette i sin veileder omkring bl. § 43a fra 2014,¹³⁵ hvor departementet tydeliggjør at det ikke skal fastsettes samvær med tilsyn dersom barnet har vært utsatt for overgrep, samt dersom det er fare for fremtidige overgrep eller at barnet risikerer å bli traumatisert ved samværet. I likhet med en fastsettelse av intet samvær overhodet (pkt. 4.6) , vil det derfor også her måtte gjøres en konkret risikovurdering.

I en relativt ny avgjørelse fra Gulating lagmannsrett, LG-2018-74114, ble det gjort en svært omfattende risikovurdering. Far var tidligere anmeldt for seksuelle overgrep mot sin 9 år gamle sønn, men saken ble henlagt som «intet straffbart forhold anses bevist». Lagmannsretten kunne ikke utelukke at noe traumatiserende hadde skjedd mellom far og sønn, dette spesielt på bakgrunn av sønnens fremstilling av overgrepene og hans seksualiserte atferd. Retten fant likevel ikke grunn til å fastsette at det ikke skulle være samvær, og mente at samvær med beskyttet tilsyn ville beskytte gutten i tilstrekkelig grad, dersom anklagene fra mor mot formodning skulle være berettigede. Et slikt samvær ville ikke eksponere gutten for unødig risiko. En enstemmig lagmannsrett fastsatte derfor samvær med tilsyn.

Beskyttet tilsyn kan videre fastsettes inntil 16 timer årlig.¹³⁶ Tilsyn utover ett år kan bare fastsettes unntaksvis og må begrunnes særskilt.¹³⁷ Dette er nokså få timer sammenlignet med «vanlig samværsrett», som etter dagens lov¹³⁸ gir rett til å være med barnet i enkelte ukedager, annenhver helg, ferier og høytider. Det er klart at et så lite antall timer påvirker relasjonen mellom barnet og samværsforelderen. Samtidig kan det hevdes at 16 timer samvær under tilsyn gir partene en mulighet til å videreutvikle relasjonen, i motsetning til dersom det fastsettes intet samvær.

¹³³ Prop. 85 L (2012-2013) s. 53

¹³⁴ Prop. 2009/10:192 s. 11

¹³⁵ Barne- og likestillingsdepartementet (2014), s. 5

¹³⁶ Forskrift om samvær med tilsyn etter barnelova § 4, 2.ledd

¹³⁷ Forskrift om samvær med tilsyn etter barnelova § 2, 2.ledd

¹³⁸ Bl. § 43 2.ledd fjerde punktum

Før domstolene fastsetter en slik kompromissløsning, må det derfor gjøres en grundig og konkret vurdering. Professor Trude Haugli påpeker at beskyttet tilsyn både kan ha positiv og negativ innvirkning på barn. Samvær kan utløse, men samtidig også gi barnet mulighet til å bearbeide, et negativt og angstfylt forhold til samværsforelderen. Haugli påpeker imidlertid videre at den naturlige kontakten og kjemien mellom barn og forelder kan bli påvirket av å være under overvåkning, slik at samværet kan oppleves som noe kunstig. Disse momentene tatt i betraktning, må det derfor gjøres en konkret helhetsvurdering av om samvær under beskyttet tilsyn vil være en god løsning for partene, som ivaretar hensynet til barnets beste.¹³⁹

4.8 Samværs sabotasje

Foreldre har som utgangspunkt et gjensidig ansvar for at barnets rett til samvær oppfylles, samt at begge plikter å medvirke på en positiv måte slik at det lar seg gjennomføre.¹⁴⁰ Når det så foreligger en dom i samværsaken som er i uoverensstemmelse med foreldrenes ønsker, kan enkelte foreldre velge å overse denne plikten. Dette er særlig fremtredende i tilfeller der samværsforelder tilkjennes samværsrett, men hvor bostedsforelder konsekvent mener barnet risikerer å bli utsatt for seksuelle overgrep og følgelig ikke skal ha samvær.

Bostedsforelders motvilje til å samarbeide kan imidlertid være motivert av flere forhold. Det er dessverre ikke alltid slik at enhver påstand om seksuelle overgrep og en eventuell samværs sabotasje er motivert ut ifra en reell og alvorlig bekymring for barnet. Det forekommer tilfeller hvor bostedsforelder bevisst fremsetter uriktige overgrepspåstander for å forsøke å svekke motparten og hindre dennes samværsrett.

Spørsmålet blir i det følgende hvilke rettslige virkemidler som står til samværsforelders rådhighet, samt hvilke konsekvenser en aktiv hindring av samværsretten vil kunne få.

4.8.1 Tvangsbot

Bostedsforelders motsettelse av samvær kan først og fremst søkes løst gjennom reglene for tvangsfullbyrdelse.¹⁴¹ Tvangsfullbyrdelse kan begjæres dersom det foreligger et tvangskraftig tvangsgrunnlag.¹⁴² En dom om samvær kan derfor tvangsfullbyrdes dersom den er tvangskraftig. At en dom er tvangskraftig innebærer at dens resultat kan kreves gjennomført ved bruk av tvang.¹⁴³ Det følger imidlertid av bl. § 65 annet ledd, annet punktum at fastsettelse av tvangsbot er det eneste aktuelle tvangsmiddel vedrørende samværsrett. Bakgrunnen for dette er at et

¹³⁹ Haugli (2013) s. 263-265

¹⁴⁰ Bl. § 42 1.ledd

¹⁴¹ Bl. § 65 1. ledd

¹⁴² Tvangsl. § 13-1

¹⁴³ Tvangsl. § 4-1 a)

barn vil kunne oppleve en eventuell fysisk tvangshenting som traumatisk, hvilket kunne være skadelig for barnet dersom det skulle skje ved hvert samvær. En tvangsbortsettelse innebærer at bostedsforelder ilegges en stående bortsettelse som påløper med et nytt beløp hver gang samvær hindres, med det formål å fungere som et pressmiddel.¹⁴⁴

Det fremgår imidlertid av bestemmelsens tredje ledd at tvangsbortsettelse ikke skal ilegges dersom oppfyllelse av samværsretten vil være umulig, herunder at barnet risikerer å bli utsatt for vold eller å bli behandlet på andre måter som utsetter den fysiske eller psykiske helsen for skade eller fare. I Rt. 2010 s.1528 foretar Høyesterett en redegjørelse av innholdet i vilkåret, og fastslår at dersom det er sannsynliggjort en reell risiko for seksuelle overgrep mot barnet, vil dette være tilstrekkelig for oppfyllelse. Domstolen skal derfor ikke fremtvinge en samværsrett i disse tilfellene.¹⁴⁵ Dette umulighetskriteriet ble videre presisert og eksemplifisert ved lovendring i 2013, nettopp for å tydeliggjøre at barns rett til beskyttelse mot fysisk og psykisk skade og fare skal veie tyngre enn foreldrenes rett til samvær. Det går derfor også klart frem av tilhørende forarbeider at risiko for seksuelle overgrep vil være en umulighet.¹⁴⁶

Dersom det foreligger en dom om samværsrett hvor mistanker om seksuelle overgrep og risikoen for dette har vært vurderingstemaet, vil domstolen som i ettertid skal ta stilling til tvangsfullbyrdelse, ikke være fullstendig bundet av denne. En begjæring om tvangsfullbyrdelse gir ikke retten kompetanse til å prøve spørsmålet om samværsrett på ny, men det skal foretas en selvstendig vurdering av om det foreligger umulighet eller ikke. I dette ligger at domstolen må gjøre tilsvarende risikovurdering som ble gjort i den opprinnelige avgjørelsen. Dette selvsagt fordi nye opplysninger og bevis kan ha kommet til, slik at mistankegrunnlaget kan ha blitt styrket eller svekket. Vurderingen av om det foreligger risiko for seksuelle overgrep kan derfor bli annerledes her.¹⁴⁷

Her, som ellers i avgjørelser som angår barnet, har barnet rett til å uttale seg før det tas en beslutning om tvangsfullbyrdelse. Det presiseres at tvangsfullbyrdelse av samvær ikke skal skje mot barnets vilje, med mindre retten mener det er helt nødvendig av hensyn til barnet.¹⁴⁸

4.8.2 Ny avgjørelse om fast bosted

Et annet mulig rettslig virkemiddel overfor bostedsforelders hindring av samvær, vil være å kreve ny avgjørelse om fast bosted, jf. bl. § 43 femte ledd og § 63. Dersom samværshindring-

¹⁴⁴ Bendiksen (2018) s. 161

¹⁴⁵ Rt. 2010 s. 1528, i avsn. 14

¹⁴⁶ Prop. 85 L (2012-2013) s. 68

¹⁴⁷ Ringnes (2019)

¹⁴⁸ Bl. § 65 4. ledd

en ikke har gode grunner for seg, vil hindringen kunne tillegges betydelig vekt i vurderingen av hvor barnet bør bo fast. Ved å sabotere samværet risikerer bostedsforelder å miste foreldreansvaret og at barnet skifter bosted, ettersom hensynet til den samlede foreldrekontakt kan tale for at rollene bør snus. Bl. § 43 femte ledd antas begrenset til de tilfeller hvor bostedsforelder avskjærer samværet totalt, slik at brudd på detaljbestemmelser om samværet vil falle utenfor.¹⁴⁹

For at et krav om en slik ny avgjørelse kan tas til følge, må vilkårene for endring av dom med tvangskraft etter bl. § 63 annet ledd være oppfylt.¹⁵⁰ En tvangskraftig dom kan kun endres når «særlege grunnar» foreligger. Det følger av Rt. 1997 s. 442 at det med dette ikke kreves sterke grunner for å gjøre endringer, men at det må foreligge konkrete og påviselige grunner. Som oftest består disse grunnene i at forholdene har endret seg.

Ettersom samværsforelder kan reise sak og kreve en ny avgjørelse om fast bosted ved sabotasje fra motparten, kan dette anses som en særlig grunn.¹⁵¹ Høyesterett har videre uttalt at i vurderingen av om den opprinnelige avgjørelsen skal endres, vil det avgjørende være hva som best for det enkelte barn.¹⁵² At loven åpner for en slik snever unntaksmulighet som i bl. § 63 annet ledd, er nettopp av hensyn til barnets beste. Barn er sårbare og skal ikke måtte leve med dårlig fungerende løsninger fordi avgjørelsen ikke formelt kan endres.

I LB-2009-132003 ble den daglige omsorgen overført fra bostedsforelder (mor) til samværsforelder (far), grunnet mors sabotasje av samværsretten. Far var anmeldt for seksuelle overgrep mot deres 8 år gamle sønn, men saken endte med henleggelse. Lagmannsretten la til grunn at det ikke forelå reell risiko for overgrep, og at sønnens motvilje til samvær skyldtes sterk påvirkning fra mor. Etter en samlet vurdering av foreldrenes personlige egenskaper kom lagmannsretten til at barnet trolig ville få den beste omsorgen hos far, og at hensynet til den samlede foreldrekontakt talte for at gutten skulle ha fast bosted hos han.

Det kan imidlertid forekomme tilfeller hvor samværsabotasje synes å få lite konsekvenser overfor bostedsforelder. Dette fremstår som urimelig overfor den annen part, men også overfor barnet som fratas retten til å være sammen med forelder sin. Det er likevel hensynet til barnets beste som kan begrunne at barnet skal bli boende hos den saboterende bostedsforelder. Hensynet til barnets beste er det primære hensyn, slik at overføring av daglig omsorg og fast bosted som en sanksjon, vil være uholdbart og kan medføre urimelige konsekvenser for

¹⁴⁹ Backer (2008) s. 406

¹⁵⁰ Bl. § 43 5.ledd

¹⁵¹ Bendiksen (2018) s. 160

¹⁵² Rt. 1997 s. 449, på s. 451

barnet. Professor Haugli tar til orde for at barn ikke bør straffes for foreldrenes atferd, og således bli et ledd i en straffereaksjon mot en av foreldrene.¹⁵³ En slik situasjon stod retten overfor i LF-2014-180279. Retten kom her under tvil til at barnet fremdeles skulle ha fast bosted hos mor, tross mors gjentatte samværsbrudd. Samværshindringen hadde sin bakgrunn i frykt for at datteren skulle utsettes for seksuelle overgrep fra far. Retten la til grunn at moren hadde handlet til det beste for datteren, og forkastet fars krav om endring av fast bosted.

¹⁵³ Haugli (1999) s. 311-312

5 Gjennomgang og analyse av lagmannsrettspraksis de siste fem årene

5.1 Innledning

I dette kapittelet vil jeg analysere og vurdere lagmannsrettspraksis i foreldretvister som omhandler samværsfastsettelse ved mistanke om seksuelle overgrep mot barn. Jeg vil nærmere bestemt se på i hvilke tilfeller lagmannsretten fastsetter at det ikke skal være samvær, og når retten finner at det skal være samvær med tilsyn. Begrunnelsen for at lagmannsrettsavgjørelser blir gjenstand for vurdering er det lave antall foreldretvister som blir behandlet Høyesterett, jf. pkt. 1.4 over. Analysen tar videre for seg nyere avgjørelser, da særlig grunnet lovgivers økte fokus på vold og seksuelle overgrep mot barn de senere årene, og deres rett til beskyttelse.

Mitt søk i Lovdata på lagmannsrettsavgjørelser 15. mars 2019, ga 96 treff for avgjørelser som behandler samværsfastsettelse hvor seksuelle overgrep har vært et tema. Dette søket ble begrenset til avgjørelser fra de siste fem årene, herunder fra 2013 til og med 2018. Videre begrenset jeg søket til avgjørelser som konkret tar for seg anmeldte overgrep mot egne barn, men hvor samværsforelder er frikjent eller der saken er henlagt. Denne avgrensningen ga totalt 43 relevante lagmannsrettsdommer som er gitt en nærmere analyse.

I de 43 avgjørelsene hvor det vurderes om samvær skal fastsettes eller ikke, er det kun syv saker hvor domstolen fastsetter at det ikke skal være samvær. Av de resterende 36 sakene fastsettes det samvær med beskyttet tilsyn i 21 av disse.

Videre bygger analysegrunnlaget på de opplysninger som fremkommer i avgjørelsene. Det tas derfor forbehold om at dette kun er et lite utvalg av materialet retten har hatt tilgjengelig. Det kan derfor ikke utelukkes at opplysninger som ikke fremgår direkte av avgjørelsen kan ha hatt betydning for resultatet.

Midlertidige avgjørelser etter bl. § 60 er også tatt med i utvalget. Dette fordi de bygger på samme vurderingsgrunnlag som en dom om samvær, herunder hensynet til barnets beste.¹⁵⁴ Det ses derfor bort fra de prosessuelle forskjeller.

Jeg har valgt å gi dommene kallenavn for bedre leservennlighet. Kallenavnene er gitt ut fra kjennetegn i saksforholdet.

¹⁵⁴ Bl. § 48

5.2 Hvorfor avskjæres samvær i enkelte saker?

Det rettslige utgangspunktet er at det skal fastsettes samvær. Dette kan unntaksvis fravikes dersom retten etter en konkret og grundig helhetsvurdering finner at samvær ikke er til barnets beste.¹⁵⁵ Dette er særlig aktuelt i tilfeller hvor det foreligger mistanker om seksuelle overgrep mot barnet. Dette delkapittelet søker å belyse de momenter som synes å ha vært avgjørende i de tilfeller domstolen fastsetter at det ikke skal være samvær. Å frata både barn og samværsforelder retten til samvær er svært inngripende og alvorlig, men i enkelte tilfeller mener retten det er helt nødvendig av hensyn til barnets beste. Momentene nedenfor hentes fra de syv avgjørelsene i tidsrommet 2013-2018, jf. over.

5.2.1 *Barnas ønske* (LG-2016-110413)

Barnas ønske (LG-2016-110413) gjaldt spørsmål om samvær mellom far og hans tre barn. Barna var henholdsvis 13, 9 og 4 år. Far var siktet for å ha misbrukt mors særkullsbarn (18 år) gjentatte ganger, men grunnet bevisets stilling besluttet riksadvokaten å henlegge saken. I samråd med den lokale barnevernstjenesten stanset mor samværet, men lot barna treffe far i forbindelse med fritidsaktiviteter.

Tingretten kom til at faren ikke skulle tilkjennes samvær, hvilket en enstemmig lagmannsrett sa seg enig i. Det ble lagt avgjørende vekt på de to eldste barnas motvilje, samt at mors omsorgsevne ville kunne svekkes dersom samvær ble fastsatt. Lagmannsretten presiserer barnets rett til å bli hørt før det tas en avgjørelse om samvær, og at dets mening skal veie tungt når barnet er fylt 12 år. De to eldste barna hadde hele tiden holdt fast ved at de ikke ønsket kontakt med far, og heller ikke under tilsyn av andre. Retten la også vekt på de to eldste barnas særskilte sårbarhet og behov for stabilitet i hverdagen, og stod tilbake for å bryte opp deres gode utvikling som en trolig følge av at samværet hadde opphørt.

Videre fastsettes heller ikke samvær med det minste barnet, hvilket begrunnes i hensynet til storebrødrene og mor. Selv om jenta selv ikke har noen negative opplevelser med far, ville det skape stor uro om far fikk en lenke inn til familien på denne måten. Her synes lagmannsretten å legge overraskende lite vekt på den gjensidige retten til samvær, og antakelsen om at det er til det beste for barnet å ha kontakt med begge sine foreldre. Barnets unge alder, herunder hennes modenhet til forstå omfanget av samvær og evne til å uttrykke seg, har trolig spilt inn her.

I den totale vurderingen av hva som er til barnas beste, legger lagmannsretten også vekt på mors overbevisning om at barna risikerer å bli utsatt for overgrep. Retten ser ikke bort ifra at

¹⁵⁵ Bl. § 43 1. ledd

dette vil gjøre mor svært urolig og at det vil være en belastning for henne dersom samvær fastsettes. Retten legger vekt på at dette kan svekke hennes omsorgsevne i hverdagen. En samlet lagmannsrett fastsetter derfor at det ikke skal være samvær mellom far og hans tre barn.

Dommen følger således opp Rt. 2013 s. 1329, hvor terskelen for å nekte samvær først og fremst søkes senket. I tillegg gjøres risikoen for at bostedsforelders omsorgsevne svekkes til et moment også her. Dette er et moment som kan synes å ha en økende betydning, da hele 3 av de 7 nektelses-avgjørelsene vektlegger dette.

5.2.2 Høyt konfliktnivå (LA-2012-152499)

Høyt konfliktnivå (LA-2012-152499) gjaldt fastsettelse av samvær mellom far og hans to barn på henholdsvis 6 og 10 år. Far er anmeldt to ganger for seksuelle overgrep mot barna, men begge anmeldelser ble henlagt under henvisning til bevisets stilling. Lagmannsretten finner imidlertid at det foreligger en reell risiko for at begge barna har vært utsatt for seksuelle overgrep fra far, og fastsetter derfor at det ikke skal være samvær. Dette på bakgrunn av avhør av barna og de sakkyndiges vurdering. Barnepornografisk materiale på fars datamaskin og et stort antall bilder av det eldste barnet i naken lek, var forhold som videre underbygget rettens standpunkt.

Videre legger lagmannsretten vekt på at forholdet mellom foreldrene er svært konfliktfylt, og at barna ikke har fått erfare annet. Retten mener derfor at barna nå har behov for ro og stabilitet.

Retten peker også på at barnas egne overbevisning om at de har vært utsatt for overgrep fra far, vil kunne medføre en risiko for retraumatisering ved samvær. En enstemmig lagmannsrett finner derfor grunn til å nekte far samvær med sine to barn.

I denne avgjørelsen blir det faktum at retten mener det foreligger en risiko for overgrep, det avgjørende moment. Dette er i tråd med både forarbeider, rettspraksis og teori, herunder presiseres det i Prop. 85 L¹⁵⁶ at i de tilfeller hvor domstolen legger til grunn at det er fare for overgrep eller retraumatisering av barnet, skal det ikke fastsettes samvær. Heller ikke med tilsyn. Til dette kommer uttalelsen fra Høyesterett i Rt. 1989 s. 320, hvor det presiseres at det overhodet ikke må tas noen risiko dersom det foreligger mistanke om seksuelle overgrep mot barn.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Prop. 85 L (2012-2013) s. 6

¹⁵⁷ Rt. 1989 s. 320, på s. 326

5.2.3 Oppsummering

Lagmannsretten synes etter dette å legge stor vekt på bostedsforelders uro og frykt for samvær, og fremhever den belastning dette kan innebære. At bostedsforelders omsorgsevne således står i fare for å bli svekket, har vært et avgjørende argument i tre av de syv avgjørelsene. Videre er faren for at barnet retraumatiseres også et argument av betydning. To av de syv avgjørelsene fremhever at barnet må skånes for samvær dersom det er en risiko for at det vil trigge det opprinnelige traumet.

Noe som derimot ikke later til å være like avgjørende, er barnets eget ønske. Dette fremheves og vektlegges noe overraskende i kun én av avgjørelsene, jf. *Barnets ønske* over. Dette kan imidlertid ha en sammenheng med barnas alder i de konkrete avgjørelsene. Kun i én avgjørelse var barna over 12 år. I de resterende seks sakene var barna kun 5-6 år, og vekten av deres meninger tillegges dermed ikke like store vekt. Disse barna har en lovfestet rett til å bli hørt¹⁵⁸ dersom de er i stand til å danne egne synspunkt, men lovgiver har uttalt at den skal vektlegges i tråd med barnets konkrete alder og modenhet.¹⁵⁹

5.3 Når fastsettes samvær med tilsyn?

At samværet overværes av en tredjeperson vil kunne fungere som en mellomløsning for partene. Barnet beskyttes mot eventuelle overgrep, bostedsforelder betrygges til en viss grad og barnet gis mulighet til å opprettholde eller etablere forholdet til samværsforelder. Dette delkapittelet søker å belyse hvilke momenter som vektlegges i de tilfeller domstolen kommer til at det bør fastsettes samvær, men under forutsetning av at det foregår under tilsyn. Alternativet for domstolen ville enten være å avskjære samvær helt eller å fastsette «vanlig samvær».

5.3.1 Mors frykt (LA-2017-72764)

I *Mors frykt* (LA-2017-72764) var spørsmålet om det skulle fastsettes samvær mellom far og sønn på 4 år. Mor anmeldte far for seksuelle overgrep mot sønnen, med bakgrunn i guttens egne uttalelser av noe seksuell art, samt hans endrede oppførsel og karakter. Gutten forteller om smerter i rumpa, og at far har fortalt ham at en mygg er årsaken. Myggen har i følge gutten vært i anus og på tissen. Gutten har i følge mor også blitt mer aggressiv og urolig den siste tiden. Politiet henlegger imidlertid saken «etter bevisets stilling».

Lagmannsretten kommer, som tingretten, til at det ikke foreligger tilstrekkelige bevis eller sannsynlighetsovervekt for at far har begått seksuelle overgrep mot sin sønn. Det fremheves også at det synes som både far og sønn har glede av samværene, og at gutten ikke viser tegn

¹⁵⁸ Bl. § 31 2.ledd, Bk. art.12

¹⁵⁹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 35-40

til å være utrygg på eller redd sin far. Lagmannsretten finner det derfor vanskelig å forene de påståtte seksuelle overgrep samtidig som de observerte samværene synes å fungere meget godt.

Retten kommer videre til at hensynet til mor taler for at samværet skal skje under tilsyn. Mor er fremdeles urolig og bekymret for at far og sønn skal ha samvær. Det ble derfor fastsatt samvær under tilsyn én time hver tredje uke.

5.3.2 *Påvirkning* (LG-2017-85461)

Påvirkning (LG-2017-85461) gjaldt fastsettelse av fast bosted og samvær med datter på 3 år. Far var anmeldt for familievold og seksuelle overgrep mot datteren. Datteren hadde kommet med uttalelser som «ingen får spise tissen min» og «ingen får røre tissen min». Dette sammenholdt med jentas smerter ved avføring og vannlating hadde ført til anmeldelse av far. Mors mistanke ble ytterligere styrket da datteren begynte å reagere sterkt etter samvær med far. Politiet fant imidlertid ikke grunnlag for mistankene og henla saken som «intet straffbart forhold bevist».

Lagmannsretten finner at det ikke foreligger forhold som underbygger mors mistanker om seksuelle overgrep. Det var ikke uvanlig at barn i denne alderen ikke ønsket stell og helst ville skjule sine avføringsbehov. Det forelå heller ikke opplysninger fra helsestasjon, barnehage eller barnevernet som kunne underbygge mors mistanker.

Videre legger retten vekt på at forholdet mellom foreldrene er svært konfliktfylt, og at mor ikke har klart å skjerme datteren for dette. Både mor og mormor har omtalt de påståtte overgrepene og snakket negativt om far i nærvær av jenta. Det kan derfor ikke utelukkes at datteren vil påvirkes i negativ retning av dette. Mor er i tillegg lite korrigerbar og retten betviler således mors omsorgsevne. Retten mener det er klart at far har bedre forutsetninger som omsorgsperson enn mor, og kommer til at barnet skal ha fast bosted hos far og ha samvær med mor. Samværet skal skje under tilsyn. Dette begrunnes i hensynet til barnets behov, herunder behovet for å bli skånet fra mors påvirkning og involvering i den pågående konflikt mellom foreldrene.

5.3.3 *Barnets motvilje* (LE-2014-90363)

I *Barnets motvilje* (LE-2014-90363) var spørsmålet om det skulle fastsettes samvær mellom far og hans datter på 13 år. Far var anmeldt for seksuelle overgrep mot jenta, etter at jenta selv har forklart om overgrep fra far. Jenta viste til tre konkrete hendelser hvor hun hevdet å ha blitt voldtatt av far. Politiet henla imidlertid saken.

Far og datter har ikke hatt samvær de siste fire årene, da jenta har motsatt seg all kontakt med far. Jenta holder fremdeles fast ved at hun ikke ønsker kontakt med far, men lagmannsretten synes å se bort ifra dette og mener det er viktig at det etableres samvær snarest. Lagmannsretten er av den oppfatning at de påståtte overgrepene med lite sannsynlighet kan sies å ha funnet sted. Det legges her stor vekt på den sakkyndiges uttalelser om at jenta ikke viste noen tegn til å ha vært utsatt for slike krenkelser, og at historiene til jenta ikke hang sammen. Jenta virket ikke å være traumatisert i noen grad, og lagmannsretten ser ikke bort ifra at jenta kan ha blitt påvirket av andre til å komme med disse overgrepsuttalelsene.

Lagmannsretten mener derfor, som tingretten, at det skal fastsettes samvær. Begrunnelsen synes å være antakelsen om at barnet har godt av å ha kontakt med begge sine foreldre, og at deres relasjon må bygges opp igjen. På bakgrunn av at far og datter ikke har sett hverandre på fire år, samt jentas motvilje til samvær og frykt for far, skal samværet skje under tilsyn.

I denne saken synes lagmannsretten å tillegge barnets mening lite vekt. Dette selv om barnet er over 12 år og hvor dets mening normalt skal tillegges stor vekt (pkt. 2.4). Retten fester ikke lit til jentas forklaringer og mener de later til å være oppdiktete historier. Det er således forståelig at lagmannsretten legger mindre vekt på jentas mening, når den kan være skapt på galt grunnlag. Det er likevel bemerkelsesverdig at retten er så bastant, når den ikke med sikkerhet kan vite at jenta ikke er utsatt for de påståtte overgrep og dermed har en berettiget frykt for far.

5.3.4 *Seksualisert atferd* (LG-2014-92223)

Seksualisert atferd (LG-2014-92223) gjaldt spørsmålet om det skulle fastsettes samvær mellom far og datter på 8 år. Far var anmeldt to ganger for seksuelle overgrep mot datteren, men begge anmeldelsene ble henlagt som intet straffbart forhold bevist. Lagmannsretten finner det imidlertid tilstrekkelig bevist at det ikke kan sees bort fra at datteren har blitt utsatt for seksuelle overgrep. Dette på bakgrunn av jentas plutselige seksualiserte uttalelser og atferd. Jenta uttalte overfor mor at far hadde hatt «tissen i tissen min» og at han flere ganger hadde kilt henne på brystene og nedentil. Jenta skal i følge mor også ha fått en mer seksualisert atferd, og det vises blant annet til en hendelse hvor jenta låste morens hånd til skrittet sitt. Etter spørsmål fra mor forklarer hun at hun gjorde det fordi «det var gøy.», i tillegg til at jenta spør mor om hva som vil skje om menn tar på tissen hennes.

Lagmannsretten vurderer muligheten for at dette kan være et resultat av ledende utspørring fra mor, men slår på bakgrunn av filmede utspørringer raskt fast at mor har vært svært forsiktig i utspørringen og at det ikke foreligger omstendigheter som tilsier at hun har forsøkt å sverte far. Tvert imot mener retten at mor har anstrengt seg for at far skulle være en del av datterens liv.

Videre legges det vekt på at jenta er meget sårbar og at hun er diagnostisert med både ADHD og PTSD. Sistnevnte diagnose kunne ifølge BUP være forenlig med traumatiske opplevelser som overgrep her.

Retten legger videre noe vekt på at jenta selv ønsker samvær med far og at det er i orden at tilsynsfører er med. Selv om hennes mening på grunn av alder og modenhet ikke tillegges størst vekt, er det et moment i den samlede vurderingen.

En enstemmig lagmannsrett kommer derfor til at det skal fastsettes samvær med tilsyn. Det antas å være til barnets beste å opprettholde den positive kontakten som foreligger med far og hans familie.

I denne dommen gjøres det en omfattende risikovurdering av om barnet har blitt utsatt for seksuelle overgrep. Det som imidlertid ikke kommer like klart frem er rettens vurdering av den fremtidige risiko. Det fremgår klart av både praksis¹⁶⁰ og forarbeider¹⁶¹ at det ikke skal fastsettes samvær, heller ikke med tilsyn, dersom det foreligger en risiko for nye, fremtidige overgrep. Lagmannsretten synes her å gjøre en samlet vurdering av fortiden og nåtidens risiko, og kommer etter en helhetsvurdering til at samvær med tilsyn vil være tilstrekkelig for å ivareta barnets sikkerhet.

5.3.5 Oppsummering

Lagmannsretten synes etter dette å legge stor vekt på å forhindre samværsforelderens negative påvirkning av barnet, og ønsker gjennom å fastsette tilsyn å unngå at barnet involveres i foreldrenes konflikt. Dette har vært det avgjørende momentet i fire av avgjørelsene i dette utvalget. Videre legger retten også i spørsmålet om tilsyn vekt på bostedsforelders frykt og uro for samvær. Dette ble særlig avgjørende i to avgjørelser, hvorledes tilsyn ble fastsatt for å fungere som en trygghet for bostedsforelder. Tilsyn har som analysen viser også blitt fastsatt av hensyn til barnets motvilje til samvær, og for det tilfellet at barnet har utviklet frykt for samværsforelderens.

5.4 Avsluttende refleksjoner

Gjennomgangen viser at det foregår en rettslig utvikling i samværssaker som omhandler overgrepsanklager. Utviklingen synes å gå i barnets favør ved at barnets beste og deres rettigheter blir mer fremtredende og er domstolens hovedfokus. Samtidig viser analysen at det fremdeles er rom for å stille enkelte spørsmål ved domstolens håndtering av disse type saker.

¹⁶⁰ Rt. 1989 s. 320, Rt. 1990 s. 239 mfl.

¹⁶¹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 6

Dette gjelder særlig barnets rett til å bli hørt, samt anvendelsen av tilsynsordninger. Særlig bemerkelsesverdig er det at samvær kun avskjæres i syv avgjørelser i løpet av de siste fem årene.

I mars 2013 ga Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet sitt forslag til endringer i barneloven, og ønsket blant annet at terskelen for å nekte samvær ved mistanke om seksuelle overgrep, skulle senkes noe. Dette ble rask fulgt opp i domstolen, da Høyesterett i oktober samme år avsa dom i samværssak med overgrepsanklager.¹⁶² Risikoen for overgrep lot seg ikke avkrefte her, og domstolen nektet derfor samvær mellom far og datter. Dette er i tråd med departementets uttalelser om at det skal avskjæres i alle tilfeller hvor retten finner at det foreligger risiko for overgrep eller der slik risiko ikke lar seg avkrefte.¹⁶³

Gjennom nevnte avgjørelse fremhever også Høyesterett vekten av barnets omsorgssituasjon. Domstolen viker her tilbake for å fastsette samvær, i frykt for den påkjenning det har på bostedsforelder som omsorgsperson for barnet. I seks av de 43 analyserte avgjørelsene ble dette momentet tillagt betydelig vekt, senest i en avgjørelse fra 2018. Dette er etter min mening en positiv utvikling, da domstolen viser at den vektlegger og ivaretar hensynet til barnets beste i enda større grad. Samværet fratas ikke samværsforelder av hensyn til bostedsforelders individuelle uro og frykt, men av hensyn til den omsorgskompetanse- og person denne forelderen blir overfor barnet i hverdagen.

Domsanalysen viser imidlertid at domstolen synes å ha et forbedringspotensial vedrørende oppfyllelsen av Bk. art. 12, og barnets rett til å bli hørt. Analysen viser at domstolen i de færreste avgjørelsene legger særlig stor vekt på hva barnet mener, dersom barnet er under 12 år. Domstolen nøyer seg ofte her med å vise til at barnet har uttrykt et ønske, men legger videre vekt på at den bakenforliggende årsak kan være uklar. Barnets unge alder blir således avgjørende i negativ retning for barnet. De yngre barnas rett til å bli hørt ivaretas derfor kun delvis. Barnet får uttale seg, men selve vektleggingen synes å være en utfordring for domstolene. Domstolen later til å finne det vanskelig å stole på barnas uttalelser, og anser trolig denne aldersgruppen som mer mottakelig for manipulasjon og påvirkning enn de eldre barna. Slik vegring fra domstolen er på den ene siden forståelig, samtidig bemerkelsesverdig når det fremgår uttrykkelig av loven¹⁶⁴ at yngre barn skal høres etter sin alder og modenhet. Dette er ikke ensbetydende med at deres mening skal avvises. Høringen av barn i samværssaker kan ikke etter dette sies å ha gjort det største utslaget i arbeidet med å senke terskelen for å nekte samvær, foreløpig.

¹⁶² Rt. 2013 s. 1329

¹⁶³ Prop. 85 L (2012-2013) s. 6

¹⁶⁴ Bl. § 31

Videre viser analysen at domstolen kun i syv av 43 saker fastsatte at det ikke skulle være samvær. Dette kan sies å være et noe lavt tall, hensett til at departementet i 2013 ønsket terskelen senket. Av de resterende avgjørelsene ble det derimot fastsatt samvær med beskyttet tilsyn i 21 av tilfellene, hvilket kan tyde på at domstolen finner det enklere og mindre risikabelt å benytte tilsynsordninger. Beskyttet tilsyn blir således en sikkerhetsventil og mellomløsning for domstolen.

Det er forståelig at domstolen kvier seg for å nekte samvær, da dette medfører store konsekvenser for begge parter. I samværsaker hvor det kun foreligger mistanker om seksuelle overgrep, vil det dessuten alltid være en mulighet for at påstandene ikke er berettigede. Nektes samvær på galt grunnlag vil samværsforelderen uberettiget fratas muligheten til å tilbringe tid med og bygge en relasjon til barnet sitt, i tillegg til at forelderen må leve med en uriktig stigmatisering som overgriper. Tilsvarende mister barnet muligheten til å opprettholde kontakt med samværsforelderen, og står i fare for å utvikle negative forestillinger om og en frykt for denne, som omgivelsene bekrefter. På den annen side risikerer barnet å bli utsatt for gjentatte overgrep, dersom retten feilaktig legger til grunn at risiko for overgrep ikke foreligger og at samvær dermed tilkjennes.

At retten tilsynelatende benytter seg av tilsynsordningene i stor grad, er likevel ikke bare enkelt. Beskyttet tilsyn fjerner risikoen for nye, fysiske overgrep under samvær, men vil likevel ikke kunne beskytte barnet mot eventuell retraumatisering og andre reaksjoner. Uavhengig av om frifinnelsen er feilaktig eller ikke, vil barnet kunne ha en negativ oppfatning av samværsforelderen og kjenne frykt for han eller hun. Dersom forelderen dog er feilaktig frifunnet for overgrepene, er risikoen følgelig større for at barnet vil kunne ta skade av samværet. Professor Haugli deler min skepsis til domstolenes omfattende bruk av tilsynsordninger i disse sakene,¹⁶⁵ og stiller særlig spørsmål ved bruk av tilsyn i saker hvor barnet har uttrykt angst for samværsforelder. Selv om barnet vet at samværet gjennomføres under trygge rammer med andre tilstede, vil den indre frykt likevel kunne eksistere. Haugli er derfor skeptisk til bruk av tilsyn over flere år, og mener at samvær under tilsyn ikke bør brukes som terapi. Samvær med beskyttet tilsyn kan som tidligere nevnt brukes til bearbeidelse av angst og frykt, samt realitetsorientering av barnet. Likevel deler jeg Hauglis mening om at terapi er noe helt annet enn samværsrett.

Sammenfattet kan det synes som terskelen for å fastsette intet samvær fremdeles ikke er helt nede på det nivå departementet ønsket seg etter 2013. Det har kun gått fem år, slik at det for-

¹⁶⁵ Haugli (2013) s. 271

håpentligvis vil åpnes for flere nektelser i de kommende år. At domstolen derimot er mer tilfreds med å fastsette samvær under tilsyn, mener jeg det både kan og bør stilles spørsmål ved.

Kildeliste

Litteratur

- Andenæs, Johs. (2014) *Norsk straffeprosess*, 4. utg. ved Tor- Geir Myhrer, Oslo: Universitetsforlaget, 2014
- Andenæs, Johs. (2016) *Alminnelig strafferett*, 6. utg. ved Georg Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Oslo: Universitetsforlaget, 2016
- Backer, Inge Lorange (2008) *Barneloven, kommentarutgave*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2008
- Barne- og likestillingsdepartementet (2018) *Nytt utvalg skal gjennomgå barneloven*. 2018, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/nytt-utvalg-skal-gjennomga-barneloven/id2621496/> [Sitert 15.04.19]
- Bendiksen, Lena R.L og Trude Haugli (2018) *Sentrale emner i barneretten*, 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018
- Bufdir (Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet) (2017a) *Seksuelle overgrep mot barn*. 2017, https://www.bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Opvekst/Vold_og_overgrep_mot_barn/Seksuelle_overgrep_mot_barn/ [Sitert 15.04.19]
- Bufdir (Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet) (2017b) *Barn og samlivsbrudd*. 2017, https://www.bufdir.no/Statistikk_og_analyse/Opvekst/Familie_omsorg_og_relasjoner/Barn_og_samlivsbrudd/ [Sitert 15.04.19]
- ECHR (European Court of Human Rights) *Questions and answers (Udatert)* https://www.echr.coe.int/Documents/Questions_Answers_ENG.pdf [Sitert 16.04.19]

- FN (UN) (2018) *Status of ratification* (2018), <http://indicators.ohchr.org/> [Sisert 15.04.19]
- Gangnes, Ole-Martin (2018) *Slår alarm om økonomien i domstolene.* (2018), <https://juristen.no/nyheter/2018/12/sl%C3%A5r-alarm-om-%C3%B8konomien-i-domstolene> [Sisert 16.04.19]
- Haugli, Trude (1999) «Foreldreansvaret ved sabotasje av samværsretten», i *Lov og Rett* (1999) s. 299-312 [Sisert fra Lovdata.no 15.04.19]
- Haugli, Trude (2011) «Bosted og samlet foreldrekontakt – betyr størst og mest det samme som best? », *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 01/ 2011 (Volum 9) s. 38-55 [Sisert Idunn.no 15.04.19]
- Haugli, Trude (2013) «Samvær under tilsyn», i *Velferd og rettferd: Festskrift til Asbjørn Kjønstad*, Aslak Syse, Kirsten Ketscher, Kåre Lilleholt og Eivind Smith (red.), Oslo: Gyldendal Juridisk, 2013 s. 255-272 [Sisert fra Lovdata.no 15.04.19]
- Haugli, Trude (2016) «Hensynet til barnets beste», i *Barnekonvensjonen*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 3.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016. s. 51-73
- Hennum, Ragnhild (2016) «Retten til beskyttelse mot vold, overgrep og utnyttelse», i *Barnekonvensjonen*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016. s. 329-356.
- Hov, Jo (2017) *Rettergang i sivile saker*, 3. utg., Oslo: Papinan, 2017.

- Kierulf, Anine (2015) «Kommentar til Grunnloven» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata [Sisert 15.04.19]
- Matningsdal, Magnus (2018) «Kommentar til Straffeloven» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata [Sisert 15.04.19]
- Oppedal, Mons (2008) «Vold og seksuelle overgrep som argument i avgjørelser etter barneloven», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 02/2008 (Volum 6), s. 106-121. [Sisert Idunn.no 15.04.19]
- Redd Barna (2015) *Kunnskapsundersøkelse: Seksuelle Overgrep. Kartlegging av befolkningens kunnskap om holdninger til seksuelle overgrep mot barn.* 2015, <https://www.reddbarna.no/document-file7232?pid=Native-ContentFile-File&attach=1> [Sisert 14.04.19]
- Sandberg, Kirsten (2016) «Barns rett til å i hørt», i *Barnekonvensjonen*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 3.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016 s. 92-121
- Sandberg, Kirsten (2018) «Kommentar til Barneloven» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata [Sisert 15.04.19]
- Smith, Lucy (2016) «FNs konvensjon om barnets rettigheter», i *Barnekonvensjonen*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 3.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016. s. 17-30
- Statistisk Sentralbyrå (SSB) (2018) *Ekteskap og skilsmisser.* 2018, <https://www.ssb.no/befolkning/statistikker/ekteskap> [Sisert 16.04.19]
- Strandbakken, Asbjørn (2003) *Uskyldspresumsjonen – In dubio pro reo*, Bergen: Fagbokforlaget, 2003.

Norske rettskilder

Lovgivning

1814	Lov 17. Mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
1981	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (Barneloven)
1981	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)
1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven)
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (Straffeloven)
2013	Forskrift 19. desember 2013 nr. 1636 om samvær med tilsyn etter barnelova

Forarbeider

NOUer

NOU 1977: 35	<i>Lov om barn og foreldre (Barneloven)</i>
NOU 2008: 9	<i>Med barnet i fokus – en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær</i>

Proposisjoner

Ot.prp.nr. 20 (1991–1992)	<i>Om endringer i straffeloven og skadeserstatningsloven m. m (seksuelle overgrep mot barn)</i>
Ot.prp. nr. 28 (1999-2000)	<i>Om lov om endringer i straffeloven mv. (seksuallovbrudd)</i>

Ot.prp. nr. 103 (2004–2005)

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

Ot.prp.nr. 104 (2008–2009)

Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)

Prop. 85 L (2012-2013)

Endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister)

Stortingsdokumenter

Dokument 16 (2011-2012)

Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1933 s. 995

Rt. 1989 s. 320

Rt. 1990 s. 239

Rt. 1996 s. 888

Rt. 1997 s. 442

Rt. 1997 s. 449

Rt. 1998 s. 749

Rt. 2000 s. 2120

Rt. 2010 s. 216

Rt. 2010 s. 1528

Rt. 2013 s. 1329

Rt. 2014 s. 976

Rt. 2015 s. 93

Lagmannsrettspraksis

LG-2001-1349

LB-2009-132003

LA-2012-152499

LB-2014-101922

LE-2014-90363

LF-2014-180279

LG-2014-92223
LB-2015-40990
LG-2016-110413
LG-2017-85461
LA-2017-72764
LB-2018-133843
LG-2018-74114

Annen offentlig praksis

Barne- og likestillingsdepartementet (2004)

Veileder Q-15/2004: Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn

[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/bfd/bro/2004/0005/ddd/pdfv/203406-veiledning_q15-041.pdf] [Sitert 15.04.19]

Barne- og likestillingsdepartementet (2014)

Veileder - Samvær med tilsyn etter barneloven § 43 a, juli 2014

[<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barneloven.pdf>] [Sitert 15.04.19]

Internasjonale rettskilder

Traktater

EMK

The European Convention on Human Rights, Roma 4. november 1950

BK

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

Forarbeider

FNs Barnekomité (2009)

General Comment no. 12 (2009) the right of the child to be heard, 01.07.2009

FNs Barnekomité (2011)

General Comment no. 13 (2011) the right of the child to freedom from all forms of violence, 18.04.2011

FNs Barnekomité (2013)

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), 29.05.2013

ECHR (2018)

Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life,
31.12.2018
[https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf] [Sitert 14.04.19]

Rettspraksis

Den europeiske menneskerettighetsdomstol/EMD

Silver and Others v. The UK

Case of Silver and Others v. The United Kingdom, Application no. 7136/75, 25.03.1983

L. v. Finland

Case of L. v. Finland, Application no. 25651/94, 27.07.2000

Hammern v. Norway

Case of Hammern v. Norway, Application no. 30287/96, 11.05.2003

Ringvold v. Norway

Case of Ringvold v. Norway, Application no. 34964/97, 11.05.2003

Süss v. Germany

Case of Süss v. Germany, Application no. 40324/98, 12.04.2006

Sanchez Cardenas v. Norway

Case of Sanchez Cardenas v. Norway, Application no. 12148/03, 04.01.2008

Orr v. Norway

Case of Orr v. Norway, Application no. 31283/04, 01.12.2008

A v. Norway

Case of A v. Norway, Application no. 65170/14, 29.05.2018

Utenlandske rettskilder**Svenske forarbeider**

Prop. 2009/10:192

Umgängesstöd och socialtjänstens förutsättningar att tala med barn. 2010

Personlig meddelelse

Ringnes, Ole-Kristian

E-post fra advokat i Advokatfirmaet Fari, 14. mars 2019