



Privat samværsnekt?

- *Rett, plikt og mulighet for bostedsforelder til å hindre samvær ved mistanke om overgrep*

av Ann-Helen Rognsaa Andreassen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap

ved Universitetet i Tromsø

Det juridiske fakultet

Våren 2013

Innhold

| | | |
|--------|-------------------------------------------------------------------|----|
| 1. | Innledning..... | 4 |
| 1.1. | Temaets aktualitet..... | 4 |
| 1.2. | Problemstillingen..... | 5 |
| 1.3. | Historisk utvikling | 6 |
| 1.4. | Metode og rettskildebildet | 8 |
| 1.5. | Begrepsavklaringer | 10 |
| 1.6. | Avgrensninger | 10 |
| 1.7. | Oversikt over den videre fremstilling | 11 |
| 2. | Retten til samvær..... | 11 |
| 2.1. | Samværsrettens begrunnelse | 11 |
| 2.2. | Rett til samvær etter barnekonvensjonen..... | 12 |
| 2.3. | Rett til samvær etter EMK..... | 13 |
| 2.4. | Samværsrette etter nasjonale rettskilder..... | 14 |
| 2.4.1. | Forelderens rett til samvær..... | 14 |
| 2.4.2. | Barnets rett til samvær | 15 |
| 2.5. | Samværsrettens sterke stilling..... | 16 |
| 3. | Begrensning i samværsretten..... | 17 |
| 3.1. | Unntaket begrunnelse..... | 17 |
| 3.2. | Når kan samvær nektes etter barnekonvensjonen? | 18 |
| 3.3. | Når er en nektelse av samvær i samsvar med EMK?..... | 19 |
| 3.4. | Når kan samvær nektes etter nasjonal rett? | 21 |
| 3.5. | Rettspraksis om nektelse av samvær | 23 |
| 4. | Hindring av samvær | 24 |
| 4.1. | En forelders rett og plikt til å hindre samvær | 25 |
| 4.2. | Konsekvenser av aksept av samvær ved mistanke om overgrep..... | 26 |
| 4.2.1. | Omsorgsovertakelse | 26 |
| 4.2.2. | Straffansvar | 28 |
| 4.3. | Muligheten til å hindre samvær | 29 |
| 5. | Rettslig prosess | 32 |
| 5.1. | Domstolens forpliktelse til å beskytte barnet | 32 |
| 5.2. | Prosess til barnets beste | 33 |
| 5.3. | Endringer av avtaler og avgjørelser ved mistanke om overgrep..... | 34 |
| 5.4. | Foreløpig avgjørelse | 35 |

| | | |
|------|--------------------------------------------------------------------------|----|
| 5.5. | Krav til hurtighet i prosessen | 36 |
| 5.6. | Tvangsfullbyrdelse..... | 36 |
| 6. | Bevissspørsmål i saker om samvær | 38 |
| 6.1. | Usikkerhetsmomenter i saker med overgrepssproblematikk | 38 |
| 6.2. | Nektelse av samvær | 38 |
| 6.3. | Hindring av samvær | 40 |
| 6.4. | Beviskrav ved omsorgsovertakelse..... | 42 |
| 6.5. | Medvirkning til straffbar handling – beviskrav..... | 43 |
| 7. | Foreliggende forslag til endringer i barneloven..... | 44 |
| 7.1. | Innledning | 44 |
| 7.2. | Forslag om å lovfeste en forelders rett og plikt til å nekte samvær..... | 44 |
| 7.3. | Plikt for retten til å ta en foreløpig avgjørelse | 46 |
| 7.4. | Tvangsbot..... | 47 |
| 7.5. | Økt fokus på barnets mening i saker med overgrepssproblematikk | 48 |
| 8. | Rettspolitisk diskusjon..... | 49 |
| 9. | Avsluttende refleksjoner | 52 |
| 10. | Litteraturliste | 53 |
| | Lover:..... | 53 |
| | Opphevede lover: | 53 |
| | Forarbeider:..... | 53 |
| | Praksis fra Høyesterett:..... | 54 |
| | Praksis fra Høyesteretts kjæremålsutvalg:..... | 55 |
| | Praksis fra Lagmannsrettene: | 55 |
| | Konvensjoner:..... | 55 |
| | Praksis fra EMD:..... | 55 |
| | Uttalelser fra FNs barnekomité: | 56 |
| | Juridisk litteratur:..... | 56 |
| | Bøker: | 56 |
| | Artikler:..... | 56 |
| | Øvrig litteratur: | 57 |

1. Innledning

1.1. Temaets aktualitet

Barnets rett til samvær er fastsatt i lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven eller bl.) § 42. Etter denne bestemmelsen har begge foreldrene ansvaret for at retten oppfylles. Den av foreldrene som ikke bor sammen med barnet har rett til samvær etter barneloven § 43. Samværsretten er generelt begrunnet med at det antas å være til barnets beste.

Likevel kan det, i den konkrete sak, være til barnets beste å slippe å ha samvær. Dette vil være tilfelle dersom det er risiko for at barnet utsettes for overgrep hos samværsforelder.

Det er generelt et økt fokus på å beskytte barn mot overgrep i nære relasjoner. I tråd med denne utviklingen, ble det fremsatt forslag til endringer i barneloven i høringsnotat av 12. oktober 2012 for å gi barn bedre beskyttelse mot vold og overgrep.

I høringsnotatet ble det på s. 69 foreslått at det skulle tas inn en bestemmelse i bl.§43 om at den som barnet bor fast sammen med skal nekte samvær dersom det er nødvendig for å hindre at barnet blir utsatt for vold eller på annen måte blir behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare.

I denne sammenheng med dette forslaget ble det også på samme side foreslått at det skulle inntas et tillegg til bl. §43 fjerde ledd om at det skal tas hensyn til at forelderen har plikt til å hindre samvær i saker der samværsforelder kan kreve ny avgjørelse fordi bostedsforelder har hindret samværet. Det uttales på s. 27 i høringsnotatet at denne tilføyelsen er foreslått for å tydeliggjøre at reell frykt eller risiko for vold eller overgrep mot barnet må anses å utgjøre en god og legitim grunn til å nekte avtalt eller fastsatt samvær.

Bakgrunnen for forslaget om privat samværsnekt fremgår i høringsnotatet på s. 18. Der pekes det på at det i praksis synes å være usikkerhet knyttet til om bostedsforelder har rett til å stanse samvær i en sak der det er reell frykt for at barnet utsettes for vold eller overgrep. Videre er usikkerheten knyttet til om bostedsforelder kan risikere at hindring av samvær kan komme vedkommende til skade i en eventuell senere rettsak om hvor barnet skal bo fast. Det uttales på s. 27 i høringsnotatet at endringen ble foreslått for å tydeliggjøre at bostedsforelder har rett til å nekte å inngå avtale om samvær i en slik situasjon.

Forslaget om privat samværsnekt var utgangspunktet for dette arbeidet, men ble imidlertid ikke fulgt opp av regjeringen 22. mars i år gjennom Prop. 85 L. Begrunnelsen for dette var at

det mangler en drøftelse av samværsforelderens rett til å beskytte barnet mot vold og overgrep hos bostedsforelderens.¹

I Pror. 85 L. legger departementet til grunn at både bostedsforelder og samværsforelder har en rett og plikt til å beskytte barnet mot vold og seksuelle overgrep.² Selv om det foreligger en slik rett og plikt, foreligger det en usikkerhet med tanke på konsekvenser knyttet til en hindring, eventuelt aksept av samvær ved mistanke om overgrep. Fordi rettstilstanden fremstår som uklar, er det interessant å undersøke dette nærmere.

Selv om forslaget om privat samværsnekt ikke videreføres denne runden, er det interessant å se hva dette forslaget ville ha medført. I proposisjonen på s. 15 pekes det på at forslag om endringer i barnelovens bestemmelser om foreløpig avgjørelse og tvangsbot ivaretar mange av de samme hensynene som lå til grunn for det opprinnelige forslaget om privat samværsnekt.

Det vil derfor være interessant å undersøke om hvilken forandring en vedtakelse av disse vil kunne medføre.

I tillegg til å se nærmere på disse forslag, vil jeg se nærmere på forslaget om å tillegge barnets mening større vekt. Dette vil jeg vurdere fordi jeg mener det kan være aktuelt for å bedre den reelle muligheten til å beskytte barnet ved mistanke om overgrep.

1.2. Problemstillingen

I denne avhandlingen vil rettstilstanden rundt hindring av samvær ved mistanke om overgrep søkes belyst. Det vil vurderes barnet er tilstrekkelig beskyttet i en slik situasjon.

Avhandlingens hovedproblemstilling er hvilken rett, plikt og mulighet bostedsforelder har til å hindre den andre forelder samvær ved mistanke om overgrep. Med mulighet mener jeg en reell mulighet, der forelderens kan ivareta sin rett og plikt til å beskytte barnet i en slik situasjon, uten at det medfører uholdbare konsekvenser.

For å belyse dette, er det nødvendig å undersøke utgangspunktet, som er samværsrett. Spørsmål som er interessant i forhold til samværsretten er hvorfor utgangspunktet er samværsrett, og når samværsrett foreligger. Videre er det interessant hvilken innvirkning samværsrettens stilling har på muligheten til å hindre samvær.

¹ Prop. 85 L (2012-2013) Endringer i barnelova (Barneperspektivet i foreldretvister).

² *op.cit.* s. 14-15.

For å finne ut når foreldre har rett til å hindre samvær, er det nødvendig å undersøke hvor Høyesterett mener terskelen for nektelse av samvær går. Denne terskelen gir veiledning for når samvær ikke er lenger er ansett å være til barnets beste.

Et aspekt ved plikten til å hindre samvær, er de konsekvenser som kan inntre ved en forsømmelse av denne plikten. Dette vil derfor vurderes i tilknytning til plikten til å hindre samvær.

For å beskytte barnet mot skadelig samvær, er rettslig nektelse av samvær alternativet til privat hindring av samvær. Disse reglene vil derfor også undersøkes, herunder prosessreglene. Disse reglene er interessante fordi flere av de endringer som er foreslått er av prosessuell art.

For å forstå reglene og problemet ved reglene, er det nødvendig å undersøke hva som kreves av bevis i de forskjellige saker. Dette er viktig, fordi det er det faktum retten legger til grunn som i praksis blir avgjørende for utfallet av saken.

Tilslutt er det interessant å se hvilke endringer som kan føre til bedre beskyttelse av barnet i en situasjon der det er behov for å hindre samvær.

1.3. Historisk utvikling

Både den internasjonalt og nasjonalt har den generelle utviklingen på barnerettens område gått i retning av å styrke barns rett til beskyttelse. Internasjonalt begynte utviklingen allerede tidlig på 1900-tallet. Folkeforbundets erklæring om barns rettigheter ble vedtatt allerede i 1924. I 1959 ble FNs erklæring om barns rettigheter vedtatt, med Verdenserklæringen om menneskerettighetene som forbilde. FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen eller BK) ble vedtatt 20. november 1989 for å beskytte barn.

Barnekonvensjonen er, i motsetning til de tidligere erklæringer, rettslig bindende for de stater som har ratifisert konvensjonen. Barnekonvensjonen ble ratifisert av Norge 8. januar 1991, og ble gjort til en del av norsk lov i 2003 gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller mnskrl.).

Et aspekt ved styrkingen av barns rett til beskyttelse, er et økt fokus på å beskytte barn mot overgrep i nære relasjoner. Hva som anses som et overgrep er også forandret.

Tidligere var det i nasjonal rett alminnelig akseptert å anvende fysisk refselse i oppdragelsesøyemed. Nå inngår vold som en naturlig del av hva som regnes som overgrep.

Utviklingen har gått gradvis fra å være alminnelig akseptert til å bli straffbart. I 2010 fikk barneloven § 30 en tilføyelse til tredje ledd, som klargjorde at det ikke lengre var tillatt å bruke noen som helst form for vold i oppdragelsesøyemed.

Samtidig som synet på vold har forandret seg drastisk, har det blitt et økt fokus både på seksuelle overgrep og psykiske overgrep.

Det har blitt forsket mer på overgrep generelt, og en rekke nylige studier har påvist flere og alvorligere negative effekter på barns helse.

En annen konsekvens av styrkingen av barns rettigheter, er at synet på barn har forandret seg. Eldre dommer fra Høyesterett viser at barnet ble behandlet som et rettighetsobjekt i stedet for rettighetssubjekt. Det var tale om en forelders rett til barnet, og ikke barnets rett. Dommen inntatt i Rt. 1939 s. 423 viser dette ved at det ikke er fokus på barnet i det hele tatt.

Samtidig med at utviklingen har gått i retning av å styrke barns rettigheter, har det som følge av likestillingen vært en styrking av "farsrettighetene". Haugli uttaler at "retten til samvær, som ved vedtakelsen av barneloven i 1981 ble presentert som en barnerettighet, er i stor grad blitt en farsrettighet".³

I tråd med denne utviklingen har samværsrettens stilling også endret seg betraktelig. Tidligere fikk mor automatisk foreldreansvaret for små barn. I dommen inntatt i Rt. 1939 s. 423 fant Høyesterett at det ikke forelå noen hjemmel til å tilkjenne samvær, dersom mor motsatte seg det. I plenumsdommen inntatt i Rt. 1940 s. 155 fravek Høyesterett dommen fra 1939, og samvær ble tilkjent. Samværsretten ble lovfestet gjennom lov 21. desember 1956 nr. 9 om born i ekteskap (bie) § 4 og lov 21. desember 1956 nr. 10 om born utanom ekteskap (bue) § 4.

Vedtakelsen av barneloven innebar en ytterligere styrking av samværsretten. Den nye loven innebar at søksmålsbyrden ble flyttet fra den som ønsker samvær til den som ønsker å nekte den annen forelder samvær. Utgangspunktet om samværsrett gjaldt imidlertid bare for de tilfeller der begge foreldrene hadde bodd sammen med barnet.

Barneloven ble ved lov av 3 mars 1989 nr. 8 endret slik at forholdet mellom foreldre ikke lengre var relevant for om det skulle være samværsrett eller ikke. Samtidig ble det inntatt en

³ Trude Haugli, "Skiftende ideologier i barnelovgivning – alltid til barnets beste?" *Jubileumsskrift til Universitetet i Tromsø; Fra Driftssentralen til Teorifagbygget*, 2004 s 77-88 (s.80).

bestemmelse som medførte at en hindring av samværsretten var en særlig grunn til å få ny avgjørelse av fast bosted og foreldreansvar. Dette innebar en ytterligere styrking av samværsretten.

1.4. Metode og rettskildebildet

Avhandlingen er i hovedsak en rettsdogmatisk fremstilling. Det vil likevel være rettspolitiske vurderinger underveis. I kapittel 8 vil det inntas en rettspolitisk tilnærming til problemstillingen og gjeldende rett.

Både barnekonvensjonen (BK) og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) er relevante rettskildefaktorer for temaet i denne avhandlingen. Konvensjonene er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2, og er gitt forrang foran andre bestemmelser ved eventuell motstrid jf. mnskrl. § 3.

Selv om disse konvensjonene også er gjort til norsk rett, vil jeg bare omtale de kildene som ikke har sitt opphav internasjonalt for nasjonal rett.

Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD) har både en kontrollfunksjon og en rettsutviklende funksjon. Norge er bundet av EMDs tolkning av EMK⁴. EMDs praksis har dermed betydning for forståelsen av konvensjonsbestemmelsene.

Det finnes ikke noe tilsvarende organ for håndhevelsen av barnekonvensjonen. Likevel er de generelle kommentarer (general comments) som blir utgitt av FNs barnekomité relevant. Kommentarene er ikke rettslig bindende, men gir i følge juridisk litteratur ”god veiledning om bestemmelsenes innhold og bør benyttes som en viktig kilde for tolkning av barnekonvensjonen.”⁵

Den nasjonale lovgivningen på barnerettens område åpner for mye skjønn. Dette er naturlig fordi det er tale om uensartede saker der hvert barn har ulike behov. Reelle hensyn er derfor sentrale på barnerettens område.

Forarbeidene til gjeldende lov gir et viktig bidrag til tolkningen av loven for å finne lovgivers vilje. Forarbeidenes vekt kan forklares med at autoriseringen av loven, gjennom vedtakelsen,

⁴ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s.47.

⁵ Lucy Smith, ”FNs konvensjon om barnets rettigheter”, i N. Høstmælingen, E.S. Kjørholdt og K. Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge*, 2. utg. Oslo 2012 (s.25).

medfører at autoriseringen smitter over på forarbeidene.⁶ Dette gjør at forarbeidene har rettskildemessig liten vekt inntil en lov er vedtatt. Forarbeidene til endringer i barneloven, må inntil endringen er vedtatt betraktes som etterfølgende ytringer i forhold til den gjeldende lov. Det er i teorien antatt at etterfølgende ytringer har lik status med juridisk teori eller tilsvarende reelle hensyn.⁷

Rettskildemessig må et høringsnotat antas å ha mindre vekt da det er tidlig i prosessen, og det er svært usikkert om det vil vedtas endringer i tråd med det som er foreslått.

Det er likevel interessant å se på hva endringer i tråd med forslaget ville innebære. Disse forarbeidene er også av interesse fordi de gir uttrykk for endringer i lovgivers verdisyn.

Praksis fra Høyesterett har generelt stor vekt. Prejudikatverdien varierer imidlertid etter kvaliteten på dommen. Forhold som svekker prejudikatverdien av en dom er for eksempel at de er gammel og i utakt med rettsoppfatningen, at den er kritisert eller at den kan regnes å bygge på feil rettsoppfatning.⁸

Utviklingen i rettsoppfatningen når det gjelder vold, kan ha innvirkning på prejudikatverdien.

Høyesteretts praksis har mindre prejudikatverdi på barnrettens område, når det gjelder resultatet av skjønnsutøvelsen i den enkelte sak. Dette er fordi hva som er best for det enkelte barnet vil variere ut fra det enkelte barnets behov. Når det gjelder Høyesteretts standpunkt til lovtolkning og saksbehandlingsspørsmål, har imidlertid dommene like stor prejudikatverdi som på andre områder. Tidligere dommer vil derfor være et viktig bidrag for å klarlegge rettstilstanden.

Praksis fra Høyesteretts kjæremålsutvalg må tillegges mindre vekt enn avgjørelser fra Høyesterett, men er et moment av betydning.

Der det ikke foreligger praksis fra Høyesterett, vil dommer fra lagmannsrettene og tingrettene være relevante kilder. Disse dommene har imidlertid rettskildemessig vekt som juridisk teori.⁹

Juridisk litteratur blir normalt ikke tillagt selvstendig vekt som primær rettskilde, men kan gi et vesentlig bidrag ved klarlegging av gjeldende rett.¹⁰

⁶ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s.45.

⁷ *op.cit.* s. 202.

⁸ *op.cit.* s. 330.

⁹ *op.cit.* s. 210.

Som nevnt, er reelle hensyn sentrale på barnerettens område. Det viktigste hensynet er hensynet til ”barnets beste”. Prinsippet er lovfestet som et viktig tolkningsmoment både i BK og i nasjonal rett.

1.5. Begrepsavklaringer

I denne avhandlingen vil jeg benytte begrepet ”hindring” av samvær om den situasjonen hvor en av foreldrene privat hindrer utøvelsen av samvær. Dette fordi dagens lov benytter begrepet slik. Begrepet ”nektelse” av samvær vil bli benyttet om endelige avgjørelser som tilligger domstolene, da denne begrepsbruk generelt benyttes.

Høringsnotatet benytter begrepet samværsnekt om de tilfeller der det er tale om å gi foreldrene en lovfestet rett til å hindre samvær. Med denne begrunnelse reserveres formuleringen ”privat samværsnekt” til omtalelsen av forslaget gjort i høringsnotatet.

Begrepet samværs sabotasje vil bli benyttet om en hindring av samværet som ikke har en legitim begrunnelse.

Begrepet ”overgrep” vil i hovedsak bli benyttet som fellesbetegnelse for psykisk og fysisk vold og seksuelle overgrep. Begrepet ”overgrep” omfatter også det å være vitne til vold. En slik definisjon er naturlig, da statens forpliktelse etter BK art. 19 nr. 1 innebærer å beskytte barnet fra ”alle former for fysisk eller psykisk vold[...]herunder seksuelt misbruk”. Også etter bl. §48 annet ledd skal det tas hensyn til at barnet ikke utsettes for ”vald eller på annen vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for sakede eller fare”.

I høringsnotatet ble det fokusert mest på fysisk vold og seksuelle overgrep, uten at det kan være avgjørende. Det kan imidlertid bemerkes at den psykiske behandlingen av barnet må være av graverende art for å omfattes av begrepet ”overgrep”.

1.6. Avgrensninger

I denne avhandlingen er rettstilstanden rundt hindring av samvær ved mistanke om overgrep tema. Dette medfører at tilfeller der samværsforelder har behov for å beskytte barnet vil falle utenfor. En årsak til at dette ikke behandles er at utgangspunktet for oppgaven var

¹⁰ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 105.

høringsnotatet, hvor dette ikke var et tema. En annen årsak er at tilfeller der det er samværsforelder som har behov for å beskytte barnet, reiser helt andre problemstillinger.

For å nevne noen forskjeller, har en samværsforelder mulighet til å melde i fra til barnevernet uten å risikere å miste omsorgen. En samværsforelders innblanding kan heller ikke resultere i en uønsket flytting av barnet.

Tilfeller der barnet har delt bosted vil også falle utenfor oppgavens tema. Begrunnelsen for dette er at dette ville medføre en helt annen diskusjon, igjen.

Videre avgrenses det mot barnevernets oppgaver og problematikken ved å gripe inn overfor samværsforelder. Denne avgrensningen gjøres fordi dette blir på siden av oppgavens tema.

1.7. Oversikt over den videre fremstilling

I avhandlingens første del (kapittel 2-6) vil den nåværende rettstilstanden behandles. Kapittel 2 omhandler retten til samvær, mens kapittel 3 omhandler rettslig avgjørelse om nektelse av samvær. Kapittel 4 omhandler en forelders plikt til å hindre samvær. Herunder vil konsekvensene av aksept av skadelig samvær og konsekvenser ved at samvær hindres behandles. Under kapittel 5 vil prosessen i samværssaker behandles. Kapittel 6 omhandler bevisspørsmål i saker om samvær.

I avhandlingens annen del (kapittel 7) vil foreliggende forslag til endring av barneloven behandles. I avhandlingens tredje del (kapittel 8-9) vil det foretas en vurdering av gjeldende rett. I kapittel 8 vil det gjøres en rettspolitisk tilnærming til avhandlingens tema og problemstilling, mens avsluttende refleksjoner vil gjøres i kapittel 9.

2. Retten til samvær

2.1. Samværsrettens begrunnelse

Samværsretten kan begrunnes på forskjellige måter. Retten til samvær kan begrunnes med den biologiske tilknytningen mellom forelder og barn. Det er naturlig og en verdi i seg selv at foreldrene tar vare på sitt barn, og som en forlengelse av dette, er det naturlig at de fortsetter med det også etter et samlivsbrudd. En annen måte å begrunne samværsretten på, er i viktigheten av å ivareta den sosiale tilknytningen, relasjonen, mellom forelder og barn.

I nasjonal rett er samværsretten begrunnet i barnets behov for å opprettholde kontakt med begge foreldre. At samvær generelt anses som et gode, fremgår av en rekke av lovens forarbeider. I Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) uttales det for eksempel at ” [d]et er et mål at barn, til tross for samlivsbruddet, kan opprettholde og utvikle god kontakt med begge sine foreldre.”¹¹

En tilsvarende formulering finnes i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1971 s. 1358, der det uttales at det er et ”alminnelig erkjent[...] behov for at et skilsmissebarn opprettholder kontakten med begge foreldre”.

Samværsretten gjelder imidlertid ikke lenger bare der foreldrene har bodd sammen. I tilfeller der foreldrene ikke har bodd sammen, har samværsforelderen heller ikke bodd sammen med barnet. I slike tilfeller ligger begrunnelsen for samværsretten ikke i behovet for opprettholdelse av kontakt, men i behov for opprettelse av kontakt.¹²

Retten til samvær følger både av barnekonvensjonen, menneskerettighetskonvensjonen og barneloven.

2.2. Rett til samvær etter barnekonvensjonen

Når foreligger samværsrett etter BK, for hvem gjelder samværsretten?

BK art. 9 nr. 3 fastslår at partene skal respektere den rett et barn som er adskilt fra en eller begge foreldre har til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig, med mindre dette er i strid med barnets beste.

Utrykket ”den rett et barn[har]” viser at det er barnet som er rettighetssubjekt etter denne bestemmelsen. Rettigheten inntreffer når barnet er ”adskilt fra en eller begge foreldre”. Der barnet bor hos den ene av foreldrene vil barnet være adskilt fra den annen, hvilket medfører at barnet har rett til samvær med denne.

Pliktsubjektet er etter bestemmelsen ”partene”, hvilket medfører at det er staten som har plikt til å respektere barnets rett til samvær. Begrepet ”respektere” tyder på at staten er forpliktet til ikke å gripe inn i barnets rett til samvær. Dersom barnets rettighet skal være reell er det imidlertid en forutsetning at staten tilrettelegger for oppfyllelse av rettigheten. Slik

¹¹ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.) s. 6.

¹² Innst. O. nr. 23 (1988-89) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) (underholdsbidrag, samværsrett m.v.) s. 3.

tilrettelegging kan blant annet innebære å gi regler og å praktisere disse slik at samvær lar seg gjennomføre.

BK art. 9 nr. 3 hjemler ikke noen rett eller plikt for staten til å pålegge forelderen å oppfylle barnets rett til samvær. Det er dermed en forutsetning for barnets rett til samvær at forelderen ønsker samvær.

BK art. 9 nr. 3 hjemler dermed rett til samvær for barn, samtidig som staten er forpliktet til å bidra til å gjøre rettigheten reell.

2.3. Rett til samvær etter EMK

Når foreligger samværsrett etter EMK, for hvem gjelder denne retten?

Etter EMK art. 8 nr. 1 har ”everyone” rett til “respect for his private and family life”. Her er altså rettighetssubjektet ”everyone”, hvilket etter ordlyden skulle tilsi både barn og foreldre. Denne forståelse støttes av praksis fra EMD, og fremgår implisitt av uttalelsen gjort i EMDs dom 19 september 2000 *Glaser mot Storbritannia* avsnitt 66.

Både barn og foreldre har dermed rett til ”respect for his [...] family life”. Etter ordlyden omfatter begrepet ”family life” kontakt med familien, men gir imidlertid lite veiledning på hva som skal regnes som familie. Forholdet mellom foreldre og barn ligger i kjernen av hva man språklig kan forstå som familieliv. En slik forståelse av begrepet ”family life” har støtte i uttalelser i EMDs dom 24. mars 1988 *Olsson mot Sverige* avsnitt 59, hvor det heter at forholdet mellom foreldre og barn er “a fundamental element of family life”. Dette syn er gjentatt i en rekke dommer fra EMD.

Et forhold mellom foreldre og barn, forutsetter imidlertid at det er kontakt mellom barn og foreldre og også direkte samvær, hvilket taler for at også samværsretten må ligge innenfor begrepet ”family life”.

En slik forståelse har støtte i EMDs dom 22. juni 1989 *Eriksson mot Sverige*, der det uttales i avsnitt 58. at “[t]he mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life”. Dette er gjentatt i EMDs dom 12. februar 2013 *Vojnity mot Ungarn* i avsnitt 28. Domstolen fremhever altså at samvær mellom barn og foreldre er et fundamentalt element av familielivet. Samværsretten inngår dermed i begrepet ”family life”. Dette medfører at samværsretten følgelig også er vernet etter EMK art. 8 nr. 1.

Både foreldre og barn har rett til "respect" for familielivet, herunder retten til samvær. Begrepet "respect" tyder på at det er tale om en plikt for staten til ikke å foreta inngrep i familielivet. I EMDs dom 9. oktober 1979 *Airey mot Irland* fremheves det i avsnitt 24 at "The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective". Dette taler for at staten likevel har en plikt til å legge til rette slik at rettighetene blir praktiske og effektive. I Airey-dommen var det imidlertid tale om krenkelse av artikkel 6, men uttalelsens generelle form gjør at den kan tas til inntekt også for tolkningen av øvrige bestemmelser etter konvensjonen. Denne forståelse har støtte i teorien.¹³

I EMDs dom 23. september 1994 *Hokkanen mot Finland* tolkes bestemmelsen slik at statene ikke bare skal legge til rette, men har en aktivitetsplikt for å sikre at rettsavgjørelser om samværsrett etterlevs. Dette modereres imidlertid noe i Glaser-dommen, der det ble pekt på at den som har samværsrett selv må følge opp retten til samvær ved å kreve tvangsgjennomføring. Myndighetene er dermed ikke forpliktet til å handle på eget initiativ.

I likhet med BK art. 9 nr. 3, hjemler dermed EMK art. 8 nr. 1 rett til samvær, samtidig som staten er forpliktet til å bidra til å gjøre rettigheten reell. Denne bestemmelse hjemler ikke bare en rett for barnet, men også forelderens.

2.4. Samværsrette etter nasjonale rettskilder

2.4.1. Forelderens rett til samvær

Den klare hovedregelen er etter bl. § 43 første ledd at den av foreldrene som barnet ikke bor sammen med har rett til samvær med barnet.

Dette fremgår også av forarbeidene, der det uttales at samværsrett for den som ikke bor sammen med barnet skal være utgangspunktet.¹⁴

Bestemmelsen setter ikke noe vilkår for samværet, ut over at det skal være til barnets beste. Ordlyden tyder dermed på at det ikke er noe vilkår for samvær at forelderens har bodd sammen med barnet. Bestemmelsen legger etter sin ordlyd heller ikke opp til noen vurdering av forelderens tidligere forhold til barnet.

Denne forståelsen støttes av forarbeidene til endringslov av 3.mars 1989, der komiteen uttaler at det var prinsipielt uheldig at barnets rett til samvær med begge sine foreldre skulle være

¹³ Jørgen Aall; *Rettsstat og Menneskerettigheter*, 2.utgave (Bergen 2007) s.39.

¹⁴ Ot.prp. nr. 62 (1979-1980) Om lov om barn og foreldre (barneloven) s. 34.

avhengig av foreldrenes eventuelle bofellesskap etter at barnet ble født.¹⁵ Videre viser komiteen til at barnet har rett til samvær, og at det er nødvendig at forelderen har rett til samvær for å oppfylle denne rett.¹⁶

Også rettspraksis underbygger en slik forståelse. I dommen inntatt i Rt. 1995 s. 946 uttaler førstvoterende på s. 949 at det må være riktig å ”bygge på en formodning om at det er til barnets beste å ha samvær også med en far eller mor som barnet ikke har bodd sammen med.”

Da foreldrenes relasjon ikke er relevant for samværsretten, må dette også innebære at samværsforelderens forhold til barnet heller ikke vurderes.

Det følger av forarbeidene at begrunnelsen for lovendringen blant annet var barns behov for kontakt med begge foreldre og økt oppmerksomhet på farens rolle.¹⁷ Det kan imidlertid innvendes at det for å undersøke hvilket behov barnet har for å ha kontakt, bør undersøkes hvordan relasjonen mellom barnet og forelderen er.

Da presumsjonen om at samvær er et gode er så sterk, er det kritikkverdig at den faktiske relasjonen ikke vurderes.

Foreldre har dermed etter bl. § 43 rett til samvær uavhengig av deres tidligere forhold til den andre forelderen og følgelig også uavhengig av om vedkommende har bodd sammen med barnet.

2.4.2. Barnets rett til samvær

Etter bl. § 42 har barnet rett til samvær med begge foreldrene, ”jamvel om dei lever kvar for seg.” Barnet har rett til samvær med den av foreldrene som barnet ikke bor med. Heller ikke denne rettigheten er avhengig av at barnet og forelderen har bodd sammen.

Etter bestemmelsen har foreldrene gjensidig ansvar for at samværsretten oppfylles. Dette ansvaret er av moralsk og normativ art, hvilket medfører at det ikke innebærer en sanksjonert plikt.¹⁸

Barnet er ikke gitt noen selvstendig rett til å håndheve samværsretten, hvilket medfører at barnet er avhengig av foreldrenes vilje for å få sin rett til samvær gjennomført. Dette samt

¹⁵ Innst. O. nr. 23(1988-89) s.3.

¹⁶ *ibid.*

¹⁷ *ibid.*

¹⁸ NOU 2008: 9, Med barnet i fokus - en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær s.66.

mangel på tvangsmidler innebærer at barnets rett til samvær står langt svakere enn foreldrenes rett til samvær.

Forelderens rett til samvær har nærmest en motsvarende plikt fra barnet fordi barnet ikke har anledning til å velge rettigheten bort. Dette understreker at relasjonen som bestemmelsen tar sikte på å bevare, burde være et vurderingstema.

Med tanke på balanseforholdet mellom forelderens rett og barnets rett til samvær, framstår samværsretten mer som en rett for foreldre, enn en rett for barnet. Likevel er det nødvendig at forelderen har rett til samvær for at barnets rett skal kunne oppfylles.

Det kan imidlertid også bemerkes at samvær mot samværsforelderens vilje både ville være umulig og stride mot barnets beste.

2.5. Samværsrettens sterke stilling

Her skal det undersøkes hvor sterkt samværsretten står i nasjonal rett. For å belyse dette gir praksis fra Høyesterett en god veiledning.

Foreldres rett til samvær står svært sterkt. Forelders rett til samvær kan, i motsetning til barnets rett, tvangsfullbyrdes med tvangsmulkt jf. lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven eller tvangsl.)kap. 13, jf. bl. §65.

Samværsrettens stilling ble også styrket gjennom vedtakelsen av bl.§43 femte ledd. Etter denne bestemmelsen kan den samværsberettigede kreve ny avgjørelse av hvem som skal ha foreldreansvaret eller hvem barnet skal bo sammen med, dersom den andre forelderen ”hindrar at ein samværsrett kan gjennomførast”. Etter forarbeidene skal en hindring av samværet tillegges ”betydelig vekt” i en sak etter denne bestemmelsen.¹⁹

I dommen inntatt i Rt.1976 s. 1497 ble samvær tilkjent, selv om barnet ikke kjente forelderen. Førstvoterende fremhever på s. 1501 at selv om bostedsforelderens motvilje mot samvær er begrunnet i oppriktig bekymring for barnet, ville den ordning som loven har ”[...] påbudt som den normale[...]”, lett uthules dersom domstolen bøyde av for denne motviljen. Både avgjørelsens innhold og førstvoterendes beskrivelse av samværsretten som ”påbudt som den normale”, viser hvor sterkt samværsretten sto også før vedtakelsen av barneloven.

¹⁹ Innst. O. nr. 23 (1988-89) s. 7.

Samværsrettens sterke stilling underbygges videre gjennom en rekke dommer fra Høyesterett. I dommen inntatt i Rt. 1996 s. 888 på s. 891 heter det at det skal ”ganske tungtveiende grunner til” for å nekte samvær.

Samtidig er det uttalt i dommen inntatt i Rt. 1985 s. 467 på s. 472 at det bør kreves en ”overvekt av hensyn for å foreta en flytning.”

I dommen inntatt i Rt. 1982 s. 116 kom retten til at barnet måtte flyttes fordi far saboterte samværet. Datteren ville dermed få den ”beste og vedvarende kontakt med begge foreldre”, ved å flytte til mor. Samværsretten ble altså ansett å veie tyngre enn de mothensyn som gjør seg gjeldende ved en flytting.

Også i dommen inntatt i Rt. 1991 s. 1148, ble barnet flyttet fordi samværet ble sabotert. Det spesielle i denne saken var at barnet som var syv år ikke hadde møtt far siden han var to år. Dette medfører at hensynet til status quo, altså risikoen ved miljøskifte, herunder skifte av omsorgsperson og bomiljø, helt ble satt til side til fordel for hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt. Barnets syn ble heller ikke tillagt vekt. Samværsretten alene utgjør i denne dommen en ”overvekt av hensyn”. Samværsretten synes dermed å være gitt så stor prinsipiell vekt at det aktuelle barnets behov ikke engang synes å bli tatt med i vurderingen.

I dommen inntatt i Rt. 1997 s. 797 ble barna boende hos mor, til tross for at hun vanskeliggjorde fars utøvelse av samværsretten. Her ble barnas sterke ønske om å bli boende hos mor avgjørende. Denne dommen tyder på at det er en tendens i å nedtone samværsretten, til fordel for en konkret vurdering av barnets beste.

3. Begrensning i samværsretten

3.1. Unntakets begrunnelse

Som pekt på, kan samværsretten begrunnes med opprettholdelsen av det biologiske og det sosiale bånd.

Rettslig er samværsretten begrunnet i presumsjonen om at samvær er til barnets beste. Dersom det etter en konkret vurdering viser seg at det ikke er til det enkelte barnets beste med samvær, er det naturlig nok ikke lengre noen grunn til å tilkjenne samvær.

Både etter BK, EMK og bl. gjøres det unntak fra retten til samvær, når hensyn til barnet til sier det.

3.2. Når kan samvær nektes etter barnekonvensjonen?

Etter BK art. 9 nr. 3 skal partene respektere den rett et barn som er adskilt fra en eller begge foreldre har til å opprettholde personlig forbindelse og direkte kontakt med begge foreldrene regelmessig, ”med mindre dette er i strid med barnets beste”. Barnets rett til samvær bygger etter ordlyden på en forutsetning om at samværet er til ”barnets beste”. Etter ordlyden er det eneste som legitimt begrunner et unntak i barnets rett til samvær, at denne forutsetningen svikter.

En slik forståelse har støtte i General Comment nr. 13 på s. 22, der det under pkt. 56 uttales at ”The decision to separate a child from his or her parent(s) or family environment must be made only when it is in the child’s best interests (art. 9 and art. 20, para. 1).” Henvisningen er til BK art. 9 og BK art. 20, som gir barn som i egen interesse er flyttet fra familiemiljøet, rett til særlig beskyttelse og bistand fra staten. Samværsnekt etter BK art. 9 nr. 3 innebærer, i likhet med adskillelse etter BK art. 9 og BK art. 20, en separasjon av barnet fra dets forelder. Uttalelsen kan derfor tas til inntekt for at en slik forståelse må legges til grunn også etter BK art. 9 nr. 3.

En slik forståelse av ordlyden har også støtte i teorien.²⁰

Det fremgår ikke av art. 9 nr. 3 hva som ligger i at kontakt med foreldre strider mot ”barnets beste”. Begrepet ”barnets beste” fremgår både eksplisitt og implisitt i konvensjonens bestemmelser. Begrepet må derfor forstås i lys av det verdigrunnlag konvensjonen som et hele utgjør.

Begrepet ”barnets beste” er relativt, da det skal anvendes på en meget uensartet gruppe mennesker. Haugli peker på at innholdet varierer avhengig av hvilken kontekst man befinner seg innenfor, og at begrepet er kulturelt relativt.²¹

Selv om prinsippet om barnets beste er relativt, gir altså konvensjonens øvrige bestemmelser veiledning for forståelsen av prinsippet.

²⁰ Trude Haugli, ”Hensynet til barnets beste”, i N. Høstmælingen, E.S. Kjørholdt og K. Sandberg (red.), Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge, 2.utg. Oslo 2012 (s.56).

²¹ Trude Haugli, ”Det mangfoldige barnets beste”, i Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup, 70 år, Oslo 2002 s.313-327 s.314.

I General Comments no. 13 understreker komiteen i punkt 61. at tolkningen av barnets beste må være i samsvar med hele konvensjonen, herunder plikten til å beskytte barn mot alle former for vold.

Etter BK art. 3 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Innholdet i begrepet ”barnets beste” fremgår heller ikke etter denne bestemmelsen.

Etter BK art. 3 nr. 2 skal partene sikre barnet den beskyttelse og omsorg som er nødvendig for å sikre ”barnets trivsel”. En ”nødvendig beskyttelse og omsorg” som er tilstrekkelig til å sikre barnets trivsel må innebære en omsorg som er fri for vold og overgrep.

Etter BK art. 6 nr. 2 skal partene så langt det er mulig sikre at barnet overlever og vokser opp. Begrepet ”vokser opp” er brukt i den norske oversettelsen, men samsvarer ikke helt med det engelske begrepet ”development”. Dette kan bedre oversettes med utvikling, og favner noe videre enn begrepet ”vokser opp”. ”Development” omfatter ikke bare den fysiske oppvekst, men peker også på den menneskelige utvikling. En slik forståelse støttes av juridisk teori.²² For å sikre at barnet overlever og utvikler seg normalt er det nødvendig å beskytte det mot både vold og overgrep.

Videre følger det av BK art.19 at partene er forpliktet til å beskytte barnet mot ”alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjødelse eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk”.

Når man ser disse bestemmelsene i sammenheng, må begrepet ”nødvendig omsorg” i BK art. 3 nr. 2 innebære en beskyttelse som er i tråd med BK art. 19 nr. 1 som sikrer barnets utvikling etter BK art. 6. Videre må en slik nødvendig omsorg være til ”barnets beste”.

Dermed vil mangel på slik ”nødvendig beskyttelse og omsorg” hos samværsforelderen gjøre at samvær er i strid med barnets beste, og følgelig innebære at unntaket fra barnets rett til samvær etter BK art. 9 nr. 3 kommer til anvendelse.

3.3. Når er en nektelse av samvær i samsvar med EMK?

Heller ikke retten til familieliv etter EMK art. 8 nr. 1 er absolutt. Etter EMK art. 8 nr. 2 kan statene unntaksvis foreta inngrep i retten til familieliv når bestemmelsens vilkår er oppfylt.

²²Elin Saga Kjørholt, N. Høstmælingen, E.S. Kjørholdt og K. Sandberg (red.), Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge, 2.utg. Oslo 2012 (s.73).

Det første vilkåret er at inngrepet må gjøres ”in accordance with the law”. Det må altså være en nasjonal bestemmelse som hjemler det aktuelle inngrepet. Dette er en av flere bestemmelser som angir et lovkrav. Konvensjonen som kontekst tilsier derfor at lovkravet etter EMK art.8 nr. 2 skal tolkes likt med lovkravet i konvensjonens øvrige bestemmelser. Denne forståelse har støtte i EMDs dom 26. april 1979 *The Sunday Times mot Storbritannia*, hvor det i avsnitt 48 fremgår at selv om lovkravet i de forskjellige artiklene ikke har samme ordlyd, må domstolen tolke de så likt som mulig og på en måte som er mest hensiktsmessig for å realisere traktatens formål. En slik forståelse har også støtte i teorien.²³

I EMDs dom 2. august 1984 *Malone mot Storbritannia* fremgår det i avsnitt 67. at ”in accordance with the law” ikke bare er et krav om at inngrepet skal være i samsvar med nasjonal lovgivning, men at det også er et kvalitetskrav til den aktuelle loven. Det fremgår videre at kvalitetskravet innebærer at loven må være tilstrekkelig klar til at borgeren kan forutberegne sin rettstilling.

Lovkravet innebærer at det må fremgå av en klar og tilgjengelig nasjonal bestemmelse at samvær kan nektes.

For det andre må inngrepet være ”necessary in a democratic society”. Det fremgår ikke av ordlyden hva som skal til for at et inngrep skal anses å være ”necessary in a democratic society”, men bestemmelsens videre oppstilling av legitime formål viser målestokken for nødvendighetsvurderingen.

I juridisk teori fremgår det at nødvendighetsvurderingen både innebærer en vurdering av om det er et samfunnsmessig behov for inngrepet, og om inngrepet står i forhold til formålet.²⁴

Inngrepet må altså være nødvendig ut fra et samfunnsmessig behov. I EMDs dom 7. juli 1996 *Johansen mot Norge* ble søkeren nektet samvær med datteren som bodde i fosterhjem. Selv om denne dommen omhandler en barnevernssak, har den relevans også for barnefordelingssaker, da EMD har tatt utgangspunkt i de samme vurderingskriteriene i begge tilfeller.²⁵

Det fremgår i dommens pkt. 61. at tiltaket som var samværsnekt var nødvendig etter art. 8 nr. 2, da formålet med tiltaket var å beskytte datterens helse, rettigheter og friheter.

²³ Jørgen Aall; *Rettsstat og Menneskerettigheter*, 2.utgave (Bergen 2007) s. 95.

²⁴ *op.cit.* s. 128.

²⁵ Karl Harald Søvig; ”Nyere avgjørelser fra EMD om statens ansvar i barnefordelingssaker”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnerettslige spørsmål*, 2008 s.207(s. 213).

I saker om samvær innebærer dette vilkåret dermed at samvær kan nektes der formålet er å beskytte barnets helse, rettigheter og friheter.

Selv om det er nødvendig å nekte samvær for å beskytte barnets helse, rettigheter og friheter, innebærer forholdsmessighetsvurderingen at tiltaket ikke automatisk er konvensjonsmessig. Forholdsmessighetsvurderingen fungerer som en ekstra sikkerhetsventil.

Det fremgår i EMDs dom 13. juli 2000 *Elsholz mot Tyskland* i avsnitt 40 at domstolen konkret vurderer forholdsmessigheten mellom samværsnekten og varetakelsen av barnets velferd. Her var ikke forholdsmessighetskravet oppfylt. Det fremgår imidlertid også i samme avsnitt at nødvendighetskravet ikke var oppfylt, da den nasjonale domstolen ikke hadde vurdert om det var nødvendig ut fra hensynet til barnets velferd å nekte far samvær. Dette viser at det er en sammensatt vurdering der nødvendighetsvurderingen og proporsjonalitetsvurderingen går over i hverandre.

En nektelse av samvær må dermed være i tråd med loven, nødvendig ut fra hensynet til barnet og proporsjonal for å være i samsvar med EMK art. 8 nr. 2.

3.4. Når kan samvær nektes etter nasjonal rett?

I nasjonal rett er heller ikke retten til samvær absolutt. Etter bl. §43 første ledd, gjøres det unntak fra samværsretten for tilfeller der noe annet er ”avtala eller fastsett”.

Da begge foreldrene må være enige for at noe annet skal være ”avtala”, innebærer dette alternativet tilfeller der den foreldereren barnet ikke bor sammen med er enig i at det ikke skal være samvær.

Det gjøres videre unntak for tilfeller der det er ”fastsett” at det ikke skal være samvær. Tilfeller der det er ”fastsett” at det ikke skal være samvær omfatter tilfeller der det foreligger en rettslig avgjørelse, jf. bl. §56 og tilfeller som er avgjort av fylkesmannen jf. bl. §55.

Etter § 43 første ledd annet punktum må retten avgjøre at det ikke skal være samvær ”dersom samvær ikke er til beste for barnet”. Etter ordlyden er det et vilkår for samværsrett, at samværet er til barnets beste.

Denne forståelsen er i tråd med forarbeidene, der det fremgår at bestemmelsen er ment å tydeliggjøre at det ikke skal tilkjennes samvær, dersom det ikke er til barnets beste.²⁶

Denne presiseringen om at samvær skal være til ”barnets beste” ble tilføyd ved lov av 7.april 2006 nr. 6, og det fremgår av forarbeidene at formålet med presiseringen er å beskytte barn mot overgrep.²⁷

Departementet fant at det var behov for å presisere dette fordi samværsretten står så sterkt.²⁸

Også rettspraksis understreker en slik forståelse. I dommen inntatt i Rt. 1995 s. 946 fremgår det på s. 949 at ”det [må] være riktig å bygge på en formodning om at det er til barnets beste å ha samvær [...] [m]en det må samtidig alltid vurderes konkret om det foreligger forhold som fører til en annen konklusjon.” Selv om utgangspunktet er samværsrett, må det dermed foretas en konkret vurdering av om det er til det konkrete barnets beste med samvær.

Barneloven §43 må ses i sammenheng med bl. § 48 første ledd. Etter denne bestemmelse skal avgjørelser om blant annet samvær først og fremst skal rette seg etter hva som er best for barnet. Etter bestemmelsens annet ledd skal det ved avgjørelsen tas hensyn til at barnet ikke må bli utsatt for ”vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare”. Ordlyden er vid, og omfatter både fysisk og psykisk vold og seksuelle overgrep. Dette fremgår implisitt også etter første ledd, da det åpenbart ligger i ”hva som er best for barnet” at det ikke blir utsatt for overgrep.

Det fremstår som selvsagt at samvær nektes dersom barnet utstettes for overgrep. Ordlyden i bl.§48 annet ledd rammer ikke bare tilfeller der barnet utsettes for overgrep, men også tilfeller der det er ”fare” for overgrep.

Det uttales i forarbeidene at hensikten med presiseringen i bl.§48 annet ledd om at barnet ikke må bli utsatt for overgrep, er å sikre at alvoret i skadevirkningene barnet kan bli påført tillegges tilstrekkelig vekt både av domstoler, advokater og sakkyndige.²⁹ Departementet

²⁶ 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.) s. 55.

²⁷ Innst. O. nr. 35 (2005-2006) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen 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.) s. 6.

²⁸ Ot.prp. nr. 103(2004-2005)s. 30.

²⁹ Innst. O. nr. 35 (2005-2006) s. 9.

peker videre på at dette må tillegges tilstrekkelig vekt i de situasjonene hvor det er vanskelig eller umulig å ta stilling til om overgrep har skjedd eller vil komme til å skje.

Dette viser at også fare for overgrep skal medføre at samvær nektes.

3.5. Rettspraksis om nektelse av samvær

Det første som skal undersøkes er hva som skal til for å nekte samvær i saker med overgrepssproblematikk. Videre skal det undersøkes om det har skjedd en utvikling i rettspraksis.

Høyesterett uttalte i dommen inntatt i Rt.1996 s. 888 på s. 891 at det skal ”ganske tungtveiende grunner til” for å nekte samvær. I denne saken var mors motstand mot samvær begrunnet i fars tidligere voldelige adferd overfor henne. Førstvoterende mente det ikke ville være en risiko for vold mot datteren, selv om han hadde vært voldelig overfor mor, en senere samboer og en offentlig tjenestemann. Dette taler for at det skal mye til for å nekte samvær også i tilfeller der foreldrene har tidligere har utvist voldelig adferd.

I dommen inntatt i Rt. 1989 s. 320 var sakens faktum slik at far var anmeldt for seksuelle overgrep mot stedatteren. Straffesaken ble av påtalemyndighetene henlagt grunnet bevisets stilling, men jenta ble tilkjent erstatning. Som følge av beskyldningene om seksuelle overgrep gikk mor og far fra hverandre, og far ønsket samvær med deres felles barn. Førstvoterende uttaler på s. 236 at ”i en sak om omsorg for mindreårige barn, kan det hevdes at det overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold.”

Verken 1996-dommen eller i 1989-dommen var de aktuelle krenkelser gjort mot det aktuelle barnet saken gjaldt. I 1996-dommen var voldsepisodene ubestridt, mens far i 1989-dommen var frikjent for overgrep. Likevel mente førstvoterende at det ikke forelå risiko for vold i 1996-dommen, mens det ble ansett å være nok risiko til ikke å tilkjenne samvær i 1989-dommen.

I dommen inntatt i Rt. 2010 s. 216 fastholdes det at det overhodet ikke kan tas noen risiko i saker der det er mistanke om overgrep. I dommens premiss (39) fremgår det at retten ønsket å sikre barnet fullt ut mot den eventuelle risiko for seksuelle overgrep ved at det skulle være en trygghetsperson til stede under samvær.

Det skal altså ikke tas noen risiko i de saker der det er mistanke om seksuelle overgrep, mens 1996-dommen tyder på at det kreves mer til mistanken der det er tale om vold.

Spriket mellom disse vurderingene kan forklares med at seksuelle overgrep ble ansett å være mer alvorlige enn vold. Dette kan igjen begrunnes med at vold tidligere var akseptert å bruke i forbindelse med oppdragelse.

I den senere tid har det imidlertid vært mer fokus på skadevirkningene av vold mot barn. Tilføyselsen av bl. § 48 annet ledd fra 2006, der det fremgår at det skal tas hensyn til at barnet ikke må bli utsatt for blant annet vold, viser det økte fokus på å hindre vold mot barn. Fra forarbeidene til denne endringsloven fremkommer det at hensikten med presiseringen, er å sikre at alvoret i skadevirkningene barnet kan bli påført tillegges tilstrekkelig vekt.³⁰ Dette taler for at dommen inntatt i Rt. 1996 s. 888 ikke lengre kan være uttrykk for gjeldende rett. Slik voldelig adferd som beskrives i dommen ville nok i dag være ansett som en ”ganske tungtveiende grunn” for å nekte samvær. En slik forståelse har støtte i BK art. 19, da det ikke vil innebære en tilstrekkelig beskyttelse av barnet å utsette det for en slik risiko.

I dommen inntatt i Rt. 2007 s. 1101 i premiss (31) heter det at i Rt. 1996 s. 888 er ”reint generelt understreka at det skal ganske tungtveiende grunnar til for å nekte samvær mellom ein forelder og eit barn.” Sitatet fra 1996-dommen brukes i denne dommen til å statuere at samværsrett er utgangspunktet.

Også i dommen inntatt i Rt. 2010 s. 216 henvises det i premiss (34) til dommen inntatt i Rt. 1996 s. 888, der det uttales at det skal ”ganske tungtveiende grunner” til for å nekte samvær mellom forelder og barn. Av dette utleder førstvoterende at ”utgangspunktet [...] med andre ord [er] at det skal fastsettes samvær med mindre det foreligger forhold som innebærer at det ikke er til barnets beste”. Her modererer altså førstvoterende ”tungtveiende grunner” til ”forhold som innebærer at det ikke er til barnets beste”. Dette viser at det har skjedd en utvikling, der det nå skal mindre til for å nekte samvær enn tidligere.

4. Hindring av samvær

³⁰ Innst. O. nr. 35 (2005-2006) s. 9.

4.1. En forelders rett og plikt til å hindre samvær

Det blir spørsmål om hvor langt plikten til å beskytte barnet rekker, samt spørsmål om adgangen til privat rettshåndhevelse.

Etter bl. § 30 første ledd har barnet krav på ”omsut og omtanke” fra de som har foreldreansvaret. En naturlig forståelse av begrepet ”omsut og omtanke” er at det innebærer barnet har krav på kjærlighet, beskyttelse, mat og klær, stell og stimulering. I begrepet ”omsut og omtanke” kan man innfortolke at barnet også skal beskyttes mot overgrep. Dette fremgår videre av barneloven § 30 tredje ledd, der det heter at barnet ikke må utsettes ”for vald eller på anna vis ble handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare.”

Når man ser dette i sammenheng, har barnet krav på at den som har foreldreansvaret beskytter det mot overgrep.

Etter bl. §48 skal ”alle avgjørelser” om hvor barnet skal bo og om samvær først og fremst rette seg etter hva som er best for barnet. Begrepet ”alle avgjørelser” taler for at bestemmelsen ikke bare kommer til anvendelse ved avgjørelser som tas av offentlige myndigheter, men også ved avgjørelser som tas av foreldre. Dette medfører at en forelder som har mistanke om overgrep, i tillegg til å være forpliktet etter bl. §30, er forpliktet etter bl. §48 til å inngå avtale om at det ikke skal være samvær. En slik avtale krever imidlertid enighet.

Plikten til å beskytte barnet etter bl. §30 gjelder også når barnet ikke fysisk befinner seg i hjemmet, hvilket innebærer en plikt til å hindre samvær dersom det foreligger mistanke om overgrep.

Denne forståelsen er i samsvar med BK art.19, da det ville innebære et brudd på statens forpliktelse etter BK å ha regler som innebærer plikt til å sende barnet til samvær til tross for en slik risiko.

Da en forelder har en særlig plikt til å beskytte barnet, vil forelderens både ha rett og plikt til å hindre at barnet havner i en nødssituasjon. Dersom en aksept av samværet vil medføre at barnet settes i en nødssituasjon, må forelderens både rett og plikt til å hindre samvær.

Der forelderens har plikt til å hindre samvær fordi det er en reell fare for at barnet vil bli utsatt for overgrep etter bl. §30, må dermed forelderens også ha rett til å holde barnet borte fra samvær.

Da en slik privat rettshåndhevelse må anses som legitim ut fra nødrettsbetraktninger, vil det være legitimt å hindre samvær inntil retten har truffet en midlertidig avgjørelse etter bl. § 60.

Samtidig kan en slik privat rettshåndhevelse ikke tre i stedet for en rettslig avgjørelse. Dette innebærer at den som nekter den andre samvær må få en avgjørelse av retten så raskt som mulig.

At det foreligger en slik plikt og rett, understrekes videre ved de konsekvenser som kan inntre ved unnlatt beskyttelse.

4.2. Konsekvenser av aksept av samvær ved mistanke om overgrep

4.2.1. Omsorgsovertakelse

Dersom bostedsforelder har rett og plikt til å hindre samvær på grunn av mistanke om overgrep, men likevel velger å akseptere samværet, kan det bli tale om omsorgsovertakelse. Dette reiser spørsmål om når aksept av samvær fører til at vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt.

Etter BK art. 18 har foreldrene hovedansvaret for barnets oppdragelse og utvikling. Staten er etter BK art. 20 forpliktet til å sikre barn som ikke kan tillates å være i sitt familiemiljø i ”egen interesse” alternativ omsorg. Staten har dermed et subsidiært ansvar etter konvensjonen.

Etter BK art. 3 nr. 2 er partene forpliktet til å sikre barnet den ”beskyttelse og omsorg” som er nødvendig for barnets trivsel. I begrepet ”nødvendig omsorg” ligger det at partene er forpliktet til å sikre barnet en omsorg som er tilstrekkelig til å sikre barnets trivsel. For å sikre barnets trivsel er det nødvendig å beskytte det mot overgrep. Dette følger også av BK art. 19 nr. 1.

Dersom man ser disse bestemmelser i sammenheng, er staten forpliktet til å gi barnet en alternativ omsorg, når foreldrene ikke lengre kan gi barnet en ”nødvendig omsorg” fri fra overgrep.

Etter lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven eller bvl.) § 4-12 litra a kan vedtak om å overta omsorgen treffes dersom det foreligger ”alvorlige mangler” ved den daglige omsorg eller ”den personlige kontakt og trygghet”. Begrepet ”alvorlige mangler” viser at enhver mangel ikke er nok. Dette tyder på at det skal mye til for en

omsorgsovertakelse kan skje. Denne forståelse har støtte i forarbeidene, der det heter at "situasjonen må være forholdsvis klart uholdbar" for at vilkåret skal være oppfylt.³¹

Dersom et barn blir utsatt for vold eller overgrep av en omsorgsperson, vil dette klart nok innebære at situasjonen er "klart uholdbar". Dermed vil det være "alvorlige mangler" ved den daglige omsorg og den personlige kontakt og trygghet.

En slik forståelse har støtte i forarbeidene.³² Videre er denne forståelse i tråd med statens forpliktelse etter BK art. 20 jf. BK art. 19 nr. 1.

Da det er tale om "den daglige omsorg" tyder det på at det er omsorg fra den som har barnet boende hos seg det her siktes til. Det er derfor naturlig å se dette begrepet sammen med plikten til "omsut og omtanke" etter bl.§ 30.

Foreldreansvaret som følger av bl.§30 innebærer, som pekt på, en plikt til å hindre skadelig samvær.

Dersom barnet likevel blir sendt på slikt samvær, vil det innebære en forsømmelse av plikten til å beskytte barnet. Bostedsforelderen setter dermed barnet i en omsorgssituasjon som er "klart uholdbar", og følgelig vil det foreligge en "alvorlig mangel" ved den daglige omsorgen. Vilåret etter bvl.§ 4-12 litra a vil dermed være oppfylt.

Det er likevel ikke tilstrekkelig til å overta omsorgen at det foreligge en "alvorlig mangel" ved den daglige omsorg. Etter bvl. §4-12 annet ledd kan et vedtak etter første ledd bare treffes når det er nødvendig ut fra situasjonen barnet befinner seg i. Hva som ligger i at vedtaket må være "nødvendig" presiseres noe videre i bestemmelsens annet ledd annet punktum. Et vedtak om omsorgsovertakelse kan ikke treffes, dersom hjelpetiltak etter bvl.§4-4 eller tiltak etter bvl. §4-10 eller 4-11 kan skape tilfredsstillende forhold for barnet.

I saker der bostedsforelderen ikke beskytter barnet mot forhold hos samværsforelderen, vil det altså være krav til barnevernet om å sette i gang hjelpetiltak etter bvl.§ 4-4. Først dersom disse tiltak ikke viser seg å skape tilfredsstillende forhold for barnet, kan omsorgen overtas. I tillegg må det vurderes om overtagelse av omsorgen er til barnets beste etter bvl.§4-1.

³¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven) s. 111.

³² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 111.

4.2.2. Straffansvar

I tilfeller der det er mistanke om at barnet blir utsatt for vold eller overgrep i samvæershjemmet følger det av foreldreansvaret at bostedsforelderen har plikt til å hindre samvær, jf. bl. §30.

Der noen har en plikt til å dra omsorg for andre, er det nærliggende å anta at personen kan straffes dersom denne plikten bevisst forsømmes.

Dette reiser spørsmål om aksept av skadelig samvær er straffbart.

Straffeloven inneholder ingen generell bestemmelse om medvirkning, men straffansvar for medvirkning beror på en tolkning av det aktuelle straffebed.³³ Det må dermed tolkes om det aktuelle straffebed overgrepet rammes av, også rammer medvirkning.

I en situasjon der det forelderen aksepterer skadelig samvær, har ikke forelderen aktivt medvirket til selve den straffbare handlingen. Selv om forelderen fysisk har avlevert barnet til samvær, må dette være tilfellet. Derfor vil et eventuelt straffansvar knyttes til unnlåtelsen av å avverge den straffbare handling.

I følge Matningsdal er den klare hovedregelen at passivitet ikke kan begrunne straff for medvirkning.³⁴ Fra denne hovedregelen gjøres det unntak for den som har en særlig plikt til å gripe inn.

For at passiv medvirkning skal være straffbart må det dermed foreligge en særlig plikt til å gripe inn. I dette ligger det to elementer. For det første må det foreligge ansvar og for det annet må den ansvarlige ha grunn til å gripe inn. Foreldreansvaret innebærer en plikt til å dra omsorg for barnet, jf. bl.§30, hvilket innebærer at det foreligger ansvar. Dersom man som forelder har mistanke om at barnet blir utsatt for noe straffbart, foreligger det grunn til å gripe inn.

Denne forståelse har støtte i lagmannsrettens dom inntatt i LA-2012-92858. I denne dommen ble mor dømt for passiv medvirkning til drapet på sin 8 år gamle sønn som ble drept av hennes samboer. Det fremgår i dommen at når mor ikke reagerte på mishandlingen hun holdt for overveiende sannsynlig hadde skjedd, og holdt det for overveiende sannsynlig ville skje igjen, forelå det en situasjon der ”en av de normale hindringer for forbrytelsen [var]ryddet bort”.

³³ Rt. 1936 s. 612.

³⁴ Magnus Matningsdal, ”Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter”, *Jussens Venner* 2008 s. 357-383 (s.368).

Det fremgår videre at mor, som guttens nærmeste omsorgsperson, hadde en handlingsplikt. Denne handlingsplikten oppstod etter lagmannsrettens syn når mor i møte med skole og SFO fikk stadfestet at barnet var utsatt for mishandling og at det mest sannsynlig kom til å skje igjen.

I denne saken var det dermed mors manglende reaksjon på hendelsen som ble oppfattet som et samtykke til forbrytelsen. Dette sammen med hennes særlige handlingsplikt som følger av foreldreansvaret medførte at hun ble straffet for medvirkning.

En slik forståelse har også bred støtte i juridisk litteratur. Bratholm hevder at det følger av omsorgsplikten en plikt til å hindre at den man har omsorgen for skader seg selv.³⁵ Husabø hevder at når den juridiske teori legger til grunn at foreldre kan bli ansvarlige for skade barnet tilfører seg selv, er det naturlig at de også kan bli medansvarlige ved en grov forsømmelse av å verne barnet mot alvorlige integritetskrenkninger fra tredjemenn.³⁶

Husabø hevder at omsorgsansvaret veier så tungt at foreldre bør ha plikt til å avverge alle typer alvorlige integritetskrenkninger mot barnet.³⁷

Det er etter dette ikke tvilsomt at en forelder kan straffes for medvirkning som følge av at forelderen ikke avverger integritetskrenkninger mot barnet. Likevel må det påpekes at den handleplikten lagmannsrettens dom inntatt i LA-2012-92858 etablerer er svært sterk, hvilket gir grunn til å stille spørsmål om en tilsvarende handleplikt kan etableres i samværssituasjoner. Bevismessig vil det nok være større utfordringer.

Det vil imidlertid være like straffverdig å unnlate å avverge overgrep, selv om barnet fysisk er et annet sted.

Dermed kan aksept av skadelig samvær straffes.

4.3. Muligheten til å hindre samvær

Dersom en forelder har både rett og plikt til å hindre samvær, er det nærliggende å tro at dette innebærer at det også er en mulighet til å hindre samværet. Selv om det formelt sett vil være mulig, er spørsmålet om muligheten er reell, eller om en slik hindring kan medføre uholdbare konsekvenser i form av en uønsket flytting av barnet.

³⁵ Anders Bratholm; *Strafferett og samfunn* (Oslo 1980) s. 357

³⁶ Erling Johannes Husabø; *Straffansvarets periferi: medvirkning, forsøk, førebuing* (Bergen 1999) s. 188

³⁷ *ibid*

Dersom den som har foreldreansvaret eller omsorgen for barnet hindrer utøvelsen av samværet, kan den samværsberettigede kreve ny avgjørelse om hvem som skal ha foreldreansvaret eller hvem barnet skal bo fast hos, jf. bl. § 43 femte ledd.

Ordlyden gir ingen anvisning på resultatet av avgjørelsen, men lovfestelsen av dette indikerer at vanskeliggjøring av samvær skal medføre konsekvenser. Dette tyder igjen på at det er tale om å sanksjonere sabotasje av samværet.

I forarbeidene uttales det at en sak reist i medhold av denne hjemmelen ikke automatisk fører til at foreldreansvaret overføres, men at årsaken til at en forelder har motsatt seg samvær må vurderes nøye.³⁸ Dette underbygger at det ligger et element av sanksjon i bestemmelsen.

Denne forståelse støttes videre av Haugli, som hevder at vedtakelsen av denne bestemmelsen nok også var motivert ut fra en sanksjonstankegang.³⁹

I forarbeidene til endringen av barneloven, uttales det at "[k]omiteen mener at den som motsetter seg at samværsrett kan gjennomføres som forutsatt, gjør seg skyldig i en betydelig omsorgssvikt overfor barnet."⁴⁰ Denne uttalelsen viser hvor sterkt samværsretten står politisk.

Der retten ikke finner at det foreligger en legitim grunn til å hindre samvær, er hindringen å anse som sabotasje av samværet. Slik sabotasje av samværet skal tillegges betydelig vekt ved vurderingen av hva som er barnets beste.⁴¹ Dette tyder på at dersom det ikke foreligger en legitim grunn til å hindre samvær, skal det mye til for at barnet ikke flyttes i en senere barnefordelingssak.

I tilfeller en forelder ut fra nødrettsbetraktninger hindrer at samværsretten kan gjennomføres, må hindringen anses som legitim. Noe annet ville vanskelig kunne forsvares ut fra hensynet til barnets beste jf. bl. § 48 og statens forpliktelse til å beskytte barnet mot overgrep etter BK art. 19 nr. 1.

En rekke dommer fra Høyesterett viser at dersom retten ikke finner at det foreligger en legitim begrunnelse for samværsnekten, er det svært sannsynlig at barnet blir flyttet. Spørsmålet er om det er risiko for at en hindring av samværsretten ut fra nødrettsbetraktninger kan føre til en flytting av barnet.

³⁸ Innst. O nr. 23 (1988-1989) s.7

³⁹ Trude Haugli; "Foreldreansvaret ved sabotasje av samværsretten", *Lov og Rett*, 1999 s. 299 (s. 303)

⁴⁰ Innst. O. nr. 23 (1988-1989) s. 6

⁴¹ *op.cit.* s. 7

I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1982 s. 116 ble mor tilkjent foreldreansvaret. Begrunnelsen var at far ikke medvirket til samvær. Barnet ønsket ikke å reise til mor, hvilket førstvoterende anså å være grunnet holdninger hos far. I denne saken var det ingen bevisfakta som underbygget fars påstand om at barnet hadde blitt skremt hos mor. Førstvoterende sluttet seg til lagmannsrettens begrunnelse gjengitt i dommen på s. 120, der det ble uttalt at det ”i høy grad må bebreides [far] at samværsretten ikke er blitt gjennomført.” Fars hindring av samvær ble altså ikke ansett som legitim, hvilket resulterte i flytting av barnet.

I dommen inntatt i Rt. 1991 s. 1148 ble foreldreansvaret og den daglige omsorg overført fra mor til far, fordi mor hindret samvær mellom far og sønn. Her var det ikke anført noen konkret grunn til hindringen. På s. 1153 i dommen peker førstvoterende på at lovgivers vilje ved endringen av loven, var å gi uttrykk for alvorret i en sabotering av samværet. Det spesielle i denne saken var at gutten, som var syv år, ble flyttet fra sitt kjente hjem med stabil voksenkontakt til en, for ham, fremmed. Han hadde ikke møtt sin far siden han var to år. Som eneste mothensyn peker førstvoterende på at det ikke foreligger særlige holdepunkter for hvordan en overføring til faren vil virke på ham. Dette tyder på at dersom det først mangler en legitim årsak til å nekte samvær, vil barnet flyttes.

I dommen inntatt i Rt. 1997 s. 797 hadde far merket en sterk uvilje mot samvær fra mor og hennes familie. Førstvoterende på s. 802 at en slik holdning fra den forelderen som har omsorgen for barna, viser en alvorlig svikt i forhold til det ansvar som vedkommende er pålagt. Videre uttaler han at en slik svikt vil kunne føre til at omsorgen blir overført til den andre av forelderen. I denne saken ble ikke omsorgen overført, selv om det forelå en slik ”svikt”. Her var det dermed tale om en hindring av samværsretten som ikke var legitim. Begrunnelsen for å la barna bli boende hos mor var barnas sterke ønske om å bo hos henne. I denne saken ble de aktuelle barnas konkrete behov tillagt større vekt enn hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt.

Dette tyder på en viss oppmykning i forhold til dommen inntatt i Rt. 1991 s. 1148. Denne dommen viser at selv om hindringen ikke er legitim, er ikke ”best mulig samlet foreldrekontakt” det eneste hensyn som skal bedømmes.

I dommen inntatt i Rt. 2010 s. 216 var samvær med far hindret på grunn av mistanke om seksuelle overgrep. I denne saken underbygget fagpersoner mistanken. Dette er dermed et

tilfelle der mor hadde rett og plikt til å hindre samvær etter bl. §30. Hindringen ble av Høyesterett følgelig ansett som legitim.

Det interessante er imidlertid at under lagmannsrettens behandling av saken, referert i LF-2009-40095, kom lagmannsretten til motsatt resultat. Hindringen av samvær ble ikke ansett legitim, og barnet ble flyttet til far. Dette viser at det er en reell risiko for at barnet kan bli flyttet i en situasjon der bostedsforelderen har ivaretatt plikten og benyttet seg av retten til å hindre samvær.

All den tid hindring av samvær tillegges ”betydelig vekt”, er det en fare for at barnet blir flyttet som konsekvens ved at retten ikke anerkjenner bostedsforelders bekymring. Dette medfører at bostedsforelderen ikke har en reell mulighet til å hindre samvær, selv om det foreligger både rett og plikt etter bl. § 30.

5. Rettslig prosess

5.1. Domstolens forpliktelse til å beskytte barnet

Da det ikke foreligger noen reell mulighet til å hindre samvær dersom det er fare for overgrep, er den som ønsker å hindre samvær er henvist til å gå til sak etter bl. § 56.

Det uttales i forarbeidene at virkningen av en lovfestet samværsrett, er at bostedsforelderen ikke kan hindre den andre samvær.⁴² Det var dermed en tilsiktet virkning at private ikke skulle ha mulighet til å hindre samvær uten rettslig avgjørelse.

Et vilkår for å reise sak er etter bl. §56 annet ledd at det foreligger en gyldig meglingsattest etter bl. §54. Dette er en tidkrevende prosess, men det er også anledning til å kreve midlertidig avgjørelse etter bl. §60.

Etter bl. §43 ”må” domstolen avgjøre at det ikke skal være samvær, dersom samvær ikke er best for barnet. Ordlyden tyder dermed på at domstolen er forpliktet til å avgjøre at det ikke skal være samvær dersom samvær ikke er best for barnet.

Denne forståelsen støttes av forarbeidene, der det uttales at ”[d]ersom det er konflikt mellom utgangspunktet om samværsrett og hensynet til barnets beste, er det barnets beste som skal være utslagsgivende”.⁴³

⁴² Ot.prp. nr. 62 (1979-1980) Om lov om barn og foreldre (barneloven) s. 34.

⁴³ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 32.

Dersom det er fare for overgrep, er vil det klart være til barnets beste ikke å ha samvær. Dette tyder på at domstolen ”må” avgjøre at det ikke skal være samvær dersom det er mistanke om overgrep.

En slik tolkning har støtte i barnekonvensjonen art.19 nr. 1. Etter denne bestemmelse skal ”partene” treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for ”fysisk eller psykisk vold [og]utnyttning, herunder seksuelt misbruk”. Pliktsubjektet etter bestemmelsen er konvensjonens ”parter”, hvilket medfører at det er staten som er forpliktet etter bestemmelsen, jf. BK art. 2. Da domstolene er en del av statens organer, og dermed også er pliktsubjekter etter bestemmelsen, er domstolene forpliktet etter konvensjonen til å treffe avgjørelser som beskytter barnet.

Også etter bl. § 48 ”skal” det ved avgjørelsen av om det skal være samvær, tas hensyn til at barnet ikke må bli utsatt for vold eller bli behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare. ”Skade eller fare” viser at domstolen ikke bare er forpliktet til å avgjøre at det ikke skal være samvær der det er sikkert at vold eller overgrep vil inntreffe, men også der det er ”fare” for at det kan skje.

Domstolene er dermed forpliktet etter bl. §43 jf. BK art.19 bl. og bl. § 48 til å avgjøre at det ikke skal være samvær i tilfeller barnet kan eller vil bli utsatt for vold og eller overgrep.

5.2. Prosess til barnets beste

Etter BK art. 3 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. Bestemmelsen omfatter ”handling” som foretas av ”offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer”. Utenfor faller handlinger foretatt av private. Det vil si at alle ”handling” foretatt av det offentlige, både av faktisk og administrativ art, omfattes. Dette medfører at reglene om prosessen, og selve prosessen ved å nekte samvær også omfattes av BK art. 3. Det er dermed et krav om at barnets beste skal være ”et grunnleggende hensyn” både ved lovgivningen og anvendelsen av lovbestemmelser i den konkrete sak.

Det følger av bl. § 48 at avgjørelser om foreldreansvar, om hvor barnet skal bo fast og om samvær, og om ”handsaminga av slike saker”, først og fremst skal rette seg etter det som er

det beste for barnet. Begrepet ”handsaminga av slike saker”, peker på prosessen. Det vil si at også prosessen skal rette seg etter hva som er best for barnet også etter denne bestemmelsen.

5.3. Endringer av avtaler og avgjørelser ved mistanke om overgrep

Foreldrene kan inngå en avtale om samværet, jf. bl. § 64 første ledd. Dersom det foreligger en slik avtale, kan denne etter vanlige avtalerettslige regler endres. Det kreves følgelig at foreldrene enes om en slik endring. Dersom de ikke blir enige, kan hver av dem reise sak etter bl. §56, jf. bl. § 64 annet ledd. En avtale mellom foreldrene er dermed ikke til hinder for at det reises sak.

Hovedregelen om rettskraft er etter lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven eller tvl.) § 19-15 tredje ledd at retten skal avvise en ny sak mellom samme parter om et krav som er rettskraftig avgjort.

Dersom det foreligger en rettslig avgjørelse om samvær, kan denne bare endres når ”særlege grunnar” taler for det, jf. bl. § 64 annet ledd, annet punktum. Denne bestemmelsen innebærer et unntak fra rettskraftsreglene i tvisteloven. I forarbeidene til endringen av barneloven pekes det på at begrensningen i rettskraftsvirkningen er begrunnet med den spesielle karakter barnefordelingssaker har.⁴⁴ Da disse sakene har et fremtidsrettet perspektiv, ville det stride mot barnets beste med for strenge rettskraftsregler.

Etter ordlyden kan avgjørelsen bare endres når det foreligger ”særlige grunner”. Ordlyden gir ikke noe klart svar på om regelen er ment å være prosessuell eller materiell. En avvisning ville i realiteten medføre en avgjørelse om at ingenting skulle endres, uten at saken ble tilstrekkelig opplyst. Hensynet til barnets beste taler derfor for at dette er en materiell regel som medfører at retten skal behandle og avgjøre om det foreligger ”særlige grunner” som eventuelt gjør at avgjørelsen må endres.

Denne forståelsen har støtte i Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 1983 s. 535. I denne kjennelsen slutter kjæremålsutvalget seg til lagmannsrettens lovforståelse der det uttales at ”domstolen ikke kan avvise et saksanlegg om endring av tidligere avgjørelse om foreldreansvaret med den begrunnelse at det er åpenbart at de påberopte grunner ikke kan føre frem”.

Det er dermed tilstrekkelig å påberope seg ”særlige grunner” for å få saken behandlet.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003). Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.) s. 11.

Begrepet ”særlige grunner” peker på at ikke enhver grunn er tilstrekkelig for å endre en avgjørelse. Grunnen må være ”særlig”. En slik forståelse støttes av forarbeidene, der det fremgår at begrunnelsen for at det kreves ”særlige grunner” er ønsket om å skape ro om barnets situasjon.⁴⁵

Dersom en forelder påberoper seg at det er mistanke om overgrep mot barnet, vil dette være en ”særlig grunn”. Dermed må domstolen behandle saken og avgjøre om den skal endre avgjørelsen.

En slik forståelse er i samsvar med statens forpliktelse til å beskytte barnet mot overgrep etter BK art. art.19 nr.1.

5.4. Foreløpig avgjørelse

Etter bl. § 60 kan retten etter krav fra en part treffe foreløpig avgjørelse om hvem av foreldrene som skal ha foreldreansvaret, om hvem barnet skal bo hos fast, og om samværsrett.

Begrepet ”kan” viser at det er opp til rettens skjønn å avgjøre om en foreløpig avgjørelse skal treffes.

Etter bl. § 48 skal som nevnt alle avgjørelser først og fremst rette seg etter hva som er best for barnet. Som tidligere pekt på, gjelder dette også ”handsaminga av slike saker”, hvilket taler for at domstolen er forpliktet til å ta en foreløpig avgjørelse i tilfeller hvor det er nødvendig for å vareta barnets beste. I tilfeller der kravet om en foreløpig avgjørelse er begrunnet med mistanke til vold eller overgrep, vil det være til barnets beste å treffe en slik avgjørelse.

En slik tolkning er også i tråd med statens forpliktelser til å beskytte barnet mot ”alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk” etter BK art. 19. Domstolen vil derfor også være forpliktet etter BK art.19 til å treffe en foreløpig avgjørelse i en slik sak.

Følgelig skal også resultatet av en slik foreløpig avgjørelse være til barnets beste, jf. bl.§48 hvilket også innebærer å beskytte barnet mot overgrep, jf. BK art. 19.

Etter bl. §60 kan slik foreløpig avgjørelse treffes etter ”krav” fra en av partene. Det er altså et vilkår at en av partene krever foreløpig avgjørelse. Ordlyden tyder imidlertid på at domstolen

⁴⁵ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 12.

kan treffe en slik avgjørelse uavhengig av hvilket trinn saken befinner seg på. Denne forståelse er i tråd med uttalelser i forarbeidene.⁴⁶

I første ledd tredje punktum heter det at retten også kan ta foreløpig avgjørelse før saken er reist, dersom ”særlege grunner” taler for det. Dette viser at hovedregelen er at foreløpig avgjørelse først kan treffes når det er reist søksmål.

Dersom det foreligger mistanke om overgrep, foreligger det ”særlege grunner”.

Det følger av bl. §64 annet ledd at en foreløpig avgjørelse etter bl. § 60 bare kan endres dersom ”særlege grunner” taler for det. Dette medfører at det er samme vilkår som for å endre en ordinær avgjørelse.

5.5. Krav til hurtighet i prosessen

Etter bl. § 59 skal dommeren påskynde saken så mye som ”mogleg”. Begrepet ”mogleg” peker på at saken skal behandles så raskt lar seg gjøre uten at det går ut grunnlaget for avgjørelsen.

Denne forståelse støttes av uttalelser i forarbeidene, der det heter at ”[p]oenget er at saksbehandlingstiden ikke må være lengre enn det som er nødvendig for å få saken tilstrekkelig opplyst, og at saken ikke skal ligge uten at noe foretas.”⁴⁷

Etter ordlyden skal retten påskynde ”saken”. Bestemmelsen sonderer dermed ikke etter typer avgjørelser, hvilket tyder på at den gjelder både for ordinære avgjørelser etter bl. § 56 og for midlertidige avgjørelser etter bl. § 60.

Da midlertidige avgjørelser etter bl. § 60 kreves i saker der det er avgjørende med en rask avgjørelse, vil kravene til avgjørelsesgrunnlaget senkes i forhold til ordinære saker. I saker med overgrepssproblematikk er det viktigere å beskytte barnet, enn at det brukes tid på å utrede saken. En slik forståelse vil vareta statens forpliktelse til å beskytte barnet som følger av BK art. 19 nr. 1.

5.6. Tvangsfullbyrdelse

Dersom retten har avgjort at det skal være samvær, kan samværsretten tvangsgjennomføres

⁴⁶ *op.cit.* s. 10.

⁴⁷ *op.cit.* s. 30.

ved tvangsbót, jf. bl. § 65 annet ledd, jf. tvangsl. kap. 13.

Dersom det er ilagt en tvangsbót, kan den bare inndrives av namsmannen dersom parten som begjærte tvangfullbyrdelse ber om inndrivelse jf. bl. § 56 første ledd tredje punktum, jf. bl. §65 annet ledd tredje punktum.

For å kunne begjære tvangsgjennomføring av et krav som går ut på annet enn penger, må det foreligge et tvangskraftig tvangsgrunnlag, jf. tvangsl. § 13-1. Vedtak truffet av fylkesmannen eller departementet er særlig tvangsgrunnlag jf. bl. §65 annet ledd tredje punktum. For rettsavgjørelser er hovedregelen at den må være rettskraftig for å kunne tvangsgjennomføres jf. tvangsl. §4-12 første ledd, jf. tvl. § 19-14.

En midlertidig avgjørelse om foreldreansvar, bosted og eller samvær er tvangskraftig, selv om den ikke er rettskraftig jf. bl. § 65 første ledd femte punktum, jf. § 65 annet ledd fjerde punktum. Dermed er en midlertidig avgjørelse tvangskraftig så snart den er forkynt.⁴⁸

Det blir spørsmål om en rettslig avgjørelse kan tvangfullbyrdes selv om det er mistanke om overgrep.

Etter tvangsl. § 13-14 tredje ledd, jf. § 13-8 fjerde ledd kan tvangfullbyrdelse ikke kreves dersom saksøkte ”sannsynliggjør at det er umulig å oppfylle kravet”.

Ordlyden gir ingen veiledning for når det er ”umulig” å oppfylle kravet. Det vil imidlertid stride mot statens forpliktelse etter BK art. 19 nr. 1 å tvangfullbyrde samvær dersom det er fare for at barnet kan bli utsatt for overgrep. Derfor må fare for overgrep medføre at det foreligger en ”umulighet”.

Denne forståelsen har støtte i Høyesterett ankeutvalgs kjennelse inntatt i Rt. 2010 s. 1528. Der uttales det i punkt (14) at ”[d]et er tilstrekkelig for at tvangfullbyrdelse av en avgjørelse om samværsrett skal anses umulig, at det er sannsynliggjort at det er en reell risiko for at barnet skal bli utsatt for seksuelle overgrep”.

Som nevnt i pkt.3.5. bør en tilsvarende forståelse må til grunn også når det er tale om andre typer overgrep mot barnet.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 10.

6. Bevissspørsmål i saker om samvær

6.1. Usikkerhetsmomenter i saker med overgrepssproblematikk

I saker der det er tale om vold eller overgrep mot barn, er det største problemet at det er vanskelig å bevise både at det har skjedd, og at det ikke har det. Dette er fordi et kjennetegn ved overgrep i nære relasjoner er at det holdes skjult. En annen årsak er at det ofte ikke foreligger tekniske bevismidler.

Bevismessig er det også en utfordring at det eventuelle offeret er et barn. Barnet vil ofte føle en lojalitetsplikt overfor forelderen som mistenkes for å ha utsatt barnet for overgrep. Dette kan hindre at barnet forteller hva som har skjedd eller forandrer forklaring underveis. Barnet kan også bli påvirket andre veien, slik at gjentatte spørsmål leder til svar som barnet tror tilfredsstillende som spør. Slik kan barnet komme til å ”huske” ting som ikke har skjedd.⁴⁹

Et annet viktig vitne i slike saker er en forelder i konflikt. Et høyt konfliktnivå og kanskje derav en svekket dømmekraft er en utfordring. Likevel må man gå ut i fra at de færreste skulle ønske å sverte den annen med en feilaktig påstand om overgrep mot sitt eget barn.

6.2. Nektelse av samvær

Det er to bevissspørsmål i saker om nektelse av samvær. Det må først klargjøres hva som skal bevises, altså hva som er bevisetema, deretter må det klargjøres hvor stor grad av sikkerhet som kreves før retten legger et faktum til grunn, altså beviskravet.

Etter bl. § 43 må retten avgjøre at det ikke skal være samvær dersom det ikke er til barnets beste.

Etter bl. § 48 annet ledd skal det ved avgjørelsen om det skal være samvær, tas hensyn til at barnets fysiske eller psykiske helse blir utsatt for ”skade eller fare”. Etter ordlyden skal det altså ikke bare tas hensyn til at barnets helse blir utsatt for ”skade”, men også ”fare”. Dette innebærer at det ikke er nødvendig å bevise at skade med sikkerhet vil inntreffe. Samtidig peker ”fare” på at ikke enhver mistanke kan være nok. Dette tyder på at det må foreligge en faktisk ”fare”.

Denne forståelsen har støtte i forarbeidene, hvor det uttales at hensikten med tilføyelsen av annet ledd er å sikre at hensynet til barnet tillegges tilstrekkelig vekt i situasjoner hvor det er vanskelig eller umulig å ta stilling til om barnet har blitt eller vil bli utsatt for overgrep eller

⁴⁹ E. Kringlen, ”Seksuelle overgrep, gjenvunnet hukommelse og multippel personlighetsforstyrrelse, <http://tidsskriftet.no/article/478373/>.

vold.⁵⁰ Videre uttales at det at dersom det foreligger en reell risiko for at barnet blir utsatt for overgrep, må det få betydning for rettens avgjørelse.

Dette tyder på at bevistama er om det foreligger en ”reell risiko” for vold eller overgrep. Det blir spørsmål om hva som skal til før en risiko anses å være reell.

I dommen inntatt i Rt. 1989 s. 320 uttaler førstvoterende uttaler på s. 236 at ”i en sak om omsorg for mindreårige barn, kan det hevdes at det overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold.” Altså ville enhver risiko være ”reell”. Dette tyder på at bevistema senkes fra å være om det foreligger en ”reell risiko”, til om det foreligger en ”risiko”. For å komme til at det foreligger en ”risiko” må det likevel være noe som peker i den retning.

I dommen inntatt i Rt. 1989 s. 320 var det imidlertid tale om seksuelle overgrep. Som pekt på i pkt. 3.5., fremgikk det av dommen inntatt i Rt. 1996 s. 888 at det skulle mer til før en risiko ble ansett som tilstrekkelig til å nekte samvær, når det var tale om vold. Som tidligere pekt på må rettsstilstanden anses å være endret på dette punkt, hvilket medfører at vurderingen av når det foreligger en risiko i dommen referert i Rt. 1989 s. 320 må være riktigere også i saker der det er tale om mistanke om vold.

Bevistema er dermed også i disse sakene om det er en ”risiko” for overgrep.

Hva skal så til før Høyesterett legger til grunn at det foreligger en slik ”risiko”, altså hva er beviskravet?

Det utdypes i forarbeidene at enhver påstand ikke kan tillegges vekt, men at det må foreligge forhold som underbygger påstanden.⁵¹ Det presiseres imidlertid at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt, men at hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge avhenger av den konkrete saken, der ”forhold som arten av overgrep det er fare for, alvorlighetsgrad og personlige forhold hos de involverte” vil være av betydning.⁵²

I vurderingen av hvor stor sannsynlighet som må kreves før et faktum legges til grunn, må det altså tas hensyn til konsekvensene ved at feil faktum legges til grunn. Det uttales i forarbeidene at hensynet til kontakten og familielivet mellom barnet og den ene forelderen

⁵⁰ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

⁵¹ *ibid.*

⁵² *ibid.*

dersom mistanken er grunnløs står på den ene siden. Dette må veies opp mot hensynet til å beskytte barnet mot overgrep dersom det foreligger fare for det på den andre siden.⁵³

I dommen inntatt i Rt. 1989 s. 320 var sakens faktum slik at far var anmeldt for seksuelle overgrep mot stedatteren. Straffesaken ble av påtalemyndighetene henlagt grunnet bevisets stilling, men jenta ble tilkjent erstatning. Som følge av beskyldningene om seksuelle overgrep gikk mor og far fra hverandre, og far ønsket samvær med deres felles barn. Det altså ikke hevet over enhver tvil for at far hadde begått overgrepene, som er kravet for å ilegge straff. Likevel var det en overvekt av sannsynlighet, da dette kreves for å tilkjenne erstatning. De aktuelle barn samværsaken gjaldt var ikke fornærmet i straffesaken. Det var altså overveiende sannsynlig for at far hadde begått seksuelle overgrep mot et annet barn. Dette var forhold som medførte at det ble ansett å være en reell risiko for overgrep.

I dommen inntatt i Rt. 2011 s. 1572 var far anmeldt av barnevernet etter bekymringsmelding fra barnehagen om vold mot barnet, men saken ble henlagt. Her ble samvær tilkjent, men med tilsyn, hvilket eliminerte en eventuell risiko. Dette viser at det ble lagt til grunn at det var risiko for vold.

I dommen referert i Rt. 2010 s. 216 anmeldte mor far for seksuelle overgrep mot datteren, men saken ble henlagt fordi intet straffbart ble ansett bevist. Førstvoterende går ikke inn på en vurdering av om det er fare for overgrep eller ikke, men samværet skal etter dommen utøves med en trygghetsperson til stede.

Samvær med tilsyn brukes her som en mellomløsning som muliggjør samvær.

Førstvoterendes uttalelse om at trygghetspersonen skulle sikre barnet mot en ”eventuell risiko”, tyder på at det kreves lavere sikkerhet enn ”risiko” for å tilkjenne samvær med tilsyn. I denne saken var imidlertid risikoen ”eventuell” fordi den ikke ble vurdert. Dette fremstår dermed som en omgåelse av bevisvurderingen.

6.3. Hindring av samvær

Det er to bevis spørsmål i saker der en forelder har hindret samvær. Det må også her klargjøres hva som skal bevises. Videre må beviskravet vurderes.

Etter bl. § 43 femte ledd, kan den samværsberettigede kreve ”ny avgjørelse” dersom den som har foreldreansvaret eller som barnet bor sammen med hindrer at samværsretten kan gjennomføres.

⁵³ Ot.prp. nr. 103(2004-2005) s. 24.

Retten skal legge ”betydelig vekt” på at samvær er hindret når det tas en ny avgjørelse av hvor barnet skal bo etter bl. § 43 femte ledd.⁵⁴

Dersom domstolen finner at årsaken til hindringen av samvær ikke er velbegrunnet, vil det anses som samværs sabotasje, og dermed tale for at barnet i egen interesse bør flyttes. I motsatt tilfelle vil hindringen anses som legitim.

Det blir dermed spørsmål om når en hindring av samvær skal anses som en legitim utøvelse av foreldreansvaret, og når hindringen skal anses som sabotasje av samværsretten.

I dommen inntatt i Rt. 1989 s. 320 ble mors hindring av samvær ansett som velbegrunnet. I denne saken var faktum slik at retten la til grunn at det var risiko for seksuelle overgrep, da det var overveiende sannsynlig for at far hadde forgrepet seg på et annet barn. Man kan dermed trekke slutningen at dersom det er overveiende sannsynlig at en forelder har begått overgrep tidligere, er mistanken velbegrunnet.

I dommen inntatt i Rt. 1996 s. 888 uttaler førstvoterende på s. 895 i dommen at i ”det foreliggende tilfelle har motstanden i høy grad et reelt utgangspunkt i farens voldelighet og overgrep overfor henne og andre.” Dette peker på at mors hindring ble ansett som legitim, selv om retten tilkjente samvær. Da denne dommen kun omhandler samværsrett, innebærer denne uttalelsen et obiter dictum i forhold til forståelsen av bl. § 43 femte ledd. Likevel viser denne dommen at en forelders hindring av samvær kan anses som legitim, uten at retten samtidig finner at samvær må nektes.

I dommen inntatt i Rt. 2010 s. 216 fremgår det indirekte at mors hindring av samvær ble ansett som legitim, da samvær ble tilkjent med tilsyn. I denne saken støttet overgrepsteamet i St. Olavs hospital, helsesøster, lærer, Incestsenteret og den sakkyndige mor i at far ikke burde ha samvær med datteren. Dette må antas å ha gjort at hennes mistanke ble ansett som velbegrunnet. Lagmannsretten kom i denne saken til at mors hindring av samvær skulle føre til at barnet ble flyttet til far. Dette viser at lagmannsretten anså mors hindring av samvær som sabotasje⁵⁵.

Dommen inntatt i Rt.2010 s. 216 viser hvor hårfin grensen kan være, og hvor fatale konsekvensene kan bli av at en forelders frykt ikke anerkjennes. I denne saken ville barnet

⁵⁴ Innst. O nr. 23 (1988-89) s. 7.

⁵⁵ LF-2009-40095.

blitt flyttet til en far som av Høyesterett kun ble tilkjent samvær med tilsyn, dersom saken ikke hadde blitt anket, eller dersom anken ikke hadde blitt tillatt fremmet for Høyesterett.

I dommen inntatt i Rt. 1982 s. 116 ble mor tilkjent foreldreansvaret, da far ikke medvirket til samvær. Far mente at barnet ikke ønsket å dra til mor fordi hun har blitt skremt under tidligere besøk. Det var i denne saken ingenting som underbygget disse påstandene, hvilket medførte at de ble oversett. Førstvoterende anså det slik at barnets ønske om ikke å reise til mor, var begrunnet i holdninger hos far. Av dette kan det slutes at der ingenting underbygger påstanden om forhold hos den andre forelder, kan samværshindringen ikke anses som legitim.

Både bevistema og beviskravet er altså forskjellig i saker der den private har hindret samvær, og saker der retten skal avgjøre at det ikke skal være samvær.

I rettens vurdering av om hindringen av samværet er legitim, foretar retten ikke en overprøving av risikovurderingen forelderen har gjort. Likevel krever retten at det er bevis som støtter opp om mistanken. Løse antakelser er ikke tilstrekkelig. En forelders hindring av samvær kan anses som legitim, uten at retten samtidig finner risiko som gjør at samvær må nektes. Det kreves altså mer før retten legger til grunn at det er en risiko for overgrep. Dette er også rimelig med tanke på at dersom forelderens frykt ikke anerkjennes som reell, vil hindringen av samvær være et sterkt moment i vurderingen av om barnet må flyttes.

6.4. Beviskrav ved omsorgsovertakelse

For at barnevernet skal kunne overta omsorgen må det foreligge alvorlige mangler som gjør det nødvendig at omsorgen overtas. Disse manglene må heller ikke kunne avhjelpes med hjelpetiltak, og det må være til barnets beste at omsorgen overtas. Det blir spørsmål om hvor stor sannsynlighet som skal til før vilkårene for omsorgsovertakelse må anses oppfylt, altså hva som er beviskravet.

Vilkårene for omsorgsovertakelse er, som tidligere pekt på, strenge. Dette taler for at det kreves vanlig sannsynlighetsovervekt for at hvert av vilkårene skal være oppfylt. Dersom det skulle kreves mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt ville det gått ut over barnet ved at barnet ble værende i en uholdbar situasjon. Det ville dermed stride mot barnets beste med for høye beviskrav i slike saker. En slik forståelse har støtte i litteraturen.⁵⁶

⁵⁶ Hans Petter Graver, "Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004 s 465-498 (s. 483).

Det må dermed foreligge sannsynlighetsovervekt for at det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg, jf. bvl. §4-12.

I tilfeller der den alvorlige mangelen består i at forelderen ikke har hindret samvær der det er mistanke om vold eller overgrep, må det dermed være sannsynlighetsovervekt for at forelderen har sendt barnet på slikt samvær til tross for mistanke om vold eller overgrep.

Videre må det foreligge sannsynlighetsvekt for at de øvrige vilkår for vedtak om omsorgsovertakelse er oppfylt.

6.5. Medvirkning til straffbar handling - beviskrav

Dersom det er tale om straff for passiv medvirkning er imidlertid beviskravene mye strengere enn ved omsorgsovertakelse. Det må være hevet over enhver tvil at samtlige av de fire straffbarhetsvilkårene foreligger før straff kan ilegges.

I lagmannsrettens dom inntatt i LA-2012-92858 ble mor dømt for passiv medvirkning for drapet på sin sønn. Drapet ble begått av barnets stefar i deres hjem. Mors ansvar for å beskytte barnet besto dermed ikke i plikt til å hindre samvær, men i en plikt til direkte inngripen. Saken har likevel overføringsverdi til saker om samvær, da plikten til å beskytte barnet etter bl. § 30 må gjelde like fullt, selv om barnet ikke fysisk befinner seg i hjemmet.

I dommen uttales det at det ble oppfattet som et samtykke at mor ikke reagerte på det ”holdt for overvegande sannsynleg hadde skjedd, og heldt det for overvegande sannsynleg ville skje igjen”.

Kravet til mors mistanke var dermed at hun holdt det for ”overveiende sannsynlig” at barnet var utsatt for vold fra vedkommende. Det var videre et krav til mistanke at hun holdt det for ”overveiende sannsynlig” at det ville skje igjen.

Mors plikt til å avverge hendelsen oppstod etter lagmannsrettens syn først når denne oppfattelsen til mor ble styrket og stadfestet.

Også i lagmannsrettens dom inntatt i LH-2012-43105 var det tale om unnlattelse av å gripe inn. Det fremgår i dommen at forelderen må være sikker eller holde det for ”overveiende sannsynlig” at den andre forelderen kom til å begå den straffbare handlingen. Det stilles dermed ikke noe krav om at det må være overveiende sannsynlig at overgrep har skjedd tidligere. Det er tilstrekkelig at det er overveiende sannsynlig at et overgrep vil skje.

Dersom det skal bli tale om medvirkning i form av å sende barnet til samvær, må bostedsforelder dermed holde det for ”sikkert eller overveiende sannsynlig” at barnet vil komme til å bli utsatt for overgrep.

7. Foreliggende forslag til endringer i barneloven

7.1. Innledning

Det ble fremsatt forslag til endringer i lov 8. april nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) i høringsnotat av 12. oktober 2012. Forslaget ble fremsatt for å gi barn bedre beskyttelse mot vold og overgrep. Etter høringsinstansenes uttalelse har departementet utarbeidet en proposisjon (Prop. 85 L) til ny lov.⁵⁷

7.2. Forslag om å lovfeste en forelders rett og plikt til å nekte samvær

I høringsnotatet ble det fremmet forslag om en tilføyelse til bl. §43 om at den som barnet bor fast sammen med skal nekte samvær, dersom det er nødvendig for å hindre at barnet utsettes for overgrep. Dette ble foreslått med bakgrunn i usikkerheten knyttet til om bostedsforelder har rett til å stanse samværet ved reell frykt for overgrep, eller om en slik hindring av samværet vil komme vedkommende til skade i en eventuell påfølgende barnefordelings sak.

Det ble i sammenheng med dette forslaget, foreslått at det skulle inntas et tillegg til bl. §43 femte ledd om at det skal tas hensyn til at forelderen har plikt til å hindre samvær i saker der samværsforelder kan kreve ny avgjørelse fordi bostedsforelder har hindret samværet. Det fremgår på s. 27 i høringsnotatet, at begrunnelsen for dette forslaget var å tydeliggjøre at reell frykt eller risiko for vold eller overgrep mot barnet må anses å utgjøre en god og legitim grunn til å nekte avtalt eller fastsatt samvær.

Min vurdering er at et problem ved en lovfesting av en forelders rett til å nekte samvær er at terskelen for å nekte samvær ville bli betydelig lavere enn etter gjeldende rett. Dette fordi bevistema ville blitt et ganske annet. Bevistema ville bli om forelderen hadde grunn til å tro at det var nødvendig å nekte samvær, i stedet for om det faktisk forelå risiko som gjorde det nødvendig.

⁵⁷ Prop. 85 L (2012-2013) Endringer i barnelova (Barneperspektivet i foreldretvister).

Dette ville for det første kunne innebære en økt fare for at samvær ble nektet med grunnlag i falske beskyldninger. For det andre innebærer en nektelse av samvær også et inngrep i barnets rett til samvær, hvilket taler for at terskelen ikke må være for lav.

Beskyttelsesbehovet taler på den annen siden for at en lavere terskel for å hindre samvær er ønskelig. En lovfesting av at det foreligger både rett og plikt til å beskytte barnet mot skadelig samvær ville gitt bostedsforelderen en reell mulighet. Dette fordi det ville klargjøre at en forelder ikke skal straffes for å hindre samvær i en slik situasjon, og at det heller ikke skal få uholdbare konsekvenser i form av flytting av barnet.

Likevel kan det innvendes at selv om man fikk en slik hjemmel, kunne retten ved en senere prøvning, ha kommet til at det ikke var nødvendig å nekte samvær for å hindre overgrep. I likhet med hva som følger av gjeldende rett, ville det være nødvendig å vurdere bevisene også etter en slik bestemmelse.

En annen innvending mot en slik bestemmelse er at det kan virke konfliktskapende at private gis mulighet til å velge ikke å etterleve en rettsavgjørelse.

Som pekt på i pkt. 6.3., trenger ikke retten å være enig i at det foreligger en risiko for overgrep, for at en forelders hindring av samvær skal anses som legitim. Det kreves altså mer sikkerhet før retten legger til grunn at det er en risiko for overgrep, enn hva retten krever av sikkerhet før forelderens hindring anses som legitim.

Dette medfører at hva som kreves til bevis i de to situasjoner ikke er sammenfallende.

Dermed ville det i en situasjon der det allerede foreligger en dom, hvor retten har funnet at det ikke er noen risiko for overgrep, være anledning for en forelder til å motsette seg samvær fordi forelderen fortsatt mener at det er en slik risiko.

Man kan da spørre hva konsekvensen av en dom som stadfestet samværsrett ville være i et tilfelle der bostedsforelder var oppriktig bekymret. Dersom en forelder kunne velge ikke å etterleve en dom, ville det kunne resultere i at disse konfliktene i praksis ble unntatt fra domstolsbehandling, og at bostedsforelderen dermed alene avgjorde spørsmålet om samvær. Dette ville være svært uheldig, da dette igjen ville gå ut over barnets rett til samvær.

Dette forslaget ble imidlertid ikke videreført i proposisjonen på grunn av manglende drøftelse av samværsforelderens rett til å beskytte barnet mot vold og overgrep hos bostedsforelderens.⁵⁸

På s. 15 i proposisjonen pekes det på at forslag om endringer i barnelovens bestemmelser om foreløpig avgjørelse og tvangsbot ivaretar mænte av de samme hensyn som lå til grunn for det aktuelle forslaget.

7.3. Plikt for retten til å ta en foreløpig avgjørelse

Det ble i høringsnotatet foreslått at det skulle inntas i bl. § 60 første ledd at retten etter krav fra en part i alle tilfeller skal ta en foreløpig avgjørelse dersom det er risiko for at barnet blir utsatt for vold eller på annen måte behandlet slik at den fysiske eller psykiske helse blir utsatt for skade eller fare.

I Prop. 85 L videreføres dette forslaget.

Etter gjeldende rett er bl. § 60 en ”kan”-regel. Det vil si at det er opp til rettens skjønn om det vil bli tatt en foreløpig avgjørelse. Der det er nødvendig for å vareta barnets beste, er imidlertid retten forpliktet til å ta en foreløpig avgjørelse, jf. bl. § 48 og BK art.19. Dette vil, som belyst i pkt. 5.4. medføre at det i saker hvor det er påstand om vold eller seksuelle overgrep, foreligge en plikt for domstolen til å treffe en foreløpig avgjørelse. Slik sett vil en lovfesting ikke innebære noen endring av rettstilstanden.

Likevel vil en presisering medføre at partene blir klar over at retten tar midlertidige avgjørelser i saker med slik problematikk. Dette påpeker også barneombudet i sin høringsuttalelse, se Prop. 85 L på s. 64. Advokatforeningen påpeker i sin uttalelse, på samme side, at det at en kan forvente en avgjørelse innen kort tid vil skape et nødvendig rammeverk for omsorgspersonen i disse sakene, der tidselementet er sentralt.

Barneombudet uttrykker likevel bekymring for at en slik bestemmelse kan virke prosessdrivende.⁵⁹ Nordre Vestfold tingrett uttaler, i sin høringsuttalelse, at dette forslaget reflekterer en ”uheldig sammenblanding av ansvarsfelter.”⁶⁰ Det presiseres noe videre at denne bestemmelsen knytter seg til et område som i dag ivaretas av barneverntjenesten, som har rettslige instrumenter for umiddelbare aksjoner.

⁵⁸ Prop. 85 L (2012-2013) Endringer i barnelova (Barneperspektivet i foreldretvister) s. 14.

⁵⁹ *op.cit.* s. 64.

⁶⁰ *op.cit.* s. 65.

Denne kritikken fremstår som noe uklår for meg. Problemet i slike saker er at de faller midt i mellom barneloven og barnevernlovens regler. Saker om samvær faller inn under barneloven, mens barnevernet har begrenset kompetanse i saker der det er mangler ved omsorgen hos samværsforelderen. Da det påhviler bostedsforelderen å hindre samvær, er det positivt å klargjøre at domstolen skal ta midlertidig avgjørelse i saker der det er mistanke om overgrep.

Selv om forslaget innebærer at retten får en plikt til å treffe en foreløpig avgjørelse, innebærer det ikke at retten får plikt til å gi medhold i kravet om samværsnekt. Her kan det fortsatt bli problemer hvis retten tar stilling og ikke gir medhold i at samvær nektes, dersom bostedsforeldrene fortsatt er redd for barnets sikkerhet.

7.4. Tvangsbot

Det ble, på s. 71 i høringsnotatet, foreslått en endring i bl.§65 annet ledd om tvangsbot, slik at det ved avgjørelsen av om tvangsbot skulle ilegges, skulle tas hensyn til at den barnet bor fast sammen med skal nekte samvær der det er fare for at barnet blir utsatt for vold eller på annen måte behandlet slik at den fysiske eller psykiske helse kan bli utsatt for skade eller fare. På side 27 i høringsnotatet fremgår det at hensikten bak dette forslaget er at tvangsfullbyrdelse ikke skal skje der det er en reell mulighet for at barn utsettes for vold eller overgrep.

Departementet viderefører dette forslaget i proposisjonen, men med språklige endringer.

Departementet foreslår i proposisjonen at det ikke skal fastsettes tvangsbot dersom oppfyllelsen av samværsretten er ”umogleg, mellom anna der det er ein risiko for at barnet blir utsett for vald eller på anna vis handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for fare.” Den språklige endringen er naturlig, da departementet har gått bort fra forslaget om å lovfeste en forelders plikt til å nekte samvær.

Som nevnt i pkt. 5.6, følger det av rettspraksis at dersom det er risiko for overgrep, foreligger det en umulighet, jf. for eksempel uttalelser i kjennelsen inntatt i Rt.2010 s. 1528. Regler som fremgår gjennom rettspraksis er likevel lite tilgjengelig for allmennheten, hvilket begrunner behovet for en endring.

Departementet uttaler at endringen innebærer en ”tydeliggjøring av gjeldende rett om at retten ikke skal fastsette tvangsbot dersom oppfyllelse av samværsretten er umulig.”⁶¹

Departementet uttaler på s. 68 at begrunnelsen for forslaget er å ”tydeliggjøre at barnets rett til beskyttelse mot fysisk eller psykisk fare veider tyngre enn voksnes rett til samvær.”

⁶¹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 89.

Departementet ser det derfor som nødvendig å presisere at retten ikke kan treffe pålegg for å fremtvinge en samværsrett som innebærer risiko for slik fare.

Denne presiseringen vil kunne føre til at foreldre ikke føler seg presset til å sende barnet på samvær i tilfeller der barnet bør beskyttes.

Mitt syn er at da en forelder har både rett og plikt til å beskytte sitt barn i en situasjon det er mistanke om overgrep, vil det skape harmoni med en regel som gir et unntak fra muligheten til å tvangsfullbyrde samværet i en slik situasjon.

Det er likevel ikke gitt at retten finner at det foreligger en risiko for overgrep som medfører at det er en ”umulighet”. Dermed gir heller ikke en slik regel forelderen en reell mulighet til å benytte seg av retten eller overholde plikten til å beskytte barnet.

7.5. Økt fokus på barnets mening i saker med overgrepssproblematikk

Det ble i høringsnotatet av 12. oktober foreslått på s. 68 at det i bl. § 31 skal presiseres at barn som er yngre enn syv år, som er i stand til å danne seg egne synspunkt skal få informasjon og mulighet til å si sin mening før det blir tatt avgjørelse om personlige forhold for barnet, blant annet i saker om hvor barnet skal bo, samværsrett og foreldreansvar. Det fremgår på s. 43 i høringsnotatet at dette ble foreslått fordi departementet har merket seg at barn under syv år i liten grad høres. Departementet peker på at dette kan gjøre at saker med ”tyngre problematikk knyttet til vold[og] seksuelle overgrep[...] der beskyttelse av barnet er et hovedhensyn” ikke blir godt nok opplyst.

I prop. 85 L opprettholdes forslaget om en tilføyelse av en ny skjønnsmessig formulering i bl. § 31 om barns rett til å bli hørt. Departementet peker på s. 42 i proposisjonen på at barnets mening om situasjonen her og nå må tillegges tilstrekkelig vekt ved avgjørelsen om det skal være samvær, heller enn antakelser basert på et biologisk prinsipp.

Dette viser at departementets intensjon er å minske fokus på det biologiske prinsipp og heller øke fokus på hvordan det aktuelle barnet opplever sin situasjon. Et økt fokus på hvordan barnet opplever situasjonen, selv om barnet er lite, vil igjen føre til at saken opplyses bedre. Dette vil igjen være til barnets beste.

Selv om barn over syv år etter nåværende bl. § 31 har en ubetinget rett til å bli hørt, uten at bestemmelsen utelukker at yngre barn høres, vil en slik presisering føre til økt fokus på at barnet høres. Dette vil medføre at praksis kommer i bedre samsvar med barnets rett til å bli hørt uavhengig av alder som følger av BK art.12.

På s. 43 i proposisjonen foreslår departementet at foreldretvister om samvær etter barneloven skal avgjøres i større grad ut fra barnets situasjon her-og-nå, hvilket er i tråd med et styrket barneperspektiv i slike saker. Større vekt på barnets mening vil bidra til dette.

Dersom barnets mening om situasjonen kan tillegges vekt på bekostning av det biologiske prinsipp, vil dette også kunne føre til en bedre beskyttelse av barnet. En økt opplysning av saker med overgrepssproblematikk, vil føre til at avgjørelser blir tatt på riktigere grunnlag. En økt vektlegging av barnets mening vil gjøre at det ikke er nødvendig å bevise at det foreligger en risiko for overgrep for å hindre samvær.

Mitt syn er at dersom avgjørelsene i større grad blir tatt ut fra barnets situasjon her-og-nå, vil man unngå at saken avgjøres ut fra generelle antakelser av hva som er bra for barnet. I stedet vil man få avgjørelser som er basert på hva som er best for det konkrete barnet, ut fra dette barnets unike situasjon. Da vil det være naturlig å vektlegge den sosiale relasjonen mellom barnet og forelderen, heller enn den biologiske tilknytningen.

8. Rettspolitisk diskusjon

Det er klart nok at det både foreligger en rett og en plikt til å hindre samvær der det er nødvendig for å beskytte barnet mot overgrep. Plikten underbygges av de konsekvenser som kan inntre dersom samværet likevel aksepteres. Det er imidlertid et problem at det i en slik situasjon, på grunn av de uholdbare konsekvensene, ikke er en reell mulighet til å hindre samvær. Dette setter forelderen i et fryktelig dilemma. Dersom forelderen velger å hindre samvær, kan dette resultere i en uønsket flytting av barnet i en eventuell senere barnefordelingssak. Dersom forelderen, på grunn av frykt for dette, unnlater å hindre samvær, kan barnet utsettes for overgrep, og det kan bli tale om omsorgsovertakelse og i ytterste konsekvens straff. Dette setter barnet i en svært usikker posisjon.

Forelderen er dermed henvist til en rettslig prosess ved mistanke om overgrep, uten reell mulighet til å hindre samværet frem til avgjørelse. Selv om midlertidig avgjørelse skal tas så raskt som mulig, vil det være behov for å beskytte barnet frem til da. Dersom retten ikke deler forelderens syn, vil den midlertidige avgjørelsen heller ikke beskytte barnet. Dette vil være tilfelle også med en senere samværssak.

Rettsstilstanden kan derfor ikke anses å gi barnet en tilstrekkelig beskyttelse mot overgrep, hvilket medfører at statens forpliktelse etter BK art.19 nr. 1 ikke er oppfylt.

Det pekes i høringsnotatet på at den usikre rettsstilstanden er et problem, og forslaget om privat samværsnekt var et forslag til løsning. Med de mange innvendinger det finnes til å overlate dette spørsmålet til private, kan det nok tenkes bedre måter å løse dette på.

Det er helt klart et steg i riktig retning å stadfeste gjeldende rett hva gjelder midlertidig avgjørelse og tvangsbod. Barneloven § 30 om foreldreansvaret kunne kanskje også ha vært klarere.

Likevel vil ikke problemet løses gjennom disse regler alene. Retten må fortsatt foreta en bevisvurdering, og kan fortsatt komme til at hindringen av samvær ikke er legitim, med de konsekvenser dette kan medføre.

For å komme frem til andre løsninger på problemet, er det nødvendig å stille spørsmål ved hva problemet skyldes.

Mitt syn er at den manglende reelle muligheten til å hindre samvær kan forklares med samværsrettens sterke stilling, sanksjonstankegangen i saker etter bl. § 43 femte ledd og de bevismessige utfordringer som foreligger i saker med overgrepssituasjon.

Det kan rettes kritikk mot den generelle antakelse om at samvær er til barnets beste, da gruppen barn er meget uensartet. Barnets samværsrett fremstår nærmest som en plikt, heller enn en rett til samvær. De relasjonene som reglene tillegger barnet et behov for å opprettholde er også svært uensartet. Da denne presumsjonen i tillegg tillegges uforholdsmessig stor vekt i forhold til andre hensyn, kan det lede til at barnets faktiske situasjon feilvurderes.

Det at hindringen av samvær gis så stor vekt i en ny avgjørelse om hvor barnet skal bo etter bl. § 43 femte ledd, medfører en fare for at barnet flyttes til en forelder som utsetter barnet for overgrep. Det kan derfor stilles spørsmål om denne regelen er i tråd med statens forpliktelse til å beskytte barnet mot overgrep etter BK art. 19 nr. 1.

Videre er en årsak til problemet at disse sakene er så utfordrende bevismessig. Det kan stilles spørsmål om det er riktig å knytte konsekvenser til hindring av samvær, all den tid det er så vanskelig å bevise om forelderen hadde rett og plikt til å hindre samværet. Man kan si at tvilen må komme barnet til gode i et slikt tilfelle.

På den annen side, dersom hindringen ikke var legitim, ville en avgjørelse av at barnet skulle bli boende hos den som regelmessig saboterte samværet også stride mot barnets beste. Her er det tale om å beskytte barnet i en konflikt, ikke bare mot overgrep, men også fra selve konflikten. Reglene må derfor også gi barnet beskyttelse mot å bli et middel i voksenkonflikten.

Hva kan så løse dette problemet?

I dommen inntatt i Rt. 2010 s. 216 tilkjente Høyesterett samvær med tilsyn. Dette var tilsynelatende et forsøk på å gi en mellomløsning som unngikk bevisproblemet. Det kan til dette innvendes at barnet ikke får en tilstrekkelig beskyttelse dersom overgrep har skjedd, og det likevel tilkjennes samvær, men med tilsyn. Samvær vil i en slik situasjon kunne føre til en retraumatisering av barnet. En slik forståelse fremgår også i Ot.prp. nr. 103(2004-2005) på s. 55. Der uttales det at ”barnet kan her være utsatt for slike skadevirkninger og ha et angstfylt forhold til samværsforelderen, slik at det ikke vil være til det beste å ha samvær selv om barnet sikres mot framtidige overgrep gjennom tilsyn.” Dette kan derfor ikke være løsningen på problemet.

Lovforslaget om å tillegge barnets mening større vekt i saker om samvær og dermed styrke vekten av barnets situasjon her-og-nå, på bekostning av det biologiske prinsipp kan være et viktig bidrag til å gi barnet bedre beskyttelse mot overgrep.

Dette vil både medføre at det ikke vil være avgjørende å bevise det ubeviselige, og at barnets behov for samvær vil være viktigere enn å bevise at det ikke er grunn til unntak fra retten til samvær.

Likevel kan det innvendes at hva som er barnets eget egentlige ønske, er vanskelig å få innsikt i.

9. Avsluttende refleksjoner

Det foreligger både en rett og en plikt til å hindre samvær der det er nødvendig for å beskytte barnet mot overgrep. Likevel mangler bostedsforelderen en reell mulighet.

Dersom det på grunn av mistanke om overgrep hos samværsforelder, er behov for å beskytte barnet mot samvær, gir gjeldende rett derfor ikke en tilstrekkelig beskyttelse.

Som pekt på vil en økt vektlegging av barnets syn i samværssaker, kunne bøte på noe av bevisproblematikken. Da blir bevistema flyttet fra å gjelde om det foreligger risiko, til hva barnet ønsker.

Dette vil kunne føre til at samvær hindres i saker der overgrep foregår i det skjulte. I tillegg vil en slik endring av fokus i disse saker også kunne medføre at psykiske overgrep lettere fører til at samvær hindres.

Fordi risikoen for overgrep alltid må veies opp mot hensynet til barnets rett til samvær, vil det kanskje ikke la seg gjøre å gi regler som fullt ut beskytter barnet.

En endring av synet på samvær ville likevel kunne gi barnet en økt beskyttelse. Proposisjonen gir grunn til å tro at utviklingen av samværsretten er i ferd med å skifte kurs – fra å være en plikt til å bli en rett for barnet.

En synliggjøring av barnet vil generelt være et viktig bidrag til å beskytte barn mot overgrep i nære relasjoner.

10. Litteraturliste

Lover:

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

lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre

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

lov 26. juni 1992 nr.86 om tvangsfullbyrdelse

lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester

Opphevede lover:

lov 21. desember 1956 nr. 9 om born i ekteskap

lov 21. desember 1956 nr. 10 om born utanom ekteskap

Forarbeider:

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

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

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

Innst. O. nr. 35 (2005-2006) Innstilling fra familie- og kulturkomiteen om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)

Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) 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.29 (2002-2003). Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)

Ot.prp.nr.44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Innst. O. nr.23(1988-89) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) (underholdsbidrag, samværsrett m.v.)

Ot.prp.nr.62 (1979-1980) Om lov om barn og foreldre (barneloven)

Praksis fra Høyesterett:

Rt. 1939 s. 423

Rt. 1940 s. 155

Rt. 1971 s. 1358

1995 s. 946

1976 s. 1497

Rt. 1996 s. 888

Rt. 1985 s.467

Rt. 1982 s. 116

Rt. 1991 s. 1148

Rt. 1997 s. 797

Rt. 1995 s. 946

Rt. 1989 s. 320

Rt. 2010 s. 216

Rt. 2007 s. 1101

Rt. 1991 s.1148

Rt. 2010 s. 1528 (HR anke)

Rt. 2011 s. 1572

Praksis fra Høyesteretts kjæremålsutvalg:

Rt. 1983 s. 535.

Praksis fra Lagmannsrettene:

LA-2012-92858

LH-2012-43105

LF-2009-40095

Konvensjoner:

Den Europeiske menneskerettskonvensjon 4 november 1950

FNs konvensjon om barns rettigheter 20 november 1989

Praksis fra EMD:

EMDS dom 12 februar 2013 *Vojnity mot Ungarn*

EMDs dom 19 september 2000 *Glaser mot Storbritannia*

EMDs dom 13. juli 2000 *Elsholz mot Tyskland*

EMDs dom 7. juli 1996 *Johansen mot Norge*

EMDs dom 24 mars 1988 *Olsson mot Sverig*

EMDs dom 23. september 1994 *Hokkanen mot Finland*

EMDs dom 22 juni 1989 *Eriksson mot Sverige*

EMDs dom 2. august 1984 *Malone mot Storbritannia*

EMDs dom 9. oktober 1979 *Airey mot Irland*

EMDs dom 26. april 1979 *The Sunday Times mot Storbritannia*

Uttalelser fra FNs barnekomité:

General Comment No. 13(2011), - The right of the child to freedom from all forms of violence (UN doc. CRC/C/GC/13)

Juridisk litteratur:

Bøker:

Andenæs, Johs; *Alminnelig strafferett*, 5.utgave ved Magnus Matningsdal mfl. (Oslo 2004)

Aall, Jørgen; *Rettsstat og Menneskerettigheter*, 2.utgave (Bergen 2007)

Bratholm, Anders; *Strafferett og samfunn* (Oslo 1980)

Husabø, Erling Johannes; *Straffansvarets periferi: medvirkning, forsøk, førebuing* (Bergen 1999)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning – domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis* (Oslo 2010)

N. Høstmælingen, E.S. Kjørholdt og K. Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge*, 2.utgave, (Oslo 2012)

Artikler:

Graver, Hans Petter, ”Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004 s 465-498

Trude Haugli, ”Det mangfoldige barnets beste”, i *Bonus Pater Familias*. Festskrift til Peter Lødrup, 70 år, Oslo 2002 s.313-327 s.314

Trude Haugli, ”Skiftende ideologier i barnelovgivning – alltid til barnets beste?” *Jubileumsskrift til Universitetet i Tromsø; Fra Driftssentralen til Teorifagbygget*, 2004 s 77-88

Haugli, Trude; ”Foreldreansvaret ved sabotasje av samværsretten”, *Lov og Rett*, 1999 s. 299

Haugli, Trude, ”Hindring av samværsretten som grunnlag for overføring av foreldreansvar og daglig omsorg – en analyse med utgangspunkt i barneloven § 44, 6. ledd og dommen i Rt-1991-1148”, *Jussens venner* 1993 s. 180

Matningsdal, Magnus; ”Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter”, *Jussens Venner* 2008 s. 357-383

Lindboe, Knut, ”Om beviskravet i barnevernssaker”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* nr. 3 2007 s. 177

Søvig, Karl Harald; ”Nyere avgjørelser fra EMD om statens ansvar i barnefordelingssaker”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnerettslige spørsmål*, 2008 s.207

Smith, Lucy, ”Barnefordeling og samværsrett – utvikling i rettspraksis”, *Jussens venner* 1986 s. 332

Søvig, Karl Harald, ”Gjennomføring og opprettholdelse av omsorgsovertakelse ved mistanke om seksuelle overgrep”, *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 2004 s. 129

Søvig, Karl Harald, ”Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringen i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett”, *En utredning gjort på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet*. Det juridiske fakultets skriftserie, UiB nr. 115 2009

Øvrig litteratur:

E. Kringlen, ”Seksuelle overgrep, gjenvunnet hukommelse og multipel personlighetsforstyrrelse, <http://tidsskriftet.no/article/478373/>

Antall ord: 17960