

Det juridiske fakultet

Samværsrett i foreldretvister når det foreligger påstand om vold eller seksuelle overgrep mot barnet

En analyse av praksis fra Høyesterett

—
Ida Simonsen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2014

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	3
1.2	OPPGAVENS AKTUALITET	4
1.3	AVGRENSNING	5
1.4	FORSKNING PÅ OMRÅDET	5
1.5	METODE OG DE RELEVANTE RETTSKILDENE	7
1.5.1	INNLEDNING	7
1.5.2	LOV OG FORARBEID	7
1.5.3	BARNEKONVENSJONEN	7
1.5.4	RETTSPRAKSIS	9
1.6	RETTSSIKKERHETSBEGREPET I BARNERETTEN	10
1.7	DEN VIDERE FREMSTILLING	11
2	REGLENE OM SAMVÆRSRETTE	11
2.1	BARNEKONVENSJONENS REGLER OM SAMVÆR	11
2.2	BARNELOVENS REGLER OM SAMVÆR	12
2.3	BARNETS RETT TIL Å BLI HØRT FØR AVGJØRELSE TAS	17
2.4	ULIKE LØSNINGER RETTEN KAN VELGE	20
2.5	ROLLEN SOM SAKKYNDIG	23
2.6	FORELDERENS PLIKT TIL Å HINDRE AT BARNET BLIR UTSATT FOR OVERGREP VED SAMVÆR	24
3	ANALYSE AV PRAKSIS FRA HØYESTERETT	26
3.1	INNLEDNING	26
3.2	AVGJØRELSER HVOR SAMVÆRSFORELDEREN HAR UTVIST VOLDELIG OPPTREDEN	26
3.2.1	RT. 1971 s. 204	26
3.2.2	RT. 1989 s. 148	27
3.2.3	RT. 1994 s. 1394	29
3.2.4	RT. 1996 s. 888	31
3.2.5	RT. 2011 s. 1572	33
3.3	AVGJØRELSER HVOR DET FORELIGGER PÅSTAND ELLER MISTANKE OM SEKSUELLE OVERGREP	34
3.3.1	RT. 1989 s. 320, RT. 1994 s. 940 OG RT. 1995 s. 1152	34
3.3.2	RT. 1996 s. 398	36
3.3.3	RT. 1998 s. 562	37
3.3.4	RT. 2010 s. 216	38
3.3.5	RT. 2013 s. 1329	40
3.4	OPPSUMMERING AV PRAKSIS OG VURDERING OPP MOT GJELDENE LOVREGLER	42
3.4.1	LITT OM PSYKISK VOLD	42
3.4.2	BETYDNINGEN AV SAKKYNDIGE ERKLÆRINGER	43
3.4.3	OVERGREPSPÅSTANDENES BETYDNING FOR RETTENS BEGRUNNELSE	45
3.4.4	ANVENDELSEN AV TILSYNSORDNINGEN I PRAKSIS	47
3.4.5	BARNAS DELTAKELSE I DISSE SAKENE	49
4	AVSLUTTENDE VURDERING	52
5	LITTERATURLISTE	54
5.1	BØKER	54
5.2	ARTIKLER	54
5.3	INTERNASJONALE KONVENSJONER	56
5.4	LOVGIVNING	56
5.5	FORARBEID	56

5.6	AVGJØRELSER	57
5.7	GENERELLE KOMMENTARER FRA FNS BARNEKOMITÉ	58
5.8	INTERNETTSIDER	58

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne oppgaven er hvilket samvær det skal være mellom barn og den av foreldrene som barnet ikke bor fast sammen med, når barnet har vært utsatt for overgrep ved samvær eller det foreligger mistanke om slike forhold. Som følge av overgrepssproblematikken oppstår det tvist mellom foreldrene, om hvorvidt samvær skal finne sted. Tvister om samvær reguleres av lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (heretter barneloven eller bl.). I alle saker som gjelder barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Dette følger av FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 artikkel 3 og bl. § 48 første ledd. For spørsmål om samvær fremgår det av bl. § 43 første ledd siste punktum, at samvær må nektes dersom det ikke er til barnets beste. Vurderingen er skjønnsmessig, og beror på hva barnet vil være best tjent med i fremtiden.¹

Med overgrep menes her at barnet har vært utsatt for fysisk eller psykisk vold, seksuelle overgrep eller vært vitne til vold mellom foreldrene. En slik definisjon er også lagt til grunn i forarbeidene til barneloven.² I oppgaven behandles tilfeller hvor den som ønsker samvær er blitt anmeldt for slike forhold, samt tilfeller hvor bostedsforelderens hevder at samvær bør nektes på grunn av overgrepssfare, uten at det er reist straffesak. I begge sakstypene står retten overfor vanskelige avveininger, både ved bevisvurdering og når det gjelder fremtidsvurderingen av hva som vil være til barnets beste. Retten må uavhengig av resultatet i straffesaken, vurdere om hensynet til barnets beste blir ivaretatt ved samvær, herunder om det er fare for fremtidige overgrep.

Formålet med oppgaven er å redegjøre for gjeldende rett på dette punkt, med hovedfokus på analyse av Høyesteretts argumentasjon i disse sakene. Flere problemstillinger vil bli belyst, blant annet hvorvidt barna blir hørt, hvordan retten behandler overgrepsspåstandene i domspremissene, praktiseringen av samvær under

¹ Lena R. L. Bendiksen, Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, Oslo 2014 s. 25. Heretter Bendiksen og Haugli (2014).

² Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 54.

tilsyn, samt ulike spørsmål knyttet til sakkyndigrollen. Felles for disse problemstillingene er at de henger sammen med vurderingstemaet – om samvær vil være til barnets beste.

Flesteparten av foreldretvistene blir avvist av Høyesterett i henhold til tvisteloven § 30-4 første ledd,³ fordi de sjelden har betydning utenfor den konkrete saken. Praksis fra Høyesterett alene er således ikke dekkende, dersom en ønsker et helhetlig bilde av hvordan domstolene forstår hensynet til barnets beste på dette saksområdet.⁴ Av den enkelte dom kan det utledes hvilke argumenter som er relevant i barnets beste-vurderingen.⁵ Dette er årsaken til at jeg velger å ha fokus på praksis fra Høyesterett.

1.2 Oppgavens aktualitet

Temaet er aktuelt fordi det blir debattert og det skjer en rettslig utvikling. Den seneste endringsloven som omhandler barns rett til vern mot overgrep ble vedtatt ved lov 21. juni 2013 nr. 62 om endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister). Ved loven ble blant annet bl. § 31 om barnets rett til å bli hørt, endret. Videre ble det vedtatt endringer i bl. § 43 tredje ledd om adgangen til å stille vilkår for samvær, samt bl. § 43 a om tilsyn av offentlig oppnevnt person. Det ble også vedtatt endringer i saksbehandlingsreglene i bl. § 61 første ledd, om foreløpig avgjørelse i bl. § 60 første ledd fjerde punktum og om tvangsfullbyrdelse av samvær i bl. § 65 annet ledd. Reglene trådte i kraft 1. januar 2014.

Høyesterett avsa videre en dom 23. oktober 2013.⁶ En far var siktet for seksuell omgang med mors særkullsbarn og siktelsen førte til samlivsbrudd. Høyesterett la til grunn at overgrep ikke hadde funnet sted, men nektet samvær fordi dette ville medføre en belastning for mor, og dermed ha negativ innvirkning på barnets omsorgssituasjon.

³ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

⁴ Trude Haugli, "Lov om barn og foreldre", *Jussens venner*, 2007 s. 325–388 (s. 333). Heretter Haugli (2007).

⁵ Haugli (2007) s. 332.

⁶ Rt. 2013 s. 1329.

Avgjørelsen er interessant fordi den reiser spørsmål om rettssikkerhet, både for barnet og den som ønsker samvær. Dommen omtales nærmere i punkt 3.3.5.

1.3 Avgrensning

Spørsmålet om hvilket samvær som skal være mellom foreldre og barn, er også relevant i saker om omsorgsovertakelse etter lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester § 4-19. I disse sakene er barnet fratatt sitt familiemiljø, og det er tale om tvangsmessig inngrep fra det offentlige. Når oppgaven avgrenses til saker etter barneloven, er det fordi foreldretvister og barnevernssaker er av ulik karakter.

Spørsmålet om samvær i foreldretvister har nær sammenheng med vurderingen om hvor barnet skal bo fast og hvem som skal ha foreldreansvaret jf. bl. § 48 første og annet ledd jf. § 56. Barnets rett til beskyttelse mot overgrep vil også være relevant for disse spørsmålene. At oppgaven avgrenses til spørsmål om samvær, er av hensyn til tid og plass. Av denne grunn behandles ikke drøftelsene i rettspraksis som omhandler fast bosted og foreldreansvar, med mindre det er nødvendig ut fra sammenhengen.

1.4 Forskning på området

Kvinnebevegelsen på slutten av 1970-tallet satte temaet vold mot kvinner på dagsorden, og gjorde det til sin fanesak.⁷ Fokuset har imidlertid økt de siste tiårene. I NOU 2003: 31 *Retten til et liv uten vold*, fremheves det at menns vold mot kvinner er et alvorlig samfunnsproblem.⁸ I kapittel 5 gjøres det rede for forskning som viser hvordan volden påvirker livssituasjon for kvinnene og barna. Når volden pågår over tid lever de under en konstant trussel om vold, hvor maktmisbruk og terrorisering står sentralt. Volden henger tett sammen med det kvinnen og barna oppfatter som kjærlighet, slik at volden blir normalisert i deres hverdag.⁹ Utvalget understreker at det er uakseptabelt at barn

⁷ Wenche Jonassen, "Fra kvinnemishandling til vold i nære relasjoner – regjeringens handlingsplaner mot vold", *Tidsskrift for kjønnsforskning*, 2013 s. 46–60 (s. 46).

⁸ NOU 2003: 31 s. 11.

⁹ NOU 2003: 31 s. 49–50.

skal vokse opp i et hjem, hvor det eksponeres for vold mot mor. Å karakterisere barns overværelse av vold i hjemmet som "å være vitne til vold", er ikke tilstrekkelig for å beskrive barnets opplevelse.¹⁰ Barna rammes indirekte av fars voldelighet dersom kjæledyr mishandles, leker blir ødelagt, ved at barnet blir stengt inne eller ved at barnet overhører mors skrik av smerte. På denne måten påfører voldsutøveren barnet smerte, og situasjonen føles utrygg. Barnet lever under en konstant usikkerhet og frykt for hva far kan komme til å gjøre, og volden blir sentrum i barnets tilværelse.¹¹

Partnervold fra kvinner mot menn har ikke hatt like stort fokus. I regjeringens handlingsplan mot vold i nære relasjoner 2014-2017 vises det til at de mest utbredte og minst alvorlige formene for vold, rammer menn og kvinner i like stor grad.¹²

Regjeringen viser til at det går et skille mellom grov, gjentakende og kontrollerende vold, og episodisk vold som ikke nødvendigvis gjenspeiler et skjevt maktforhold.¹³ Selv om volden som utøves av kvinner skjer i mindre alvorlig form, er det viktig å fremheve at det er mindre alvorlig vold som er mest utbredt. Å være vitne til vold vil alltid kunne være skadelig for barnet, selv om volden ikke gjenspeiler et skjevt maktforhold mellom mor og far. Forskning fra Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress (NKVTS) viser at det er en sammenheng mellom det å bli utsatt for overgrep eller være vitne til vold i barndommen, og utøvelse av partnervold i voksen alder.¹⁴ Også av denne grunn er det viktig å bekjempe og forebygge alle former for vold i nære relasjoner.

Når det gjelder vold fra foreldre mot barn, viser en nyere undersøkelse fra NKVTS at det har vært en nedgang av mindre alvorlig vold fra 1960-tallet, mens nedgangen for alvorlig vold er mindre tydelig.¹⁵ Menn er den hyppigste voldsutøveren, men kvinner

¹⁰ NOU 2003: 31 s. 62.

¹¹ NOU 2003: 31 s. 62.

¹² http://www.regjeringen.no/pages/38428833/Hplan-2014-2017_Et-liv-uten-vold.pdf s. 5–6.

¹³ Ibid s. 5.

¹⁴ "Kjennetegn hos menn som har oppsøkt Alternativ til Vold (ATV) for vold i nære relasjoner", rapport nr. 4 2012. Publisert her:

[http://www.nkvts.no/biblioteket/Publikasjoner/Kjennetegn-hos-menn-som-har-opsøkt-Alternativ-til-vold-\(ATV\)-for-vold-i-nære-relasjoner.pdf](http://www.nkvts.no/biblioteket/Publikasjoner/Kjennetegn-hos-menn-som-har-opsøkt-Alternativ-til-vold-(ATV)-for-vold-i-nære-relasjoner.pdf). S. 31.

¹⁵ "Vold og voldtekt i Norge – En nasjonal forekomststudie av vold i et livsløpsperspektiv", rapport nr. 1 2014. Publisert her:

http://www.nkvts.no/biblioteket/Publikasjoner/Vold_og_voldtekt_i_Norge.pdf. S. 113.

står også for en betydelig andel av vold mot barn. Over 70 % av kvinnene og 60 % av mennene som opplevde alvorlig fysisk vold i barndommen, hadde også opplevd psykisk vold. I tillegg hadde over 40 % av kvinnene og 50 % av mennene som opplevde alvorlig vold i barndommen, vært vitne til vold mellom foreldrene.¹⁶

1.5 Metode og de relevante rettskildene

1.5.1 Innledning

I oppgaven benyttes alminnelig juridisk metode. I det følgende beskrives noen rettskildemessige særtrekk, som har betydning for spørsmålet om samvær etter barneloven.

1.5.2 Lov og forarbeid

Barneloven er den primære rettskilden for løsning av tvister som gjelder forholdet mellom foreldre og barn. Loven regulerer forholdet innad i barnefamilien, og gir blant annet regler om innholdet i foreldreansvaret, hvor barnet skal bo fast og samværsrett. Loven er endret flere ganger. Flere av endringslovene tar sikte på å styrke barns vern mot å bli utsatt for vold og overgrep i hjemmet. Det er sjelden tale om en realitetsendring i barnets rettsstilling, men mer en synliggjøring av rettigheter som allerede foreligger. Forarbeidene til endringslovene vil være en sentral rettskilde for å belyse hvilke problemstillinger lovgiver har ønsket å gjøre noe med, og hvilke virkemidler lovgiver mener skal benyttes.¹⁷

1.5.3 Barnekonvensjonen

Norge er bundet av internasjonale konvensjoner som angir grunnleggende menneskerettigheter for barn. Relevant for samværsretten er blant annet Den

¹⁶ "Vold og voldtekt i Norge – En nasjonal forekomststudie av vold i et livsløpsperspektiv", rapport nr. 1 2014. Publisert her: http://www.nkvts.no/biblioteket/Publikasjoner/Vold_og_voldtekt_i_Norge.pdf. S. 113.

¹⁷ Bendiksen og Haugli (2014) s. 34.

europiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950 (EMK) art. 8 om retten til respekt for familielivet og art. 3 om forbud mot tortur. Mest sentral for barnets rettsstilling er imidlertid FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989 (BK.). Av hensyn til oppgavens omfang avgrenses fremstillingen til barnekonvensjonens bestemmelser. Barnets rett til samvær og kontakt med sine foreldre er regulert i art. 9, mens retten til vern mot overgrep følger av art. 19. Sentral er også barnets rett til å bli hørt jf. art. 12. Bestemmelsene behandles i punkt 2.1 og 2.3. Her redegjøres kort for konvensjonens stilling i norsk rett og tolkningen av den.

Barnekonvensjonen ble inkorporert i norsk rett i 2003 jf. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett § 2 nr. 4. Det fremgår av lovens § 3 at bestemmelsene i konvensjonen skal gå foran annen lovgivning, dersom det foreligger motstrid. Dersom barnets rett til vern mot overgrep etter konvensjonen strekker seg lengre enn det som følger av annen lovgivning, må domstolen således velge den løsning som er i tråd med konvensjonen. Enkelte av bestemmelsene er ansett som selvkraftig, deriblant art. 12. Selvkraft betyr at bestemmelsen er egnet til å bli anvendt som selvstendig rettsgrunnlag i en tvist.¹⁸

Tilsyn med gjennomføringen av konvensjonen, skjer ved at statene inngir rapporter til FNs barnekomité.¹⁹ På bakgrunn av disse fremsetter komiteen forslag og generelle anbefalinger til den enkelte stat jf. art. 45 bokstav d. Anbefalingene er ikke rettslig bindende for staten.²⁰ Videre utgir barnekomitéen generelle kommentarer (general comments) om tolkningen av de enkelte bestemmelsene, og spørsmål som anses viktig å belyse. Heller ikke disse er rettslig bindende. Det er omdiskutert i juridisk teori hvilken vekt kommentarene skal ha, ved tolkningen av konvensjonen i norsk rett. Smith fremhever at de er en viktig kilde, som gir god veiledning om innholdet i bestemmelsene.²¹ Hun viser til at de har en bred høringsprosess bak seg, og at

¹⁸ Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen*, 2. utgave, Oslo 2012. Heretter Høstmælingen m.fl. (2012). Kapittel 1 "FNs konvensjon om barnets rettigheter" av Lucy Smith, s. 24.

¹⁹ Statenes plikt fremgår av BK. art. 43 og 44.

²⁰ Høstmælingen m.fl. (2012). Kapittel 1 av Lucy Smith s. 23.

²¹ Høstmælingen m.fl. (2012). Kapittel 1 av Lucy Smith s. 25.

Høyesterett i økende grad viser til kommentarene.²² Dette styrker kommentarenes rettskildemessige verdi. Søvig presiserer at kommentarenes relevans må vurderes konkret. Dersom argumentasjonen er utfyllende og spesifikt omhandler det tema en står ovenfor, taler det for at kommentaren tillegges stor gjennomslagskraft.²³

Barnekomitéen har i generell kommentar nr. 5 fremhevet fire av bestemmelsene som generelle prinsipper for konvensjonen.²⁴ Dette gjentas i alle senere generelle kommentarer, noe som styrker prinsippenes rettskildemessige betydning.²⁵ De generelle prinsippene er art. 2 om retten til ikke-diskriminering, art. 3 nr. 1 om barnets beste, art. 6 om retten til liv og utvikling, samt artikkel 12 om barnets rett til å bli hørt. Av art. 6 nr. 1 utledes det også en rett for barnet til forsvarlig omsorg, fordi det anses som en forutsetning for barnets rett til liv.²⁶ At bestemmelsene anses som generelle prinsipper, innebærer at de vil få betydning ved tolkningen av de øvrige bestemmelser i konvensjonen.²⁷

1.5.4 Rettspraksis

Utgangspunktet i norsk rett er at høyesterettspraksis har prejudikatverdi for senere saker av liknende karakter.²⁸ Avgjørelser i foreldretvister beror på en konkret vurdering av hva som vil være den beste løsning for det barnet saken gjelder. Dette innebærer at retten må foreta en konkret skjønnsmessig vurdering, av alle momenter som vil være relevant for barnets livssituasjon. Ettersom hver sak skal løses etter en konkret

²² Høstmølingen m.fl. (2012). Kapittel 1 av Lucy Smith s. 25 og 27.

²³ Karl Harald Søvig, "Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett", *Det juridiske fakultets skriftserie*, UiB nr. 115 2009 (s. 37).

²⁴ Generell kommentar nr. 5 (2003) "Generelle tiltak til gjennomføring av Konvensjonen om barnets rettigheter" s. 4.

²⁵ Randi Sigurdson, "Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer", *Retfærd*, 37. årgang 2014 nr. 1/144 s. 43–60 (s. 48).

²⁶ Lena R. L. Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og adopsjon*, Bergen 2008 s. 100.

²⁷ Høstmølingen m.fl. (2012). Kapittel 1 av Lucy Smith s. 19.

²⁸ Dette følger av Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814 § 88, hvor det fremgår at Høyesterett dømmer i siste instans. Jf. også Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 s. 75.

skjønnsvurdering, reiser det spørsmål om hvilken rettskildemessig betydning avgjørelser fra Høyesterett har i disse sakene. Den konkrete vurderingen av hva som er barnets beste og resultatet av denne, vil variere fra sak til sak, og kan derfor ikke tillegges noen prejudikatverdi. Gjennom en analyse av praksis, kan man likevel klargjøre hvilke argumenter det er tillatt å legge vekt på i barnets beste-vurderingen, utover de som følger direkte av lovteksten.²⁹ Når jeg kun behandler høyesterettspraksis er det fordi den samlet sett gir retningslinjer, for hvilke argumenter som kan være relevant i barnets beste-vurderingen.³⁰

1.6 Rettssikkerhetsbegrepet i barneretten

Rettssikkerhet i tradisjonell forstand handler om at individet skal beskyttes mot ulovlige inngrep fra det offentlige. Offentlig myndighetsutøvelse må derfor skje i samsvar med verdiene som ligger til grunn for et demokratisk samfunn.³¹ Når en taler om rettssikkerhet i barneretten, vil det også innebære å beskytte barnet mot overgrep fra foreldrene, i tilfeller hvor foreldrene og barnet har motstridende interesser.³² For samvær følger dette av barnekonvensjon art. 9 nr. 3 og bl. § 43 første ledd tredje punktum. Haugli fremhever at denne delen av barnets rettigheter også kan karakteriseres som barns krav på rettsvern. Hun definerer rettssikkerhet som "sikkerhet for retten". Høy grad av rettssikkerhet vil da medføre et krav om å ha gode materielle rettigheter, samt en sikkerhet for å få de oppfylt.³³ Når jeg taler om barns rettssikkerhet i oppgaven, mener jeg barns sikkerhet for å få oppfylt sine rettigheter i foreldretvisten, og ikke rettssikkerhet i tradisjonell forstand. Det handler om barnets rett til en rettsriktig avgjørelse, og beskyttelse mot vilkårlighet.

²⁹ Haugli (2007) s. 332.

³⁰ Haugli (2007) s. 332.

³¹ Trude Haugli, "Barns rettssikkerhet" i Rui, J.P. (red.) *Retts hjelp fra kyst til vidde*, Oslo 2009 s. 173–184 (s. 174). Heretter Haugli (2009).

³² Haugli (2009) s. 174.

³³ Haugli (2009) s. 174.

1.7 Den videre fremstilling

I punkt 2 behandles reglene om samværsretten. Da hovedfokus i oppgaven er på en analyse av praksis, er det ikke rom for en fullstendig gjennomgang av hele regelverket. I punkt 3 analyseres praksis fra Høyesterett, og vurderes i forhold til de lovregler som behandles i punkt 2. En avsluttende vurdering følger i punkt 4.

2 Reglene om samværsretten

2.1 Barnekonvensjonens regler om samvær

Barnets rett til samvær og kontakt med sine foreldre, er beskyttet gjennom barnekonvensjonen artikkel 9. Det fremgår av art. 9 nr. 1 at myndighetene er forpliktet til å sikre at ingen barn blir atskilt fra sine foreldre, med mindre det er nødvendig av hensyn til barnets beste. Av siste punktum følger det at adskillelse kan være nødvendig dersom det foreligger omsorgssvikt, eller hvis foreldrene lever hver for seg.

Beslutningen må tas av kompetent myndighet og være underlagt rettslig prøving, i samsvar med lov og de saksbehandlingsregler som gjelder. Dersom barnet lever atskilt fra foreldrene er utgangspunktet at barnet har rett til samvær og kontakt jf. art. 9 nr. 3. Bestemmelsen åpner for unntak, dersom samvær ikke er til barnets beste.

Ettersom det etter art. 9 nr. 3 skal vurderes hva som er til barnets beste, må barnets syn på spørsmålet om samvær avklares i tråd med art. 12. Innholdet i bestemmelsen behandles i punkt 2.3.

Videre er artikkel 19 om retten til vern mot overgrep sentral, ettersom samvær i strid med bestemmelsen vanskelig kan hevdes å være til barnets beste. Det fremgår av art. 19 nr. 1 at partene er forpliktet til å beskytte barnet mot alle former for vold og omsorgssvikt, mens det er under foreldrenes omsorg. Bestemmelsen omfatter ikke bare fysiske skader og seksuelt misbruk, men også psykisk vold, vanskjøtsel, forsømmelig behandling, mishandling og utnyttning. Barnekomiteen har i generell kommentar nr. 13 fremhevet at ikke-fysiske og ikke-forsettlig former for skadevoldende atferd, er like

alvorlig og viktig å bekjempe, som fysisk vold og forsettlig mishandling.³⁴ Psykisk vold beskrives blant annet som psykisk, mental, verbal eller følelsesmessig mishandling.³⁵ Komiteen understreker at alle former for voldsbruk er uakseptabel, uavhengig av voldens alvorlighetsgrad.³⁶

Det følger av art. 19 nr. 2 at beskyttelsestiltak i hovedsak skal skje ved forebygging for å unngå at overgrep skjer. Videre må staten sørge for behandling og oppfølging når mishandling har funnet sted, og om nødvendig, rettslig oppfølging. Ettersom bestemmelsen peker på at barn skal vernes mot at overgrep skjer, kan det reises spørsmål ved om det er for sent å oppfylle statens forpliktelser når overgrep først har skjedd.³⁷ Bestemmelsen får etter mitt skjønn særlig betydning i saker hvor det er uklart om overgrep har funnet sted, og når det foreligger fare for fremtidige overgrep.

Hovedregelen etter barnekonvensjonen er således at barnet har rett til samvær med begge foreldrene, uavhengig av om de bor sammen. Retten er imidlertid ikke absolutt, idet art. 9 nr. 3 åpner for unntak, dersom hensynet til barnets beste tilsier at samvær ikke bør finne sted. Slike unntaksgrunner følger blant annet av art. 19.

2.2 Barnelovens regler om samvær

Hovedregelen om barnets rett til samvær følger av bl. § 42 første ledd første punktum, hvor det fremgår at:

”Barnet har rett til samvær med begge foreldra, jamvel om dei lever kvar for seg.”

Videre følger det av § 42 første ledd annet punktum at ”foreldra har gjensidig ansvar for at samværsretten vert oppfylt”. I § 42 annet ledd første punktum presiseres det at ”barnet har krav på omsut og omtanke” under samvær. Samvær er imidlertid ikke bare

³⁴ Generell kommentar nr. 13 (2011) ”Barnets rett til frihet fra alle former for vold” s. 4.

³⁵ Ibid s. 9.

³⁶ Ibid s. 8.

³⁷ Spørsmålet er drøftet i juridisk teori. Se Høstmælingen m.fl. (2012). Kapittel 8 ”Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet” av Elisabeth Gording Stang s. 169.

en rett for barnet, men også en rett for barnets foreldre. Den som ikke bor sammen med barnet har etter § 43 første ledd første punktum "rett til samvær med barnet om ikkje anna er avtala eller fastsett".

Lovens utgangspunkt er således at barnet har rett til samvær, uavhengig av om foreldrene lever sammen. Hovedregelen bygger på et syn om at samvær er bra for barnet, og at tilknytningen til ens biologiske opphav er viktig.³⁸ I juridisk teori omtales hensynet til de biologiske bånd som "det biologiske prinsipp".³⁹ Samværsrettens sterke stilling er også fremhevet i rettspraksis, hvor det blant annet fremgår at det skal "ganske tungtveiende grunner" til for å nekte samvær.⁴⁰ Som følge av dette pålegges foreldrene i § 42 første ledd annet punktum, en plikt til å samarbeide om gjennomføringen. Plikten gjelder selv om forholdet mellom foreldrene er konfliktfylt. Dersom slike forhold skulle føre til samværsnekt, ville en vanskelig kunne tale om samvær som en rett for barnet.

Samværsretten er imidlertid ikke absolutt. Adgang til å gjøre unntak følger av bl. § 43 første ledd tredje punktum, hvor det fremgår at:

"Dersom samvær ikkje er til beste for barnet, må retten avgjere at det ikkje skal vere samvær."

Ordlyden indikerer at det er et absolutt vilkår, at samvær skal være til barnets beste. Dersom retten etter en konkret vurdering kommer til at samvær ikke vil være til barnets beste, må konklusjonen bli at samvær ikke skal finne sted. Det er således tale om skjønn på vilkårssiden, men ikke på virkningssiden. En slik forståelse av ordlyden har støtte i forarbeidene, hvor det presiseres at barnets beste er en forutsetning for samvær.⁴¹ Bl. § 43 må tolkes i lys av andre bestemmelser i loven. Bl. § 48 første ledd fastslår at avgjørelser om samvær først og fremst skal rette seg etter det som er best for barnet. I § 48 annet ledd fremheves barnets rett til beskyttelse mot overgrep, ved at det skal "takast omsyn til at barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik

³⁸ Haugli (2007) s. 370.

³⁹ Tore Hagen og Knut Rønbeck, "Står det biologiske prinsipp for fall?" i *Lov og rett*, 08/2011 s. 491–499 (s. 494).

⁴⁰ Se for eksempel Rt. 1987 s. 598 (s. 606) og Rt. 1996 s. 888 (s. 891).

⁴¹ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 54.

at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare". Bestemmelsen pålegger retten en plikt til å vektlegge eventuell risiko for overgrep ved barnets beste-vurderingen.⁴²

Relevante momenter ved barnets beste-vurderingen fremgår av § 43 annet ledd annet punktum. Ved avgjørelse om samvær "skal det mellom anna leggjast vekt på omsynet til best mogleg samla foreldrekontakt, kor gammalt barnet er, i kva grad barnet er knytt til nærmiljøet, reiseavstanden mellom foreldra og omsynet til barnet elles". Ordlyden indikerer at det ikke er tale om en uttømmende liste. Enten spørsmålet er om samvær skal finne sted eller i hvilket omfang, vil avgjørelsen måtte bero på en konkret skjønnsmessig vurdering av barnets omsorgssituasjon. Hva lovgiver har ment med "omsynet til barnet elles" er ikke uten videre klart. Forarbeidene gir anvisning om at dette må vurderes i hvert tilfelle.⁴³ Som eksempler nevnes tidligere utførelse av omsorgsoppgaver, tilknytning til den ene av foreldrene, foreldrenes karaktertrekk og hensynet til trygghet og stabilitet for barnet. Det presiseres at det ikke var meningen å gjøre noen endring med hensyn til de relevante momentene som fremgår av rettspraksis.⁴⁴

Momentene som fremgår av § 43 annet ledd annet punktum vil kunne tilsi motstridende løsninger. Hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt er eksempelvis ikke alltid forenelig med hensynet til trygghet og stabilitet for barnet. I juridisk teori er det hevdet at barnets beste-vurderingen fordrer at hensynet til biologisk tilknytning vurderes konkret, og ikke gis en forhåndsbestemt stor vekt.⁴⁵ Hensynet må ikke bli brukt som et argument til fordel for forelderens ønsker. Vurderingen må foretas ut fra barnets synsvinkel, og hensynet må tillegges vekt basert på det enkelte barnets situasjon.⁴⁶ Haugli har tatt til ordet for at det må vises varsomhet med å anta at "mest mulig" og

⁴² Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 56. Mer om overgrepssproblematikken nedenfor.

⁴³ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 55.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Kirsten Sandberg, "Naturens orden – til barnets beste?", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2005 s. 144–149 (s. 149).

⁴⁶ Ibid.

”best mulig” foreldrekontakt er det samme.⁴⁷ Hun viser til at relasjonene mellom foreldrene og barnet er viktigere for barnets utvikling, enn mengden kontakt.⁴⁸

Bl. § 43 første ledd tredje punktum og § 48 annet ledd ble tilføyd ved lov 7. april 2006 nr. 6. Dette ble gjort for å fremheve viktigheten av at barn beskyttes mot overgrep.⁴⁹ Forarbeidene til endringsloven belyser hvilke problemstillinger lovgiver ønsket å gjøre noe med.

Bl. § 48 annet ledd ble tilføyd for å fremheve at det må tas hensyn til skadevirkningene ved overgrep i barnets beste-vurderingen.⁵⁰ Dette gjelder ikke bare hvor det er bevist at barnet er blitt utsatt for overgrep, men også i saker hvor det er vanskelig å ta stilling til om overgrep er skjedd eller vil kunne skje i fremtiden.⁵¹ Hvis retten kommer til at det er en reell risiko for overgrep, må dette få betydning for avgjørelsen. Ikke enhver påstand kan tillegges vekt. Det må i utgangspunktet foreligge forhold som underbygger påstanden.⁵² Et spørsmål som oppstår er hva som kreves for at mistanke om overgrep, skal tillegges betydning for avgjørelsen. Forarbeidene angir at det ikke kan kreves sannsynlighetsovervekt.⁵³ Beviskravet vil avhenge av sakens konkrete omstendigheter. Hvilken form for overgrep det er fare for vil være relevant, samt overgrepens alvorlighetsgrad og personlige forhold mellom de involverte. Dersom det er risiko for alvorlige overgrep, kan det tilsi at det skal mindre til for at beviskravet anses oppfylt.⁵⁴ Forarbeidene angir ikke noen nedre terskel. Etter mitt skjønn må også dette bero på sakens konkrete omstendigheter. Dersom det for eksempel er fremsatt påstander om seksuelle overgrep når det skal tas midlertid avgjørelse etter bl. § 60 første ledd, tilsier sakens karakter at det skal lite til for å nekte samvær. På dette stadiet vil saken være lite

⁴⁷ Trude Haugli, ”Bosted og samlet foreldrekontakt – betyr størst og mest det samme som best?”, *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2011 s. 38–55 (s. 55).

⁴⁸ *Ibid* s. 53.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 7.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 56 første avsnitt.

⁵¹ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 56 tredje avsnitt.

⁵² Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 56 tredje avsnitt.

⁵³ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 56 tredje avsnitt.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 56 tredje avsnitt.

utredet, i motsetning til under hovedforhandling med utstrakt vitneføring og sakkyndige erklæringer.⁵⁵

I forarbeidene til § 43 første ledd tredje punktum fremheves momenter som har særlig betydning for samværsspørsmålet. Bestemmelsen skulle tydeliggjøre at samvær ikke må fastsettes, dersom det ikke er til barnets beste.⁵⁶ Ettersom det skal tas utgangspunkt i barnets situasjon, er det ikke rom for å ivareta hensynet til en rettferdig fordeling av samværstid mellom foreldrene.⁵⁷ Relevante momenter i vurderingen vil være foreldrenes atferd seg imellom og overfor barnet, graden av voldelighet og hvor alvorlige konsekvenser volden har hatt. Videre kan det få betydning om samværsforelderen evner å erkjenne atferden og behovet for endringer.⁵⁸ Hvis den som bor sammen med barnet har fått alvorlige psykologiske eller følelsesmessige skader, er det viktig at både forelderen og barnet får tid til å overvinne sine reaksjoner. Det fremheves at bostedsforelderens angst mot den som har begått overgrep, kan bli forverret ved samvær i en slik grad at det går utover forelderens omsorgsevne.⁵⁹

Av forarbeidene kan det utledes at domstolen må behandle overgrepsspåstandene uttrykkelig i domspremissene.⁶⁰ Retten kan ikke la påstandene bli hengende i løse luften, uten noen nærmere undersøkelse og vurdering. Dersom det foreligger forhold som underbygger påstanden, bør det fremgå av domspremissene at forholdet har vært vurdert, samt hvilken betydning påstandene har hatt for barnets beste-vurderingen. Voldens konsekvenser må vurderes konkret og kan ikke nedtones. Bare på denne måten vil en kunne etterprøve hvorvidt hensynet til barnets beste er tilstrekkelig ivaretatt. Overgrepssproblematikken må også få tilstrekkelig fokus i saker hvor det er vanskelig å

⁵⁵ Liknende synspunkter følger av juridisk teori. Se Mons Oppedal, "Vold og seksuelle overgrep som argument i avgjørelser etter barneloven", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2008 s. 106–121 (s. 117). Heretter Oppedal (2008).

⁵⁶ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 54 fjerde avsnitt.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 54–55.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 54 femte avsnitt.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 54 femte avsnitt.

⁶⁰ Se for eksempel Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 56 hvor det presiseres at alvoret i skadevirkningene barnet kan bli påført, må gis tilstrekkelig oppmerksomhet i rettens behandling.

ta stilling til om overgrep er skjedd. Dette innebærer at retten må vurdere og konkludere også med henhold til psykisk vold, som etterlater få eller ingen spor.

En slik forståelse av forarbeidene har støtte i juridisk teori. Bendiksen og Haugli fremhever at lovgiver gir domstolene tydelige signaler, om å foreta en grundig vurdering av samværsspørsmålet i disse sakene.⁶¹ Lovendringen er blitt omtalt som en innskjerping av en rettstilstand som allerede forelå, men hvor det var forhold i praksis som tydet på utglidninger.⁶²

2.3 Barnets rett til å bli hørt før avgjørelse tas

Alle barn har en grunnleggende rett til å bli hørt, i saker som angår dem selv. Nærmere bestemmelser om dette er gitt i BK. art 12 og bl. § 31. Retten til å bli hørt henger tett sammen med barnets beste-vurderingen, ettersom barnets mening er vesentlig for å avklare hva som vil være til barnets beste. BK. art. 12 er et av barnekonvensjonens grunnleggende prinsipper. Dette innebærer at den vil få betydning ved tolkningen av konvensjonens øvrige bestemmelser, i tillegg til at den er selvkraftig og angir konkrete rettigheter for barnet.⁶³

BK. art. 12 nr. 1 lyder slik i norsk oversettelse:

“Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.”

Videre fremgår det av art. 12 nr. 2 at:

“For dette formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller gjennom en

⁶¹ Bendiksen og Haugli (2014) s. 152.

⁶² Oppedal (2008) s. 110.

⁶³ Høstmælingen m.fl. (2012). Kapittel 5 ”Barns rett til å bli hørt” av Kirsten Sandberg s. 90. Se også punkt 1.5.3 om begrepet selvkraft.

representant eller et egnet organ, på en måte som er i samsvar med saksbehandlingsreglene i nasjonal rett.”

Retten til å bli hørt omhandler alle forhold som vedrører barnet, og det er ikke tvilsomt at den gjelder i saker om samvær hvor barnets fremtid er det sentrale. Art. 12 nr. 1 angir to vurderingstemaer – retten til å bli hørt og innholdet i denne, samt hvilken vekt barnets mening skal ha.

Bestemmelsen angir ingen nedre aldersgrense for når barnets rett til å bli hørt inntreer, men barnet må være ”i stand til å danne seg egne synspunkter”. I juridisk teori er det hevdet at det er tilstrekkelig at barnet har evne til å mene noe som har betydning, med hensyn til det spørsmål saken gjelder.⁶⁴ Sandberg viser til at Barnekomiteen har uttalt at også små barn er i stand til å uttrykke seg, selv om barnets alder tilsier at dette ikke kan gjøres muntlig. Kommunikasjonsformer som lek, kroppsspråk, ansiktsuttrykk, tegning og maling er anerkjente måter å kommunisere på etter art. 12.⁶⁵ I samværsaker vil blant annet barnets oppfatning av forelderen kunne ha betydning, samt barnets reaksjoner i forbindelse med samvær. Det kan for eksempel være at barnet viser motstand mot samvær i form av gråt, at det opptrer urolig eller viser frykt. Barnekomiteen presiserer i generell kommentar nr. 12 at formuleringen ”i stand til å danne seg egne synspunkter” ikke skal anses som en begrensning, men som en forpliktelse til å vurdere barnets evne til å danne seg en selvstendig oppfatning. Formuleringen innebærer ikke at barnet skal bevise sine evner.⁶⁶ For å vurdere om barnet er i stand til å danne en selvstendig oppfatning, er det en forutsetning at retten gir barnet anledning til å uttale seg. Dersom barnet ikke skal høres, påhviler det domstolen en begrunnelsesplikt.

Det neste vurderingstemaet er hvilken vekt barnets mening skal ha. Dersom barnet er i stand til å mene noe av betydning for saken, skal dets synspunkter tillegges behørig vekt, i samsvar med alder og modenhet jf. art. 12 nr. 1. Hva som ligger i dette er ikke uten videre klart. FNs barnekomité har uttalt at barnets alder må få betydning, men at

⁶⁴ Høstmølingen m.fl. (2012). Kapittel 5 av Kirsten Sandberg s. 99.

⁶⁵ Høstmølingen m.fl. (2012). Kapittel 5 av Kirsten Sandberg s. 99–100 jf. generell kommentar nr. 12 (2009) ”Barnets rett til å bli hørt” s. 9.

⁶⁶ Generell kommentar nr. 12 (2009) s. 9.

det også må foretas en individuell vurdering av barnets modenhet.⁶⁷ Med modenhet menes barnets evne til å forstå virkningene av det spørsmålet saken gjelder, og barnets evne til å uttrykke seg på en uavhengig måte.⁶⁸ Hvilken vekt barnets mening skal tillegges vil også kunne variere etter hva saken dreier seg om, hvor sterk og vedvarende barnets mening er, samt om den er godt begrunnet.⁶⁹ Barnets modenhet må således vurderes konkret, og vil kunne variere ut fra barnets forutsetninger. Små barn kan være modne for alderen, mens større barn kan være mindre moden enn alderen skulle tilsi. Dersom barnet har en mening og denne er godt begrunnet, tilsier sakens karakter at barnets mening tillegges stor vekt. Selv om barnet kan være påvirket av den ene forelderens syn, er det barnets egen overbevisning som er vurderingstema etter art. 12 nr. 1. At barnets mening blir tillagt vekt er særlig viktig i disse sakene, ettersom vurderingstema er hva som vil være barnets beste. Barnet er ikke part i saken, og retten til å bli hørt skal sikre barnet medbestemmelse. En avgjørelse i strid med hva barnet selv ønsker, bør begrunnes i sterke motstående hensyn. Eksempelvis hensynet til et materielt riktig resultat, i tilfeller hvor barnets beste og barnets mening ikke er forenelig.

Barnets rett til å bli hørt i foreldretvister er også lovfestet i bl. § 31 annet ledd. Det fremgår av § 31 annet ledd første punktum at "eit barn som er fylt sju år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt, skal få informasjon og høve til å seie meininga si før det blir teke avgjerd om personlege forhold for barnet" blant annet i saker om samvær. Barnets mening skal etter § 31 annet ledd annet punktum tillegges vekt etter barnets "alder og modning". Når barnet er fylt 12 år, skal dets mening tillegges stor vekt jf. bl. § 31 annet ledd tredje punktum.

Barnet har således en ubetinget uttalerett når det er fylt 7 år, men også yngre barn skal få anledning til å uttale seg før avgjørelse treffes. Det er imidlertid ikke en forutsetning at dommeren selv snakker med barnet. Det følger av bl. § 61 første ledd nr. 4 annet punktum at dommeren kan oppnevne en sakkyndig eller annen egnet person til å snakke med barnet. Dersom barnet ikke blir hørt før avgjørelse treffes, kan det være en

⁶⁷ Høstmælingen m.fl. (2012). Kapittel 5 av Kirsten Sandberg s. 114 jf. generell kommentar nr. 12 (2009) s. 11.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Høstmælingen m.fl. (2012). Kapittel 5 av Kirsten Sandberg s. 115.

saksbehandlingsfeil som fører til at avgjørelsen oppheves.⁷⁰

Bl. § 31 er endret flere ganger. Den seneste endringen trådte i kraft 1. januar 2014.⁷¹ Ved endringsloven ble den skjønnsmessige formuleringen i § 31 annet ledd første punktum tilføyd, om at også ”yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt” skal få informasjon og mulighet til å si sin mening. Videre ble andre punktum tilføyd om at ”meininga til barnet skal bli vektlagt etter alder og modning”.⁷² Endringen ble foretatt for å oppnå bedre samsvar med barnekonvensjonen. Departementet viser til at forskning har avdekket at de yngste barna ikke i tilstrekkelig grad blir hørt, i saker etter barneloven.⁷³ Antakelser basert på et biologisk prinsipp, bør etter departementets syn ikke legges til grunn i spørsmål om samvær.⁷⁴ I dette ligger blant annet at domstolen må sikre at barnets mening om situasjonen her og nå, blir tillagt tilstrekkelig vekt ved avgjørelsen.⁷⁵

2.4 Ulike løsninger retten kan velge

Det følger av bl. § 43 tredje ledd første punktum, at det i dom kan ”setjas vilkår for samvær”. Loven ble endret i 2013, hvor ”gjennomføringa av samværsretten” ble erstattet med ”samvær”.⁷⁶ Formålet var i henhold til forarbeidene å fremheve at retten har kompetanse til å stille krav til forelderen for eksempel om kurs, forbedring av foreldrefunksjoner, ruskontroll og behandling.⁷⁷ Slike vilkår vil særlig være hensiktsmessig i saker med sterkt begrenset samvær, og saker hvor samvær fastsettes

⁷⁰ Se Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1974 s. 1339 (s. 1340). Dette må imidlertid vurderes konkret jf. Rt. 2004 s. 811 premiss 47–53. Her fastslo Høyesterett at det ikke var en saksbehandlingsfeil å unnlate å høre barnet, i en endringssak om samvær. Avgjørelsen er kritisert i juridisk teori, men problemstillingen behandles ikke nærmere her.

⁷¹ Lov 21. juni 2013 nr. 62.

⁷² Prop. 85 L (2012–2013) s. 86.

⁷³ Se Prop. 85 L (2012–2013) s. 38, hvor det vises til forskning av Kristin Skjørten. Hun analyserte 163 lagmannsrettsdommer i 2010, og kom frem til at barn under 7 år i hovedsak ikke ble hørt. Resultatene fra undersøkelsen fremgår av proposisjonen s. 28–29.

⁷⁴ Prop. 85 L (2012–2013) s. 42–43.

⁷⁵ Prop. 85 L (2012–2013) s. 42–43

⁷⁶ Lov 21. juni 2013 nr. 62.

⁷⁷ Prop. 85 L (2012–2013) s. 86.

med tilsyn.⁷⁸ Videre fremgår det av § 43 tredje ledd annet punktum at retten kan utpeke en person som skal føre tilsyn, eller be foreldrene om å gjøre det.

Ved endringsloven ble også § 43 a vedtatt.⁷⁹ Bestemmelsen åpner for at retten kan pålegge det offentlige å oppnevne tilsynsperson ved samvær jf. § 43 a første ledd første punktum. Dette kan gjøres i "særlege høve" og "der omsynet til barnet sine behov" tilsier det. I § 43 a første ledd annet punktum presenteres to ulike former for tilsyn, beskyttet og støttet. Beskyttet tilsyn innebærer at barnet og forelderen overvåkes under samværet. Dette vil kunne være aktuelt dersom forelderen har eller har hatt problemer med vold, men hvor samvær likevel er til barnets beste.⁸⁰ Støttet tilsyn er en ny tilsynsform, som åpner for mer fleksible løsninger.⁸¹ Formålet er å gi veiledning under samværet. Dette vil være mest hensiktsmessig i saker med høyt konfliktnivå mellom foreldrene, og i tilfeller hvor barnet og forelderen er ukjente for hverandre.⁸² Tilsynsordningen er således nivåinndelt, og valg av tilsynsform beror på formålet med tilsynet.⁸³

Av forarbeidene fremgår det at vilkårene i § 43 a første ledd første punktum om at dette kan gjøres i "særlege høve" og dersom "barnet sine behov" tilsier det, er kumulative.⁸⁴ Ved at domstolene forpliktes til å vurdere det konkrete barnets behov, er det større sikkerhet for at barnet er fokus for vurderingen. Forarbeidene viser til at det i domstolene er gitt pålegg, hvor det er lagt stor vekt på hensynet til forelderens behov for samvær.⁸⁵ Det er en grunnleggende forutsetning for samvær, også under tilsyn, at samvær er til barnets beste. Vilåret om at barnets behov skal være avgjørende, er ment å tydeliggjøre at forelderens behov ikke skal vektlegges ved vurderingen.⁸⁶ Det som skal vurderes er hvorvidt tilsyn er et egnet virkemiddel, for å oppnå formålet om å gi beskyttelse eller støtte. Ved vurderingen skal barnets subjektive opplevelse legges til

⁷⁸ Prop. 85 L (2012–2013) s. 86.

⁷⁹ Lov 21. juni 2013 nr. 62.

⁸⁰ Prop. 85 L (2012–2013) s. 87.

⁸¹ Se Prop. 85 L (2012–2013) s. 51 om gjeldende rett før lovendringen.

⁸² Prop. 85 L (2012–2013) s. 87.

⁸³ Prop. 85 L (2012–2013) s. 86–87.

⁸⁴ Prop. 85 L (2012–2013) s. 86.

⁸⁵ Prop. 85 L (2012–2013) s. 55.

⁸⁶ Prop. 85 L (2012–2013) s. 55.

grunn.⁸⁷ Hvis barnet tidligere har hatt samvær, må barnets erfaring med dette tillegges stor betydning.⁸⁸ For å avklare barnets subjektive opplevelse er det nødvendig å høre barnet, og barnets rett til deltakelse fremheves i forarbeidene.⁸⁹ Dersom barnet ikke ønsker samvær, må bakgrunnen for dette utredes grundig før samvær eventuelt fastsettes.⁹⁰

Lovendringen tok sikte på en innstramming av praksis.⁹¹ Formålet var å senke terskelen for å nekte samvær helt. Departementet fremhever at en tilsynsperson ikke er noen garanti for barnets sikkerhet.⁹² Dette innebærer at dersom det etter bevisvurderingen legges til grunn at barnet har vært utsatt for vold eller overgrep, og det er fare for gjentakelse eller retraumatisering av barnet, må gjeldende rett forstås slik at samvær ikke skal fastsettes. Heller ikke med tilsyn.⁹³ Ettersom en tilsynsperson ikke er noen garanti for barnets sikkerhet, oppstår det spørsmål om hvorvidt det er adgang til å fastsette tilsyn ved overnattingsamvær. Det fremholdes i forarbeidene at det neppe er tilrådelig å fastsette samvær, dersom det er behov for beskyttelse eller støtte under overnatting.⁹⁴

Når det gjelder samvær under tilsyn hvor det er fare for fysisk vold eller seksuelle overgrep, synes rettstilstanden etter lovendringen å være klar. Et spørsmål som oppstår er hvordan ordningen bør praktiseres, i tilfeller hvor det er mistanke om at barnet er utsatt for psykisk vold. I forarbeidene til endringsloven av 2013 fremgår det at også neglisjering og emosjonell trakassering, er skadelig for barnet.⁹⁵ Når det gjelder tilsynsordningen uttales det ikke noe nærmere om denne typen vold. Dersom det er fare for at barnet utsettes for psykisk vold ved samvær, vil det være i strid med barnets rett til vern mot overgrep etter BK. art. 19 nr. 1. En tilsynsperson vil heller ikke i disse tilfellene være noen garanti for at barnets rett blir i varetatt. Avgjørende må i alle

⁸⁷ Prop. 85 L (2012–2013) s. 86.

⁸⁸ Prop. 85 L (2012–2013) s. 49.

⁸⁹ Prop. 85 L (2012–2013) s. 86.

⁹⁰ Prop. 85 L (2012–2013) s. 86 jf. s. 46.

⁹¹ Prop. 85 L (2012–2013) s. 53.

⁹² Prop. 85 L (2012–2013) s. 53.

⁹³ Prop. 85 L (2012–2013) s. 43 punkt 7.2.4.3.

⁹⁴ Prop. 85 L (2012–2013) s. 55.

⁹⁵ Prop. 85 L (2012–2013) s. 26, hvor det vises til redegjørelse i NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling.

tilfeller være om en slik ordning vil være til barnets beste. En sentral del av denne vurderingen er hva barnet selv ønsker.

Ved å tilføye vilkåret om "barnets behov" har lovgiver gjort det klart at samvær under tilsyn ikke skal benyttes for å ivareta forelderens interesser. Hensynet til biologisk tilknytning vil etter mitt skjønn fortsatt være et relevant moment, men det må vurderes i lys av barnets behov, ikke forelderens. Samvær under tilsyn kan ikke fastsettes i tilfeller hvor hensynet til barnets beste tilsier at samvær bør nektes.

2.5 Rollen som sakkyndig

Det fremgår av bl. § 61 første ledd nr. 3 annet punktum at dersom det er fremsatt påstander om vold eller overgrep, og saken ikke er tilstrekkelig opplyst på annen måte, kan retten oppnevne en sakkyndig. Presiseringen om vold og overgrep i annet punktum ble inntatt ved endringsloven av 2013.⁹⁶ Bestemmelsen skulle tydeliggjøre at det er behov for å oppnevne sakkyndig i disse sakene.⁹⁷ Det er imidlertid fortsatt opp til dommeren å avgjøre om sakkyndig skal oppnevnes.

Når retten oppnevner sakkyndig, får den sakkyndige et skriftlig mandat som den skal arbeide innenfor. Det utarbeides deretter en skriftlig rapport, på bakgrunn av opplysninger fra partene og innhentet informasjon.⁹⁸ Den sakkyndige møter til hovedforhandling, og redegjør for sin konklusjon eller anbefaling.⁹⁹ Formålet med den sakkyndiges arbeid er å bistå dommeren med særlig faglig kompetanse, for å komme frem til den løsning som vil være til barnets beste.¹⁰⁰ Det er opp til retten å vurdere hvilken type sakkyndighet som trengs. I praksis benyttes hovedsakelig psykologer, men også andre med relevant kompetanse kan oppnevnes.¹⁰¹

⁹⁶ Lov 21. juni 2013 nr. 62.

⁹⁷ Prop. 85 L (2012–2013) s. 88.

⁹⁸ Gunn-Mari Kjølberg, Sigrid Redse Johansen, *Barnefordelingstvister*, Oslo 2006 s. 218. Heretter Kjølberg og Johansen (2006).

⁹⁹ Kjølberg og Johansen (2006) s. 218.

¹⁰⁰ Kjølberg og Johansen (2006) s. 213.

¹⁰¹ Kjølberg og Johansen (2006) s. 214.

Ettersom den sakkyndige skal bistå dommeren med særlig faglig kompetanse, oppstår det spørsmål om hvilken betydning den sakkyndiges konklusjon bør ha for sakens utfall. Nordhelle fremhever at dommeren ikke må overlate ansvaret om å trekke konklusjoner til de sakkyndige.¹⁰² Formålet med utredningen skal være å opplyse ulike sider ved saken. Dommerens konklusjon må imidlertid baseres på en bred bevisførsel. Hun hevder at det i mandatet ikke bør anmodes om en konklusjon, men om hjelp til å utlede ulike hypoteser som kan drøftes. Dette vil kunne tydeliggjøre at ansvaret for avgjørelsen påhviler dommeren, samt at det vil legge til rette for at tvilen i erklæringene blir tydeligere.¹⁰³ Hun viser til at de sakkyndige slik ordningen praktiseres nå, kan strekke seg for langt i å tilpasse seg dommeren, ved å gi klarere og mer entydige svar enn det er faglig dekning for.¹⁰⁴ Jeg støtter Nordhelles resonnement. Dersom de sakkyndige fremstår klarere i sine vurderinger enn det er grunnlag for, vil det kunne føre til at retten legger for stor vekt på forhold som egentlig er tvilsom. I ytterste konsekvens vil det kunne føre til at hensynet til et materielt riktig resultat ikke ivaretas.

2.6 Forelderens plikt til å hindre at barnet blir utsatt for overgrep ved samvær

Det følger av foreldreansvaret at bostedsforelderens har en plikt til å hindre at barnet blir utsatt for overgrep. Bl. § 30 tredje ledd første punktum fastslår at barnet ikke må bli utsatt for vold eller "på annen vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare". Bestemmelsen angir ikke bare en plikt til å unnlate slike handlinger overfor barnet, men også en plikt til å beskytte barnet mot slike handlinger fra andre.¹⁰⁵ Samtidig angir bl. § 43 femte ledd jf. § 64 at det kan kreves ny avgjørelse, dersom bostedsforelderens forhindrer gjennomføring av samvær. Det kan dermed oppstå et spenningsforhold i disse sakene, ved at bostedsforelderens plikter å bidra til samvær, men samtidig skal ivareta pliktene som følger av foreldreansvaret.

¹⁰² Grethe Nordhelle, "Praktiseringen av sakkyndighetsarbeid i barnefordelingssaker – til barnas beste?", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2011 s. 176–196 (s. 178). Heretter Nordhelle (2011).

¹⁰³ Nordhelle (2011) s. 185.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Dette er også forutsatt i Prop. 85 L (2012–2013) s. 14–15.

Det fremgår av bl. § 65 annet ledd første punktum at samvær kan tvangsfullføres ved tvangsbot etter tvangsfullbyrdsloven.¹⁰⁶ Tvangsbot skal imidlertid ikke fastsettes dersom oppfyllelse av samværsretten anses umulig jf. bl. § 65 annet ledd annet punktum. Det presiseres at samvær kan være umulig dersom det er risiko for at barnet blir utsatt for vold, eller på annen måte blir behandlet slik at den fysiske og psykiske helse blir utsatt for skade eller fare. Om bevisbyrden uttales det i forarbeidene at samvær vil anses umulig, dersom bostedsforelderen sannsynliggjør at det foreligger en reell risiko for overgrep.¹⁰⁷

Bostedsforelderen har således en rett og en plikt til å stanse samvær, dersom det foreligger mistanke om at barnet blir utsatt for overgrep hos samværsforelderen. Forelderen er imidlertid avhengig av at retten deler frykten for overgrep. Hvis ikke risikerer forelderen konsekvensene som følger av urettmessig samværs sabotasje.¹⁰⁸ I litteraturen er det beskrevet gjennom fortellinger hvordan bostedsforelderen ofte faller mellom to stoler i disse sakene.¹⁰⁹ Når forelderen henvender seg til barnevernet med en reell mistanke om at barna blir utsatt for overgrep ved samvær, uttaler barnevernet at det vil bli ansett som omsorgssvikt å sende barna på samvær. Dersom forelderen følger barnevernets råd, risikerer forelderen at domstolen anser det som samværs sabotasje. I saken som refereres til fulgte bostedsforelderen rådet fra barnevernet, og tingretten bestemte at barna skulle flyttes til samværsforelderen.¹¹⁰ Eksempelet belyser kompleksiteten i disse sakene, og viser hvor viktig det er at påstander om overgrep blir tatt på alvor og behandlet på riktig måte. Saken må opplyses, og det er barnets mening og retten til forsvarlig omsorg som må stå i fokus. Bare på denne måten kan retten avdekke om manglende gjennomføring av samvær er begrunnet i en reell fare for barnet.

¹⁰⁶ Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse.

¹⁰⁷ Prop. 85 L (2012–2013) s. 68 punkt 9.7.4.

¹⁰⁸ Problemet er belyst i masteroppgaven "Privat samværsnekt?" av Ann-Helen Rognsaa Andreassen på s. 49. Publisert her:

<http://munin.uit.no/bitstream/handle/10037/5568/thesis.pdf?sequence=1>.

¹⁰⁹ Fritz Leo Breivik, Kate Mevik, *Barnefordeling i domstolen – når barnets beste blir til barnets verste*, Oslo 2012 s. 60–61.

¹¹⁰ Ibid s. 61.

3 Analyse av praksis fra Høyesterett

3.1 Innledning

Jeg har funnet fem samværsaker fra Høyesterett hvor det foreligger påstand eller mistanke om voldsutøvelse fra samværsforelderen. Videre er det syv saker hvor det foreligger påstand eller mistanke om seksuelle overgrep. I seks av de tolv sakene er samværsfordeleren anmeldt for forholdet, men straffesaken er i alle tilfellene henlagt på grunn av bevisets stilling. Innholdet i avgjørelsene behandles i punkt 3.2 og 3.3. I punkt 3.4 følger en oppsummering av praksis, og resultatene vurderes opp mot gjeldende lovregler. Vurderingstema er i hvilken grad barna blir hørt, hvilken betydning overgrepspåstandene har for rettens begrunnelse, samt hvordan retten benytter seg av tilsynsordningen. Det knyttes også merknader til psykisk vold, samt betydningen av sakkyndige erklæringer i disse sakene.

3.2 Avgjørelser hvor samværsforelderen har utvist voldelig opptreden

3.2.1 Rt. 1971 s. 204

I Rt. 1971 s. 204 kom Høyesterett under tvil til at en gutt på 5 år, inntil videre ikke skulle ha samvær med sin far. Avgjørelsen ble avsagt før barneloven, etter dagjeldende lov om born i ekteskap § 8.¹¹¹ Gutten bodde med sin mor i Sverige, mens far bodde i Norge. Mor hevdet at samvær måtte nektes på grunn av fars personlige egenskaper. Far krevde samvær etter rettens skjønn.¹¹² Høyesterett la avgjørende vekt på at faren var i mental ubalanse og hadde hatt "voldsomme raserianfall".¹¹³ I tråd med uttalelser fra barnevernsnemnda, konkluderte retten med at samværsspørsmålet måtte vurderes på nytt når farens helsesituasjon var avklart, eventuelt til han hadde vært grundig vurdert av psykiater. Dersom samvær skulle være aktuelt i nær fremtid, måtte det skje på

¹¹¹ Lov 21. desember 1956 nr. 9 om born i ekteskap.

¹¹² Rt. 1971 s. 204 (s. 206).

¹¹³ Ibid s. 207.

frivillig basis.¹¹⁴ Det følger ikke av domspremissene hva som ligger i ”voldsomme raserianfall”, og hvordan disse vil kunne påvirke gutten ved samvær. Det fremgår heller ikke om gutten selv ønsker samvær. Retten legger imidlertid til grunn at det er tvilsomt om en besøksordning vil kunne gjennomføres ”uten en viss anvendelse av tvang”.¹¹⁵ Ettersom avgjørelsen er avsagt før barneloven, er det ikke naturlig å vurdere den opp mot gjeldende rett. Den har likevel betydning i det store bildet, fordi det er den eneste av sakene med voldsproblematikk hvor samvær nektes.

3.2.2 Rt. 1989 s. 148

Rt. 1989 s. 148 gjaldt spørsmål om samvær mellom far og datteren på snart 7 år. Jentas mor motsatte seg samvær på grunn av farens negative egenskaper. Han hadde ved to episoder når datteren var ett år, utøvd vold mot henne mens datteren var til stede.¹¹⁶ Mor anførte at hun ikke kunne være sikker på at far ville unnlate å reagere med vold når jenta var trassig i fremtiden.¹¹⁷ Hun beskrev han som ”egosentrisk, intens og ustrukturert i en grad som avviker fra det vanlige”.¹¹⁸ Hun hevdet at samvær med far ville være en psykisk belastning for jenta. Påstanden underbygges av jentas reaksjoner etter samvær i forbindelse med de sakkyndiges arbeid for Høyesterett. Jenta hadde da opptrådt aggressivt i barnehagen.¹¹⁹ Far hevdet at det ikke var noe ved hans personlighet som tilsa at samvær måtte nektes.¹²⁰ Han viste til at samvær i forbindelse med de sakkyndiges utredning gikk utmerket. Jentas reaksjoner i etterkant kunne ha mange årsaker, blant annet morens holdning.¹²¹ Han erkjente at det hadde vært en alvorlig konflikt mellom han og jentas mor, og beklaget de to voldsepisodene.¹²² Han hevdet at mor ikke hadde grunn til å frykte at samvær ville være til skade for jenta. Hun var snart 7 år og kunne si ifra selv, dersom det skjedde noe med henne.¹²³

¹¹⁴ Rt. 1971 s. 204 (s. 207).

¹¹⁵ Ibid s. 207.

¹¹⁶ Rt. 1989 s. 148 (s. 151).

¹¹⁷ Ibid s. 151.

¹¹⁸ Ibid s. 151.

¹¹⁹ Ibid s. 151.

¹²⁰ Ibid s. 150.

¹²¹ Ibid s. 150.

¹²² Ibid s. 150.

¹²³ Ibid s. 150.

Retten la i tråd med tidligere praksis til grunn, at det må dreie seg om "negative egenskaper utover normal variasjonsbredde", dersom samvær skal nektes på grunn av foreldrenes personlige egenskaper.¹²⁴ Motvilje mot samvær hos bostedsforelderen på grunn av motsetningsforhold, engstelse for barnet og lignende, vil som utgangspunkt ikke være til hinder for samvær.¹²⁵ Retten uttalte at fars oppførsel i forbindelse med voldsepisodene var uakseptabel, men at den syntes å ha vært situasjonsbetinget.¹²⁶ Retten sluttet seg til de sakkyndiges vurderinger, hvor det fremgikk at samvær isolert sett ikke ville skade jenta. Det som kunne volde problemer var motsetningsforholdet mellom foreldrene, hvor jenta kunne komme i klemme.¹²⁷ De sakkyndige viste imidlertid til at jentas mor var ressurssterk og fornuftig slik at hun kunne takle sine negative reaksjoner mot far, uten å overføre disse på datteren. Retten la derfor til grunn at mor når saken var over, ville klare å akseptere samvær mellom far og datter.¹²⁸ Retten konkluderte med "vanlig samværsrett" med et års opptrapping.

Det følger ikke av domspremissene hva jenta selv tenker om samvær. Det fremgår imidlertid at hun viser en naturlig nysgjerrighet etter å få vite hvordan hennes biologiske far er, og det legges til grunn at denne interessen vil øke med årene.¹²⁹

I avgjørelsen kommer retten med to generelle uttalelser. Det ene er at det normalt må dreie seg om negative egenskaper utover normal variasjonsbredde, dersom samvær skal nektes på grunn av forelderens personlige egenskaper. Det andre er at motsetningsforhold mellom foreldrene i utgangspunktet ikke vil føre til samværsnekt. Et slikt synspunkt er i tråd med barnelovens utgangspunkt om at barnet har rett til kontakt med begge foreldrene. I forarbeidene til endringsloven av 2006 gir lovgiver imidlertid anvisning om at bostedsforelderens motstand mot samvær, kan få betydning dersom forelderens angst som følge av voldsutøvelse går utover omsorgsevnen.¹³⁰ Høyesteretts uttalelse kan således ikke anses som mer enn et utgangspunkt. Retten må vurdere

¹²⁴ Rt. 1989 s. 148 (s. 152–153).

¹²⁵ Ibid s. 152–153.

¹²⁶ Ibid s. 153.

¹²⁷ Ibid s. 153.

¹²⁸ Ibid s. 154.

¹²⁹ Ibid s. 153.

¹³⁰ Se punkt 2.2.

konkret om motsetningsforholdet mellom foreldrene vil påvirke barnets omsorgssituasjon. Dersom denne vurderingen tilsier at samvær ikke vil være til barnets beste, må samvær nektes jf. bl. § 43 første ledd tredje punktum. I forarbeidene til endringsloven av 2013 presiseres det at det ikke er rom for å ta hensyn til forelderens behov for samvær.¹³¹

3.2.3 Rt. 1994 s. 1394

Denne saken omhandlet fars rett til samvær med tre barn på 8, 11 og 14 år. Barnas mor tok barna med til et krisesenter i 1990, og bodde under hemmelig adresse når saken kom opp for Høyesterett.¹³² Hun anførte at faren hadde utøvd fysisk og psykisk vold mot henne og barna, og at de som følge av dette hadde utviklet angst og usikkerhet overfor han.¹³³ Hun hevdet at barna ga uttrykk for at de ikke ønsket å treffe faren.¹³⁴ Far anførte at hans personlige egenskaper ikke ga grunnlag for samværsnekt. Han viste til at lagmannsretten ensidig hadde fremhevet hans negative sider, men likevel ikke fant sterke nok grunner til å nekte samvær.¹³⁵ Praktiske problemer med gjennomføring av samvær skyldtes barnas mor, og kunne ikke være til hinder for samværsrett.¹³⁶

Høyesterett la til grunn at samlivet mellom foreldrene var konfliktfylt, og at faren opptrådte voldelig mot barnas mor. Hun ble også utsatt for trusler og press, i en slik grad at det måtte karakteriseres som psykisk mishandling.¹³⁷ Retten viste til at barna hadde vært vitne til konflikten mellom foreldrene, og at dette hadde skapt angst hos dem. I tråd med de sakkyndiges vurderinger kom retten imidlertid til at det ikke var noen risiko, for at far ville utøve vold mot barna under samvær.¹³⁸ Det var heller ikke noe ved hans personlige egenskaper som tilsa at samvær måtte nektes. Når det gjelder barnas negative uttalelser om samvær, viste retten til at dette i alle fall delvis, måtte

¹³¹ Prop. 85 L (2012–2013) s. 55.

¹³² Rt. 1994 s. 1394 (s. 1394).

¹³³ Ibid s. 1396.

¹³⁴ Ibid s. 1396.

¹³⁵ Ibid s. 1396.

¹³⁶ Ibid s. 1396.

¹³⁷ Ibid s. 1397.

¹³⁸ Ibid s. 1397.

skyldes lojalitet overfor mor.¹³⁹ Som følge av at barna ikke hadde hatt kontakt med far på fem år, ble samvær fastsatt til fire timer, to ganger i året. Samvær skulle skje under tilsyn, av hensyn til morens bekymring for barna.¹⁴⁰

Dommen følger den samme linje som Høyesterett legger seg på i Rt. 1989 s. 148, om at motstand fra bostedsforelderens side, ikke skal være til hinder for samværsrett. Den ble avsagt før Norge inkorporerte barnekonvensjonen, og kan tjene som eksempel på et manglende barneperspektiv. Retten legger til grunn at far har utsatt mor for fysisk og psykisk vold, uten at voldens konsekvenser overfor barna vurderes. Retten viser til at konflikten mellom foreldrene har påført barna angst. Hvorvidt angsten er rettet mot samvær med far, fremgår ikke av premissene. Det fremstår også som uklart om barna har vært vitne til selve mishandlingen. Når det gjelder barnas negative uttalelser mot samvær, legger retten til grunn at disse delvis skyldes lojalitet overfor mor. Det følger ikke av domspremissene om barna er blitt hørt i saken, og dermed fremgår ikke begrunnelsen for deres holdning til samvær.

Saksforholdet i denne dommen er av en annen karakter enn saksforholdet i Rt. 1989 s. 148. Der hadde jentas far utøvd vold mot mor ved to episoder, seks år tilbake i tid. I den foreliggende saken har far utsatt mor for fysisk og psykisk mishandling, og konflikten mellom foreldrene har skapt angst hos barna. Det faktum at samlivet tok slutt fordi moren flyttet til krisesenter med barna, nevnes ikke i rettens vurderinger. Når saksforholdet er av en slik karakter fordrer det en grundig vurdering av barnas synspunkter, for å avklare hvorvidt samvær vil være til barnas beste.

Avgjørelsen er diskutert i juridisk teori. Backer hevder at samvær gjennomgående bør nektes, dersom bostedsforelderens bor på sperret adresse. Han fremhever at kontakt bør opprettholdes på andre måter enn ved fysisk samvær i slike tilfeller.¹⁴¹ Bendiksen og Haugli mener det er rimelig å anta at resultatet i dag ville blitt et annet.¹⁴²

¹³⁹ Rt. 1994 s. 1394 (s. 1397).

¹⁴⁰ Ibid s. 1397.

¹⁴¹ Inge Lorange Backer, *Barneloven kommentarutgave*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 389. Heretter Backer (2008).

¹⁴² Bendiksen og Haugli (2014) s. 150.

3.2.4 Rt. 1996 s. 888

Denne avgjørelsen gjaldt spørsmål om samvær mellom far og datteren på 5 år. Dommen ble avsagt i dissens, og betydningen av bostedsforelderens motstand mot samvær ble satt på spissen. Jentas mor anførte at det måtte gjøres unntak fra lovens utgangspunkt om samvær, på grunn av farens egenskaper.¹⁴³ Han var dømt for flere tilfeller av vold mot henne, en senere samboer og offentlige tjenestemenn. Hun hevdet at voldsutøvelsen ikke var situasjonsbetinget, og at det var fare for at samvær ville være skadelig for datteren.¹⁴⁴ Hun viste til at hun følte seg særlig utsatt for hans aggressive atferd, og at samvær kunne aktualisere konflikten mellom dem til skade for datteren.¹⁴⁵ Hun hevdet at samvær måtte utsettes til jenta selv tar initiativ, og er i stand til å varsle om vold eller omsorgssvikt.¹⁴⁶ Far hevdet at det ikke var grunnlag for samværsnekt. Han viste til de sakkyndiges uttalelser om at nødvendige personlige forutsetninger for samvær forelå.¹⁴⁷ Voldsepisodene var etter hans mening situasjonsbetinget, og lå langt tilbake i tid. Han bestred ikke at jentas mor fortsatt følte frykt for han, men hevdet at frykten savnet reelt grunnlag.¹⁴⁸

Med hensyn til voldsepisodene uttalte retten at det ikke var grunn til å anta at disse innebar en risiko, for at far skulle skade datteren ved samvær.¹⁴⁹ Det som kunne skape tvil om avgjørelsen var mors frykt for far, og de sakkyndiges uttalelser i denne sammenheng.¹⁵⁰ De sakkyndige fremhevet at samvær ville være bra for jenta, hvis foreldrene klarte å samarbeide ved hjelp av en tredjeperson. Dersom det på grunn av mors frykt for far ikke var mulig å utvikle et samarbeid, ville samvær være skadelig for jentas utvikling.¹⁵¹ Rettens flertall la imidlertid til grunn at et dårlig samarbeidsforhold mellom foreldrene, ikke uten videre kunne gi grunnlag for samværsnekt. En annen forståelse kunne etter flertallets mening føre til at samværsreglene blir ineffektive i

¹⁴³ Rt. 1996 s. 888 (s. 889).

¹⁴⁴ Ibid s. 889.

¹⁴⁵ Ibid s. 890.

¹⁴⁶ Ibid s. 890.

¹⁴⁷ Ibid s. 890.

¹⁴⁸ Ibid s. 890.

¹⁴⁹ Ibid s. 893.

¹⁵⁰ Ibid s. 893.

¹⁵¹ Ibid s. 892.

praksis.¹⁵² Det beste for alle tre ville etter rettens syn være at samvær ble innledet og forsøkt utviklet. Retten konkluderte med samvær under tilsyn, før det etter en mellomfase med mindre kontroll, skulle være vanlig samvær.¹⁵³

Annenvoterende mente at samvær foreløpig burde nektes, ettersom samarbeid mellom foreldrene var en forutsetning for at samvær ville være til barnets beste.¹⁵⁴ Det var enighet om at denne forutsetningen ikke forelå. Dette innebar etter mindretallets mening ikke at det uten videre godtas, at bostedsforelderens motstand mot samvær skal være avgjørende.¹⁵⁵ Mindretallet viste til at mors motstand i denne saken hadde et reelt utgangspunkt i farens voldelighet, både overfor henne og andre. Etter at partene flyttet fra hverandre hadde det vært en rekke episoder, som iallfall en gang førte til at politiet måtte tilkalles. Selv om det ikke var grunn til å tro at far ville skade datteren, måtte en etter mindretallets mening godta at fars voldelighet hadde ødelagt samarbeidsmulighetene.¹⁵⁶ På bakgrunn av de sakkyndiges uttalelser måtte en derfor komme tilbake til spørsmålet når jenta ble eldre. Samarbeid mellom foreldrene ville da være av mindre betydning.¹⁵⁷

Av avgjørelsen kan det utledes at reglene om samvær ikke må tolkes slik at de blir ineffektive i praksis. I denne saken la flertallet avgjørende vekt på at samvær kunne være bra for jenta på sikt, selv om de sakkyndige konkluderte med at det ville være skadelig for henne, slik forholdene var på domstidspunktet. Dersom saken hadde kommet for retten etter dagens regler, måtte resultatet etter mitt syn vært i tråd med mindretallets resonnement. Bl. § 43 første ledd tredje punktum ble tilføyd for å tydeliggjøre at samvær ikke må fastsettes, dersom det ikke er til barnets beste. Mindretallets synspunkter har således gode grunner for seg.

¹⁵² Rt. 1996 s. 888 (s. 892).

¹⁵³ Ibid s. 893.

¹⁵⁴ Ibid s. 895.

¹⁵⁵ Ibid s. 895.

¹⁵⁶ Ibid s. 895.

¹⁵⁷ Ibid s. 895.

3.2.5 Rt. 2011 s. 1572

I Rt. 2011 s. 1572 var foreldrene enige om at samvær skulle fastsettes, men spørsmålet var i hvilket omfang. Saken gjaldt to gutter på 4 og 8 år. Barnehagen hadde sendt bekymringsmelding til barnevernet, fordi den ene gutten hadde fortalt at far hadde slått dem.¹⁵⁸ Barnevernet anmeldte faren til politiet, men saken ble henlagt på grunn av bevisets stilling.¹⁵⁹ For Høyesterett hevdet mor at det var til barnas beste å ha begrenset samvær med far. Hun anførte at det ikke var særlig risiko for vold mot barna, og at barna var positive til samvær. Hun var imidlertid bekymret for kommunikasjonsproblemer og utrygghet hos barna.¹⁶⁰ Som følge av dette, og fordi faren tidligere hadde vist grenseoverskridende atferd, måtte samvær skje under tilsyn.¹⁶¹ Far hevdet at barnas samlede omsorgssituasjon, tilsa at samværet måtte utvides til vanlig samvær. Dette var særlig viktig fordi foreldrene hadde ulik kulturbakgrunn.¹⁶² Han viste til at det ikke var risiko for at barna skulle bli utsatt for vold, og godtok veiledning under samværet.¹⁶³

Den sakkyndige psykologen fremhevet at særlig den eldste gutten, satt igjen med en følelse av grenseoverskridende oppførsel fra far. Det vises til at det er et problem at far ikke har greid å imøtekomme barna dette punkt.¹⁶⁴ For retten ble det avgjørende at barnevernet og politiet hadde henlagt saken, og at barna var positive til samvær. Det ble således lagt til grunn at det ikke var risiko for vold mot barna.¹⁶⁵ På grunn av ulikheter hos barna konkluderte retten med utvidet samvær for den eldste gutten, og samvær hver fjerde helg for den yngste. Noe av samværet skulle skje under tilsyn, for å øke fars ferdigheter overfor barna.¹⁶⁶

¹⁵⁸ Rt. 2011 s. 1572 premiss 43.

¹⁵⁹ Ibid premiss 4.

¹⁶⁰ Ibid premiss 24.

¹⁶¹ Ibid premiss 26.

¹⁶² Ibid premiss 16.

¹⁶³ Ibid premiss 17.

¹⁶⁴ Ibid premiss 43.

¹⁶⁵ Ibid premiss 44–46.

¹⁶⁶ Ibid premiss 66.

Det fremgår ikke om barna ble hørt i samværsspørsmålet. Barnas mening fremgår ved gjengivelse av den sakkyndige erklæringen, hvor mors uttalelser om samvær siteres.¹⁶⁷ Erklæringen inneholder også redegjørelser for fars relasjoner til barna.¹⁶⁸ Den sakkyndige har således overvært samvær, men det fremstår som uklart om barna selv er gitt mulighet til å uttale seg. Retten vektlegger imidlertid at den eldste gutten har uttrykt glede ved samvær, og viser til at hans mening skal tillegges vekt etter bl. § 31 annet ledd.¹⁶⁹

3.3 Avgjørelser hvor det foreligger påstand eller mistanke om seksuelle overgrep

3.3.1 Rt. 1989 s. 320, Rt. 1994 s. 940 og Rt. 1995 s. 1152

Den første avgjørelsen hvor det foreligger påstand om seksuelle overgrep er Rt. 1989 s. 320. Tvisten gjaldt daglig omsorg, ettersom foreldrene var enige om at samvær skulle finne sted. Avgjørelsen inneholder også uttalelser knyttet til overgrepene, som er relevant for spørsmålet om samvær. Uttalelsene følges opp i Rt. 1994 s. 940 og Rt. 1995 s. 1152.

Saken gjaldt to jenter på 11 og snart 13 år. Samlivet ble oppløst i 1985, fordi faren ble anmeldt for seksuelle overgrep mot en stedatter, samt søsteren til barnas mor. Etter dette hadde jentene i hovedsak bodd hos far.¹⁷⁰ Politiet henla straffesaken, men stedatteren ble tilkjent voldsoffererstatning.¹⁷¹ Barnas mor anførte at det måtte legges avgjørende vekt på at faren kunne komme til å gjøre "utilbørlige tilnærmelser" i fremtiden, og at eventuell tvil om fare for overgrep ikke kunne gå utover døtrene.¹⁷² Far hevdet at retten måtte se bort fra anførselen om fare for overgrep, fordi retten ikke kunne bygge på at han hadde gjort seg skyldig i overgrep mot stedatteren.¹⁷³ Han anførte at det under enhver omstendighet, ikke kunne legges til grunn at det forelå risiko for fremtidige overgrep. Han bemerket at jentenes mor var innforstått med at han

¹⁶⁷ Rt. 2011 s. 1572 premiss 45.

¹⁶⁸ Ibid, se for eksempel premiss 48 og premiss 51.

¹⁶⁹ Ibid premiss 62.

¹⁷⁰ Rt. 1989 s. 320 (s. 320).

¹⁷¹ Ibid s. 322.

¹⁷² Ibid s. 322.

¹⁷³ Ibid s. 324–325.

skulle ha vanlig samvær dersom hun fikk omsorgen. Hvis det skulle foreligge risiko for overgrep, ville dette også kunne forekomme under samvær.¹⁷⁴

Det var oppnevnt to psykologer for Høyesterett. Begge la til grunn at steddatteren og søsteren til jentenes mor, snakket sant om overgrepene. De sakkyndige fremhevet at det var en risiko for fremtidige overgrep, uten at de kunne si noe om risikoenes størrelse. Konsekvensene ved overgrep ville imidlertid bli dramatiske, på grunn av tillitsforholdet jentene hadde bygd opp til faren.¹⁷⁵ Høyesterett la til grunn at det ikke var avgjørende om påtalemyndigheten hadde funnet overgrep bevist i straffesaken. Det vises til at det "spesielt i en sak om omsorg for mindreårige barn" kan hevdes at "det overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold".¹⁷⁶ På denne bakgrunn og av hensyn til sakens øvrige omstendigheter, kom Høyesterett til at mor skulle ha omsorgen. Far ble tilkjent vanlig samværsrett etter barnelovens regler.

I Rt. 1994 s. 940 fastslo Høyesteretts kjæremålsutvalg at uttalelsen om at det "overhodet ikke kan tas noen risiko" når det foreligger mistanke om seksuelle overgrep, også må legges til grunn ved spørsmål om samvær.¹⁷⁷ Uttalelsen modereres i Rt. 1995 s. 1152 hvor det fremgår at avgjørelsen må bero på en konkret vurdering, hvor barnets rett til samvær veies opp mot hensynet til at barnet ikke bør utsettes for en urimelig risiko for seksuelle overgrep.¹⁷⁸

Avgjørelsene er diskutert i juridisk teori. Backer hevder at uttalelsen i Rt. 1995 s. 1152 bør anses retningsgivende for senere saker.¹⁷⁹ Oppedal mener beviskravet som angis er problematisk, fordi det fører til at en må vurdere hvilken risiko som kan aksepteres. I klartekst peker uttalelsen mot at barnet kan utsettes for en "rimelig risiko".¹⁸⁰ Ettersom hensynet til barnets sikkerhet er overordnet i samværsvurderingen, mener han at synspunktet om at det overhodet ikke kan tas noen risiko vil være best egnet som

¹⁷⁴ Rt. 1989 s. 320 (s. 325).

¹⁷⁵ Ibid s. 326.

¹⁷⁶ Ibid s. 326.

¹⁷⁷ Rt. 1994 s. 940 (s. 941).

¹⁷⁸ Rt. 1995 s. 1152 (s. 1154–1155).

¹⁷⁹ Backer (2008) s. 529.

¹⁸⁰ Oppedal (2008) s. 119.

retningslinje. Han er likevel åpen for fleksibilitet, basert på sakens omstendigheter.¹⁸¹ Oppedals synspunkter har gode grunner for seg, og er etter mitt skjønn best i tråd med forarbeidene til bl. § 43 første ledd tredje punktum. Beviskravet som angis i Rt. 1995 s. 1152 harmonerer etter mitt syn dårlig med BK. art. 19.

3.3.2 Rt. 1996 s. 398

Rt. 1996 s. 398 gjaldt spørsmål om foreldreansvar, daglig omsorg og samvær for en gutt og en jente på 11 og 6 år. Barnas mor anmeldte i 1991 barnas far for trusler, mishandling, voldtekt og legemsfornærmelser, samt vold mot barna.¹⁸² I 1992 anmeldte hun også faren for seksuelle overgrep mot barna. Hun anmeldte i tillegg sin farfar og onkel for seksuell utnyttelse. Disse anmeldelsene ble ikke etterforsket, og anmeldelsen mot barnas far ble henlagt.¹⁸³

For Høyesterett anførte barnas mor at handlingene hadde pågått siden barna var spedbarn. Hun viste til politiforklaringene i forbindelse med anmeldelsen, og hva barna hadde fortalt henne.¹⁸⁴ Videre viste hun til at helsepersonell og lege hadde uttalt at barna hadde symptomer som kunne tyde på seksuelt misbruk. Årsaken til at anmeldelsen mot barnas far om seksuelle overgrep kom så sent, var at barnevernet sviktet i sin plikt med å anmelde forholdet.¹⁸⁵ Far hevdet at beskyldningene var grunnløse, og at det var omsorgssvikt av mor å overføre sin negative oppfatning av han til barna.¹⁸⁶ Han viste til at den midlertidige ordningen om samvær under tilsyn ga positive resultater. Den langvarige atskillelsen mellom han og barna, samt den negative påvirkningen fra mor, hadde gitt barna uriktige og groteske forestillinger om ham. Han var villig til å samarbeide om tilsyn, dersom det var nødvendig for å gjennomføre samvær.¹⁸⁷ Høyesterett konkluderte med at det ikke kunne legges til grunn at far hadde misbrukt barna seksuelt. Heller ikke på annen måte hadde han opptrådt slik at det var

¹⁸¹ Oppedal (2008) s. 119.

¹⁸² Rt. 1996 s. 398 (s. 399).

¹⁸³ Ibid s. 399.

¹⁸⁴ Ibid s. 400.

¹⁸⁵ Ibid s. 400–401.

¹⁸⁶ Ibid s. 401.

¹⁸⁷ Ibid s. 401–402.

fare for overgrep mot barna i fremtiden.¹⁸⁸ På bakgrunn av de øvrige omstendighetene i saken, fastslo retten at barna skulle bo hos mor. Far skulle ha vanlig samvær, med opptrapping og tilsyn i starten.

Når retten kortfattet legger til grunn at far ikke har begått overgrep mot barna, kan det ha sammenheng med at det ble foretatt omfattende bevisopptak for Høyesterett. 30 vitner forklarte seg, hvorav 15 var nye for Høyesterett.¹⁸⁹ Hvilke forhold vitnene forklarte seg om er ikke spesifisert i dommen. Selv om saken fremstår som godt opplyst, angir bl. § 31 annet ledd at barna skal gis anledning til å uttale seg, og at vekten av deres mening skal vurderes.¹⁹⁰ Det følger ikke av domspremissene om barna er blitt hørt, og deres ønsker fremgår heller ikke på annen måte.

3.3.3 Rt. 1998 s. 562

Rt. 1998 s. 562 gjaldt kjæremål over foreløpig avgjørelse om samvær, etter daværende bl. § 46. Mor hadde anmeldt barnets far for incest. Politiet henla saken fordi intet straffbart forhold ble ansett bevist.¹⁹¹ Lagmannsretten la til grunn at det var best for jenta å ha samvær med faren. Det ble ansett usikkert om hun hadde vært utsatt for seksuelle overgrep, og i tilfelle av hvem.¹⁹² Lagmannsretten fant det imidlertid ikke nødvendig å behandle spørsmålet, fordi samvær under tilsyn ville sikre jenta mot å bli utsatt for overgrep. Det ble således fastsatt overnattingsamvær under tilsyn.¹⁹³ Høyesteretts kjæremålsutvalg fastslo at dette ikke bygget på noen uriktig lovforståelse.¹⁹⁴

Avgjørelsen kan tjene som eksempel på den praksis lovgiver forsøkte å endre ved vedtakelsen av bl. § 43 a første ledd. Det fremgår uttrykkelig av forarbeidene at overnattingsamvær ikke bør fastsettes, dersom det er behov for tilsyn. Domstolen kan

¹⁸⁸ Rt. 1996 s. 398 (s. 402).

¹⁸⁹ Ibid s. 400.

¹⁹⁰ Se punkt 2.3.

¹⁹¹ Rt. 1998 s. 562 (s. 563).

¹⁹² Ibid s. 564.

¹⁹³ Ibid s. 565.

¹⁹⁴ Ibid s. 565.

etter endringsloven av 2013, ikke uten videre legge til grunn at tilsyn er en garanti for barnets sikkerhet.¹⁹⁵

3.3.4 Rt. 2010 s. 216

Saken gjaldt spørsmål om fast bosted, foreldreansvar og samværsrett for en jente på 7 år. Mor anmeldte far for seksuelle overgrep mot jenta etter at saken var brakt inn for tingretten, men politiet henla saken.¹⁹⁶ For Høyesterett anførte mor at jenta hadde gitt signaler om at hun ikke hadde godt av samvær, og at hun derfor holdt henne tilbake. Hun viste til at hun hadde oppsøkt fagpersoner, og fulgt rådene hun hadde fått. Hun hevdet at jenta ikke hadde glede av samvær, og at hun oppfatter faren som slem. Dersom samvær ble fastsatt, ville mor likevel godta det.¹⁹⁷ Far hevdet at jenta ikke måtte vokse opp med et bilde av han som overgriper. Han viste til at det ikke var ført bevis for anklagene mot han.¹⁹⁸

Det var oppnevnt to sakkyndige og disse avga felles erklæring. De fremhevet at samværet var preget av jentas holdning til faren og hennes motstand mot å ha kontakt. Hun virket usikker, men forholdt seg til han på en relativt interessert og utforskende måte.¹⁹⁹ Den ene sakkyndige uttrykte tvil om hvorvidt samvær burde fastsettes, fordi samvær på domstidspunktet ville være mer egnet til å dekke fars enn jentas behov. Det konkluderes likevel med at samvær kan gjennomføres, dersom jenta får en trygg ramme rundt seg.²⁰⁰ Den andre sakkyndige viste til at samvær ville være til det beste for jenta på sikt. Hvis samvær ikke ble etablert, kunne det være skadelig for hennes utvikling. Han mente jenta måtte få mulighet til å danne seg et eget inntrykk av hvordan faren er. Slik forholdene var på domstidspunktet, hadde hun bare vage minner om dette.²⁰¹

¹⁹⁵ Se punkt 2.4.

¹⁹⁶ Rt. 2010 s. 216 premiss 5.

¹⁹⁷ Ibid premiss 15–16.

¹⁹⁸ Ibid premiss 20.

¹⁹⁹ Ibid premiss 36.

²⁰⁰ Ibid premiss 37.

²⁰¹ Ibid premiss 37.

På bakgrunn av de sakkyndiges uttalelser og presumsjonen om at det er til barnets beste å ha kontakt med begge foreldrene, konkluderte retten med at samvær ville være til jentas beste.²⁰² Høyesterett viste til uttalelsen i Rt. 1996 s. 888 om at det skal "ganske tungtveiende grunner til" for å nekte samvær.²⁰³ Høyesterett la til grunn at samvær under tilsyn fullt ut ville sikre mot eventuell risiko for overgrep. Retten fant derfor ikke grunn til å behandle anførselen fra mor, om at jenta ikke må utsettes for noen risiko.²⁰⁴ Høyesterett konkluderte med at samvær skulle skje under tilsyn, seks timer i måneden. Tilsynspersonen skulle være en person mor hadde tillit til.²⁰⁵

Hva jenta selv mener om samvær fremgår ikke av premissene. Det følger av de sakkyndiges uttalelser at jenta viser motstand mot å ha kontakt med far, men begrunnelsen for motstanden fremgår ikke. Jentas mening er fremhevet ved behandlingen av bostedsspørsmålet, og Høyesterett viser til at barn over syv år skal høres jf. bl. § 31.²⁰⁶

Også denne avgjørelsen kan tjene som eksempel på forhold lovgiver ønsket å endre ved endringsloven av 2013. Bl. § 43 a første ledd først punktum fastslår at barnets behov skal være avgjørende for fastsettelse av samvær under tilsyn.²⁰⁷ Når departementet fremhever at en tilsynsperson ikke er en garanti for barnets sikkerhet, innebærer det at retten må ta stilling til eventuell fare for overgrep. Det kan ikke uten videre legges til grunn at en tilsynsperson vil sikre mot eventuell fare. For å avklare om samvær under tilsyn vil ivareta barnets behov, må også barnets mening belyses. Forarbeidene viser til at domstolen må sikre at barnets mening blir tillagt tilstrekkelig vekt.²⁰⁸ Selv om bl. § 43 a gjelder samvær under tilsyn av offentlig oppnevnt person, gjør de samme hensyn seg gjeldende når det er mor som utpeker tilsynsperson. Det er således uheldig at bakgrunnen for jentas motstand mot samvær, ikke fremgår av premissene.

²⁰² Rt. 2010 s. 216 premiss 38.

²⁰³ Ibid premiss 34.

²⁰⁴ Ibid premiss 39.

²⁰⁵ Ibid premiss 40–43.

²⁰⁶ Ibid premiss 29.

²⁰⁷ Se punkt 2.4.

²⁰⁸ Prop. 85 L (2012–2013) s. 42–43.

3.3.5 Rt. 2013 s. 1329

I denne avgjørelsen kom Høyesterett til at far ikke skulle ha samvær med datteren på 5 år. Han hadde i 2009 vært siktet for seksuell omgang med jentas stesøster. Politiet henla saken på grunn av bevisets stilling. Jenta var tilkjent erstatning fra Voldsoffererstatningskontoret, som fant det klart sannsynliggjort at overgrep hadde skjedd.²⁰⁹ Siktelsen var årsaken til samlivsbruddet mellom partene, og det var høyt konfliktnivå i saken. Mor hevdet at hensynet til barnets omsorgssituasjon, måtte veie tyngre enn hensynet til samvær med biologisk far.²¹⁰ Far hevdet at det ikke var noe som tilsa at samvær ikke ville være til jentas beste.²¹¹ Han viste til at det ikke kunne legges til grunn at han hadde begått overgrep, verken mot jenta eller stedatteren. Dersom samvær ble fastsatt med tilsyn, ville det under ingen omstendighet være fare for fremtidige overgrep.²¹²

Retten la til grunn at det ikke var omstendigheter ved far som tilsa at samvær måtte nektes. Samværene som hadde vært mellom dem, fremsto som positive for datteren.²¹³ Det kunne heller ikke legges til grunn at far hadde begått overgrep mot datterens stesøster, eller at han ville begå overgrep mot datteren under samvær.²¹⁴ Så lenge det ikke lot seg avkrefte at det forelå en risiko for overgrep, ville imidlertid samvær være svært belastende for mor og jentas stesøster, og dette ville gå utover jentas omsorgssituasjon. Denne belastningen måtte avveies mot behovet for kontakt med far og hans familie. Mor var i en spesiell situasjon fordi hun hadde diagnosen multippel sklerose. Sykdommen gjorde henne sårbar for belastninger i situasjoner med press. Høyesterett la til grunn at belastningen på jentas omsorgssituasjon, ville være større enn gevinsten ved å møte far av og til. Retten konkluderte således med at samvær måtte nektes.²¹⁵ En opptrappingsplan med samvær under tilsyn, som etter hvert skulle gå over

²⁰⁹ Rt. 2013 s. 1329 premiss 4 jf. premiss 28.

²¹⁰ Ibid premiss 27.

²¹¹ Ibid premiss 18.

²¹² Ibid premiss 19.

²¹³ Ibid premiss 42 jf. premiss 45.

²¹⁴ Ibid premiss 44–45.

²¹⁵ Ibid premiss 48–50.

til samvær uten tilsyn, ville etter rettens mening bygge på et så usikkert grunnlag at det ikke kunne gis dom for en slik samværsrett.²¹⁶

Avgjørelsen reiser spørsmål knyttet til både fars og jentas rettssikkerhet. Av dommen kan det utledes at bostedsforelderens angst og motvilje mot samværsforelderens, er et relevant moment ved barnets beste-vurderingen når det foreligger mistanke om seksuelle overgrep. Motviljen vil i henhold til uttalelsene i dommen kunne få betydning dersom bostedsforelderens angst går utover forelderens omsorgsevne. Dette er fremhevet som et relevant moment i forarbeidene til bl. § 43 første ledd tredje punktum. Det kan imidlertid synes som om Høyesterett tillegger momentet større vekt enn lovgiver. I forarbeidene er det fremhevet som et moment ved siden av overgrepens konsekvenser, og psykologiske eller følelsesmessige skader som følge av vold.²¹⁷ Etter mitt skjønn må momentet tillegges særlig vekt, i tilfeller hvor retten legger til grunn at overgrep har skjedd eller at det er fare for overgrep i fremtiden. Når Høyesterett tillegger mors angst mot samværsforelderens avgjørende vekt i denne saken, hvor det ikke kan legges til grunn at overgrep har skjedd, kan det diskuteres om det er et inngrep i fars og datters rett til samvær etter BK. art. 9 nr. 3 og bl. § 42 første ledd første punktum jf. bl. § 43 første ledd første punktum. Etersom flesteparten av barn bor sammen med mor etter samlivsbrudd, er det i hovedsak fedre som vil bli skadelidende dersom avgjørelsen tolkes slik.

I forarbeidene til bl. § 43 første ledd tredje punktum fremheves det at domstolen må vurdere foreldretvister ut fra barnets totale omsorgssituasjon.²¹⁸ Barneperspektivet er også det overordnede hensyn ved endringsloven av 2013. Et barneperspektiv forutsetter at det ikke er rom for å ta hensyn til hva som er en rimelig løsning overfor foreldrene. Avgjørelsen kan ikke tolkes slik at retten uten videre godtar bostedsforelderens motvilje, som grunnlag for å nekte samvær.²¹⁹ Etter mitt skjønn må en i etterkant av dommen vurdere grunnlaget og motivet for motviljen hos bostedsforelderens, og hvilken konsekvens dette vil ha for barnets omsorgssituasjon. Dersom omsorgssituasjonen tilsier at samvær ikke vil være til barnets beste, må samvær

²¹⁶ Rt. 2013 s. 1329 premiss 40.

²¹⁷ Ot.prp. nr. 103 (2004–2005) s. 54. For nærmere redegjørelse se punkt 2.2.

²¹⁸ Se punkt 2.2.

²¹⁹ Mitt resonnement er i tråd med mindretallets konklusjon i Rt. 1996 s. 888.

nektes. Selv om den forelderen som nektes samvær med barnet sitt vil føle at avgjørelsen er dypt urimelig, er bl. § 43 første ledd tredje punktum en absolutt regel.

Det er imidlertid flere forhold av betydning for jentas omsorgssituasjon som ikke behandles i premissene. Høyesterett uttaler ikke noe om hvilke konsekvenser det vil ha for jenta, at hun i fremtiden mister all kontakt med faren og familien på hans side.²²⁰ Retten unnlater således å gå inn i en sentral del av barnets beste-vurderingen. Det fremgår heller ikke om jenta er blitt hørt i saken. Selv om hun bare er fem år, skal hun gis mulighet til å uttale seg jf. bl. § 31 annet ledd jf. BK. art. 12.²²¹ Hennes mening om samvær og reaksjoner på kontakt med faren, er vesentlig for å avklare hvorvidt samvær vil være til det beste for henne. Når disse forholdene ikke er belyst i dommen, kan det reises spørsmål ved om samværsnekt var til det beste for jenta eller for jentas mor.²²² Det er således ikke Høyesteretts resonnement i saken som er problematisk, det er de vurderingene som ikke foretas som åpner for at dommen kan kritiseres.

Ved å godta mors holdning mot samvær, slapp retten å ta stilling til spørsmålet om hvilken betydning overgrepsspåstandene og avgjørelsen om voldsoffererstatning, skulle ha for samværsretten. Kan det tenkes at Høyesterett hoppet over gjerdet der det var lavest?

3.4 Oppsummering av praksis og vurdering opp mot gjeldende lovregler

3.4.1 Litt om psykisk vold

Gjennomgangen av praksis viser at Høyesterett vier lite oppmerksomhet til psykisk vold. I en av sakene la retten til grunn at barnas mor hadde vært utsatt for psykisk mishandling av barnas far.²²³ Retten konkluderte likevel med at det ikke var fare for

²²⁰ Også poengtert av advokat Øivind Østberg i hans omtale av dommen her: <http://www.familierettadvokaten.com/1/post/2013/10/hysterett-svekket-rettsvern-for-biologiske-foreldre.html>. Avsnitt 8.

²²¹ Se punkt 2.3.

²²² Dette synspunktet fremheves også av advokat André M. Carlsen her: <http://www.advokat-hoie.no/publikasjoner/files/dom-far-nektes-samvar-med-datter.html>. Avsnitt 15–17.

²²³ Rt. 1994 s. 1394 (s. 1397).

noen form for vold under samvær. Psykisk vold nevnes ikke i noen av de øvrige avgjørelsene. Det kan således reises spørsmål ved om psykisk vold får tilstrekkelig oppmerksomhet i Høyesteretts behandling. Dette gjelder både når psykisk vold skjer i kombinasjon med fysisk vold, men også psykisk vold alene, i form av trakassering, neglisjering, truende atferd og liknende.

Forskning viser at flertallet av de som har opplevd fysisk vold i barndommen, også har opplevd psykisk vold.²²⁴ Dersom forelderen har utøvd vold mot tidligere partner eller barnet, er det således grunn til å vurdere om det også foreligger psykisk vold. I tilfeller hvor forelderen har utvist voldelig opptreden, konkluderer retten ofte med at det ikke foreligger negative egenskaper, som kan tilsi at samvær er skadelig for barnet. I mange tilfeller stemmer nok dette. Psykisk vold er imidlertid vanskelig å bevise, ettersom det ikke etterlater synlige spor. Når sakkyndige observerer samvær mellom barnet og forelderen, har forelderen mulighet til å vise seg fra sin beste side. Dette kan være en mulig årsak til at sakkyndige ofte konkluderer annerledes, enn det bostedsforelderen anfører om samværsforelderens egenskaper.

En måte å avdekke om det foreligger psykisk vold, er å klargjøre barnets egen oppfatning av samværsforelderen. Det er imidlertid ikke gitt at barnet klarer å sette fingeren på problemet, særlig dersom saken omhandler små barn. Det er således viktig at barnet høres av en person som har faglig kompetanse i å kommunisere med barn. Barnet har rett til vern mot psykisk vold etter BK. art. 19 nr. 1. Det er dermed en forutsetning for oppfyllelse av konvensjonen, at domstolen har tilstrekkelig fokus på å avdekke også denne typen vold.

3.4.2 Betydningen av sakkyndige erklæringer

Det varierer hvilken type sakkyndighet Høyesterett benytter seg av. I sakene som er behandlet er det oppnevnt overleger, psykologer, spesialister i psykiatri og klinisk psykologi, samt en spesialpedagog. Flere av sakene hadde også vært vurdert av psykologer i underrettsinstansene. Bare i en av sakene konkluderer Høyesterett i strid

²²⁴ Se punkt 1.4.

med anbefalingen fra de sakkyndige.²²⁵ I samtlige av sakene hvor det var oppnevnt to sakkyndige, avga disse felles erklæring.²²⁶

Formålet med de sakkyndige erklæringene er å opplyse de faglige sidene ved sakens faktum.²²⁷ Hensynet til sakens opplysning, kan tale for at de sakkyndige bør avgi erklæringer hver for seg. Dersom dette gjøres får retten to ulike vurderinger av sakens faktum. Dette vil kunne føre til at tvil hos de sakkyndige, kommer tydeligere frem for domstolen. Å avdekke slik tvil er ønskelig, ettersom gjennomgangen av praksis viser at domstolen legger stor vekt på sakkyndige erklæringer. Formålet med å opplyse saken er at avgjørelsen skal baseres på et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Dersom retten som følge av konsensuserklæringer legger vekt på forhold som er mer tvilsom enn de fremstår, innebærer erklæringene en risiko for sakens opplysning og hensynet til et rettsriktig resultat.

I juridisk teori er det fremhevet at de sakkyndige enklere vil kunne fylle sin rolle som rådgivere, dersom de presenterer ulike vurderinger.²²⁸ Hvis retten får flere synspunkter om hva som vil være til barnets beste, vil det kunne føre til at den må foreta mer selvstendige vurderinger, før konklusjonen tas.²²⁹ Det presiseres i teorien at den sakkyndige erklæringen er en faglig vurdering av sakens faktiske forhold. De sakkyndiges oppfatning av virkeligheten vil kunne være like subjektiv som vitnebevis, og dommeren må undergi disse det samme kritiske blikk som sakens øvrige bevis.²³⁰ Vurderingen av hvorvidt de faktiske forholdene tilsier at for eksempel samvær er til barnets beste, tilhører dommeren. Dersom dommeren ikke er kritisk til disse sidene ved erklæringene, kan de bli en fare for barns rettssikkerhet.²³¹

²²⁵ Rt. 1996 s. 888.

²²⁶ Dette var tilfelle i Rt. 1989 s. 148, Rt. 1994 s. 1394, Rt. 1996 s. 888, Rt. 1996 s. 398 og Rt. 2010 s. 216.

²²⁷ Se punkt 2.5.

²²⁸ Erik Keiserud, Øyvind Precht-Jensen og Jannicke Naustdal, "Sakkyndighet i rettspleien – hjelp for dommeren eller fare for rettssikkerheten?", *Tidsskrift for strafferett*, 2013 s. 64–79 (s. 76).

²²⁹ *Ibid* s. 76.

²³⁰ *Ibid* s. 77.

²³¹ *Ibid* s. 78.

Det som kan tale mot at det fremlegges to ulike erklæringer, er at barnet vil kunne utsettes for en større påkjenning. Barnet må forholde seg til flere personer, og svare på vanskelige spørsmål gjentatte ganger. Det er ikke noe i veien for at de sakkyndige møter barnet og observerer samvær sammen, for deretter å utferdige egne erklæringer. Det er imidlertid en risiko for at barnet vil kunne møte to ulike vinklinger av saken. Dette kan føre til usikkerhet og forvirring hos barnet. Spørsmålet beror således på en avveining hvor flere hensyn må tas i betraktning, men noen konklusjon tas ikke her.

3.4.3 Overgrepspåstandenes betydning for rettens begrunnelse

Gjennomgangen viser at det fremgår ulike vurderinger av overgrepspåstandene i premissene. I en av sakene hvor det foreligger påstander om vold, nektes samvær på grunn av forelderens "voldsomme raserianfall".²³² I de resterende sakene legger retten til grunn at det ikke er fare for vold mot barna ved samvær. Retten viser til at volden er situasjonsbetinget eller ligger langt tilbake i tid.²³³ I en av sakene viser retten til at volden og konflikten mellom foreldrene, har ført til angst hos barna.²³⁴ Det fremgår ikke hvorvidt barna har vært vitne til vold, eller om angsten er rettet mot samværsforelderen. I den siste saken legger retten til grunn at det ikke er fare for vold, under henvisning til at politi og barnevern har henlagt saken. Her var det imidlertid av betydning at barna selv ønsket samvær.²³⁵

I sakene som omhandler seksuelle overgrep kan det synes som om retten unnlater å ta stilling til om overgrep har funnet sted. I to av sakene legger retten til grunn at overgrep ikke har skjedd.²³⁶ I de resterende sakene forutsetter retten at samvær under tilsyn, vil sikre barnet mot overgrep. Dette fører til at retten i praksis slipper å ta stilling til overgrepspåstandene, og om det er fare for at samværsforelderen kan begå overgrep i fremtiden. Den eneste dommen der det foreligger påstand om seksuelle overgrep hvor

²³² Rt. 1971 s. 204.

²³³ Rt. 1989 s. 148, Rt. 1996 s. 888.

²³⁴ Rt. 1994 s. 1394.

²³⁵ Rt. 2011 s. 1572.

²³⁶ Rt. 1996 s. 398 og Rt. 2013 s. 1329.

samvær nektes, er Rt. 2013 s. 1329. Begrunnelsen for samværsnekt var imidlertid ikke knyttet til fare for overgrep.

Gjennomgangen av praksis viser at Høyesterett i liten grad vurderer hvilke konsekvenser vold eller seksuelt misbruk har hatt for barna. En nødvendig forutsetning for å vurdere slike konsekvenser, er at retten tar stilling til om overgrep har skjedd. Selv om retten finner det klart at det ikke er fare for fremtidige overgrep, angir forarbeidene til bl. § 43 første ledd tredje punktum at retten må behandle påstandene. Dersom det konkluderes med at overgrep har skjedd, er det ikke bare faren for fremtidige overgrep som skal vurderes, men også faren for retraumatisering av barnet.²³⁷ Retraumatisering kan for eksempel være aktuelt dersom barnet har levd med vold i familien og utviklet angst som følge av dette, slik som i Rt. 1994 s. 1394. Også ved seksuelle overgrep kan det være fare for retraumatisering, på grunn av følelsene barnet sitter igjen med i ettertid. Det kan nok være tilfelle at retten har vurdert hvilke konsekvenser overgrepene har hatt for barnet, selv om det ikke kommer til uttrykk i domspremissene. Måten retten argumenterer på kan likevel ikke hevdes å sette fokus på mulige skadevirkninger. I forarbeidene til bl. § 48 annet ledd presiseres det at skadevirkninger også må vurderes, når det er vanskelig å ta stilling til om overgrep har skjedd.²³⁸ Det er ikke mulig å etterprøve om retten har foretatt slike vurderinger, dersom de ikke fremgår av premissene.

Rt. 1989 s. 320 gjaldt fast bosted, men er likevel et eksempel på hvordan overgrepspåstandene kan belyses i premissene, også når det gjelder spørsmål om samvær. I dommen viser Høyesterett til en sakkyndig uttalelse, som lå til grunn for fylkesmannens erstatningsavgjørelse.²³⁹ Her fremgår det at måten jenta forteller om overgrepene på og de symptomene hun har, er typiske for incestofre. Den sakkyndige er overbevist om at jenta snakker sant. Også de sakkyndige for Høyesterett fant jentas forklaring troverdig. De viser til at det kreves stor faglig innsikt for å vite hvilke følelsesmessige problemer incest forårsaker, dersom man ikke har opplevd det selv. Det fremheves at det kreves solide skuespiller-egenskaper for å formidle slike følelser,

²³⁷ Se punkt 2.2.

²³⁸ Se punkt 2.2.

²³⁹ Rt. 1989 s. 320 (s. 325–326).

dersom de ikke er ekte.²⁴⁰ Høyesterett legger etter dette til grunn at det ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold, særlig når det gjelder omsorg for mindreårige barn. Foreldrene var enig om at vanlig samvær skulle finne sted, og retten drøftet ikke faren for overgrep under samvær.

De resultater jeg har kommet til samsvarer med Kristin Skjørtens undersøkelse av lagmannsrettspraksis fra 1998-2000, der hun påviser at utøvd vold ofte får beskjeden omtale i domspremissene hos lagmannsretten.²⁴¹ Dette gjelder både ved spalteplass og språk. Hun fremhever at det uttales lite om overgrepens form, og konsekvenser overfor barna. I flere av sakene omtales volden på en måte som bidrar til at den ikke blir særlig relevant, for vurderingen av personlige egenskaper hos forelderen.²⁴² Høyesteretts måte å argumentere på, får følgelig konsekvenser for behandlingen i lavere instanser. Når Høyesterett hopper over å ta stilling til overgrepsspåstandene i domspremissene, sender det signaler om at heller ikke de øvrige domstolene behøver å gjøre dette.

3.4.4 Anvendelsen av tilsynsordningen i praksis

I alle sakene hvor det foreligger påstander om vold og retten fastsetter samvær, fastsettes også tilsyn. Begrunnelsen for tilsyn varierer. Det kan være behov for bistand i starten for å veilede foreldrene, eller for å etablere kontakt mellom barnet og forelderen når de er ukjente for hverandre.²⁴³ I en av sakene bodde mor på hemmelig adresse, og bistand var nødvendig av praktiske årsaker. Mor hadde også behov for å føle at barna var trygge ved samvær.²⁴⁴ I en annen sak skulle samvær fortrinnsvis skje i barnehage. Samvær utenfor barnehagen skulle skje i nærvær av tilsynsperson, oppnevnt av rådgivnings- og veiledningstjenesten. I denne saken ble tilsyn fastsatt for å gi samværet en varsom start.²⁴⁵ Tilsyn ble ikke i noen av tilfellene fastsatt for å beskytte barnet mot vold.

²⁴⁰ Rt. 1989 s. 320 (s. 325–326).

²⁴¹ Kristin Skjørtten, "Forståelser av overgrep i barnefordelingsaker", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2004 s. 149–170 (s. 157).

²⁴² Ibid.

²⁴³ Eksempelvis Rt. 1989 s. 148, Rt. 2011 s. 1572, Rt. 1994 s. 1394.

²⁴⁴ Rt. 1994 s. 1394 (s. 1397).

²⁴⁵ Se Rt. 1996 s. 888 (s. 893).

I sakene som omhandler seksuelle overgrep er utviklingen noe annerledes. Her slår retten fast at barnet ikke kan utsettes for noen urimelig risiko ved samvær.²⁴⁶ I Rt. 1998 s. 562 (s. 565) legger Høyesteretts kjæremålsutvalg til grunn at barnet fullt ut vil være sikret mot risiko for seksuelle overgrep, når samvær fastsettes med tilsyn. Synspunktet følges opp i Rt. 2010 s. 216, hvor retten ikke fant grunn til å vurdere anførselen om at barnet ikke må utsettes for noen risiko ved samvær. I Rt. 2013 s. 1329 viser retten til at samvær under tilsyn med opptrapping til vanlig samvær etterhvert, vil bygge på et så usikkert grunnlag at det ikke kan fastsettes dom for det.²⁴⁷ Et slikt synspunkt avviker fra tidligere praksis, men retten utdyper det ikke nærmere.

Ved endringen av bl. § 43 tredje ledd første punktum i 2013, ble det vedtatt nye regler i tilknytning til tilsynsordningen.²⁴⁸ Det fremgår nå av bl. § 43 a første ledd første punktum at offentlig tilsynsperson kan oppnevnes i "særlege høve" og dersom hensynet til "barnet sine behov" tilsier det. Forarbeidene gir anvisning om at lovgiver ikke er fornøyd med domstolens praktisering av tilsynsordningen. Formålet med endringen var å senke terskelen for å nekte samvær. Det fremheves at barnets beste er en forutsetning for samvær, også under tilsyn.²⁴⁹ Dersom retten legger til grunn at barnet har vært utsatt for overgrep, og det er fare for gjentakelse eller retraumatisering, skal det ikke fastsettes samvær med tilsyn.²⁵⁰ Vilkåret om barnets behov skal sikre at det er barnet som er i fokus ved barnets beste-vurderingen. Det er barnets subjektive mening og opplevelse av samvær, som skal ligge til grunn. Dersom barnet viser motstand mot samvær, må bakgrunnen for dette utredes grundig.²⁵¹ Lovgiver fremhever at forelderens behov for samvær, ikke er et relevant moment ved vurderingen av om tilsyn bør fastsettes.²⁵²

Hvilken betydning får dette i forhold til den praksis som foreligger? Etter mitt skjønn innebærer lovendringen at retten ikke uten videre kan legge til grunn at en tilsynsperson garanterer for barnets sikkerhet. Dersom det er tvil om hvorvidt barnet er

²⁴⁶ Se Rt. 1989 s. 320, Rt. 1994 s. 940 og Rt. 1995 s. 1152.

²⁴⁷ Rt. 2013 s. 1329 premiss 40.

²⁴⁸ Se punkt 2.4.

²⁴⁹ Prop. 85 L (2012–2013) s. 55.

²⁵⁰ Prop. 85 L (2012–2013) s. 43 punkt 7.2.4.3.

²⁵¹ Prop. 85 L (2012–2013) s. 86.

²⁵² Prop. 85 L (2012–2013) s. 55.

utsatt for overgrep, eller om det er fare for fremtidige overgrep, må tvilen komme barnet til gode. Selv om tilsynspersonen er til stede under samværet, er det ingen garanti for at samvær overvåkes ved gjennomføring av alle foreldrefunksjoner. Dette kan for eksempel gjelde under overnatting hvor tilsynspersonen sover, ved bleieskift på små barn og liknende. Også psykisk vold kan gjøre at samvær er negativt for barnet, for eksempel ved trakassering og neglisjering. Heller ikke her er det noen garanti for at tilsynspersonen griper inn.

Når barnets behov er en forutsetning for samvær under tilsyn, innebærer dette at barnets mening må avklares før samvær fastsettes. Barnets mening er helt sentral for å opplyse saken, og vurdere hvorvidt samvær vil være positivt for barnet. Barnets synspunkter om en eventuell tilsynsordning fremgår imidlertid ikke i noen av sakene jeg har behandlet her.

3.4.5 Barnas deltakelse i disse sakene

Det er ikke alltid lett å utlede av domspremissene om barna er blitt hørt i saken, og hva som eventuelt er begrunnelsen for deres synspunkter. I sakene som gjelder påstander om vold, er det bare et tilfelle hvor det uttrykkelig fremgår at barna selv ønsker samvær.²⁵³ I to avgjørelser nevnes det ingen ting om hva barna selv mener.²⁵⁴ I de resterende to sakene følger det av premissene at barna er negative til samvær. Dette fremgår av rettens formuleringer, eksempelvis ved at "samvær må gjennomføres ved tvang" og ved at retten refererer til barnas negative uttalelser om samvær.²⁵⁵

I sakene som gjelder påstander om seksuelle overgrep, fremgår barnets mening om bostedsspørsmålet i to av sakene.²⁵⁶ For spørsmålet om samvær, fremgår det ikke i noen av sakene at barna er blitt hørt. I en av sakene følger det av domspremissene at barnet

²⁵³ Rt. 2011 s. 1572.

²⁵⁴ Rt. 1989 s. 148 og Rt. 1996 s. 888.

²⁵⁵ Rt. 1971 s. 204 (s. 207) og Rt. 1994 s. 1394 (s. 1397).

²⁵⁶ Rt. 1989 s. 320 (s. 324) og Rt. 2010 s. 216 premiss 29.

viser motstand mot å ha kontakt med samværsforelderen, men det nevnes ingen ting om begrunnelsen for motviljen, eller om noen har snakket direkte med barnet om saken.²⁵⁷

Selv om det ikke fremgår av premissene at barna er blitt hørt, betyr det ikke nødvendigvis at retten har fattet avgjørelsen uten å ta hensyn til barnets synspunkter. Både BK. art. 12 nr. 2 og bl. § 61 første ledd nr. 4 åpner for at retten kan oppnevne en sakkyndig eller annen egnet person til å snakke med barnet. I alle sakene som er behandlet, er det oppnevnt minst en sakkyndig. Når barnet viser motstand mot samvær, fremgår det ofte av de sakkyndiges erklæringer. I Rt. 2010 s. 216 følger det for eksempel av erklæringen at samværet preges av jentas "uttalte motstand" mot å ha kontakt med far. Bakgrunnen for hennes motstand følger ikke av dommen, utover at jenta anser han som en ond mann.²⁵⁸ BK. art. 12 nr. 1 slår imidlertid fast at barnets mening skal tillegges vekt etter barnets alder og modenhet. For å kunne avgjøre hvilken vekt barnets mening skal ha, må en blant annet vurdere hvor sterk og vedvarende begrunnelsen for barnets mening er.²⁵⁹ Dette tilsier at dersom domstolen oppnevner en sakkyndig til å snakke med barnet, bør barnets mening og begrunnelsen for denne, fremgå tydelig av den sakkyndiges erklæring. Deretter bør retten vurdere uttrykkelig i domspremissene, hvilken vekt barnets mening har hatt for sakens utfall. I Rt. 1994 s. 1394 legger Høyesterett for eksempel til grunn at dersom barna har vært negative til samvær, må det i alle fall delvis, skyldes lojalitet overfor mor. Hva motviljen kan skyldes utover dette, fremgår ikke av premissene. Denne saken gjaldt tre barn i alderen 8-14 år. Barna har en ubetinget uttalerett og deres mening skal vurderes og tillegges vekt, ikke avfeies.

Lovendringen som trådte i kraft 1. januar 2014 i bl. § 31 annet ledd første punktum om at "også yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt" skal få mulighet til å uttale seg, ble foretatt fordi forskning avdekket at barna ikke i tilstrekkelig grad blir hørt.²⁶⁰ Lovgiver viser i forarbeidene til at barnets mening om situasjonen her og nå, må få tilstrekkelig vekt. Videre fremheves det at antakelser om et biologisk prinsipp, ikke bør legges til grunn i spørsmål om samvær.²⁶¹ Etter mitt skjønn innebærer uttalelsen at

²⁵⁷ Rt. 2010 s. 216 premiss 36.

²⁵⁸ Rt. 2010 s. 216 premiss 36-37.

²⁵⁹ Se punkt 2.3 om innholdet i BK. art. 12.

²⁶⁰ Se punkt 2.3 om lovendringen i bl. § 31.

²⁶¹ Prop. 85 L (2012-2013) s. 42-43.

domstolen må være forsiktig med å legge til grunn en presumsjon om at samvær og kontakt alltid er bra for barnet. Saken må opplyses og avgjøres på forsvarlig grunnlag, og barnets rett til å bli hørt skal sikre dette.

Hvilken betydning får lovendringen for barnets beste-vurderingen i praksis? I flere av sakene hvor barnet viser motstand mot samvær, mener de sakkyndige at barnet vil være tjent med samvær på sikt. Samvær vil for eksempel kunne endre barnets negative syn på forelderen. Når forarbeidene presiserer at barnets mening på domstidspunktet må tillegges tilstrekkelig vekt, innebærer det etter mitt skjønn at barnet ikke bør tvinges til samvær.²⁶² Selv om retten legger til grunn at det ikke er fare for overgrep ved samvær, hjelper det lite dersom barnet er redd for forelderen og samvær oppleves som en belastning for barnet. Et barneperspektiv forutsetter at barnets beste-vurderingen beror på barnets subjektive mening. Hvilken vekt denne meningen skal tillegges, må fortsatt bero på en konkret vurdering av hvor sterk barnets vilje er, begrunnelsen for synspunktet, og hvordan samvær antas å ville påvirke barnet.²⁶³

Det høye konfliktnivået mellom foreldrene i disse sakene, tilsier at domstolen ikke kan legge til grunn at foreldrene formidler barnets egentlige mening. Barnet kan også føle seg klemmt mellom partene, forsøke å beskytte den ene forelderen eller være redd for å såre noen. For at saken skal bli tilstrekkelig opplyst og barnets rett til kontradiksjon skal bli ivaretatt, er det således en forutsetning at en utenforstående kyndig person snakker med barnet.²⁶⁴

En forutsetning for oppfyllelse av BK. art. 12 er at alle barn gis mulighet til å uttale seg i disse sakene. Endringsloven av 2013 presiserer at retten må ta utgangspunkt i barnets totale omsorgssituasjon, for å avklare om samvær vil være til barnets beste. Barnets subjektive mening om situasjonen er sentral i denne vurderingen. Bare ved å høre barnets mening og begrunnelsen for denne, vil retten kunne avdekke hvorvidt bostedsforelderens motvilje mot samvær skyldes en reell bekymring for barnet, eller andre bakenforliggende motiver. Barnets rett til kontradiksjon er en verdi i seg selv, for

²⁶² Prop. 85 L (2012–2013) s. 42–43.

²⁶³ Se punkt 2.3.

²⁶⁴ Liknende synspunkter i Høstmælingen m.fl. (2012). Kapittel 5 av Kirsten Sandberg s. 108.

at avgjørelsen skal oppfattes som riktig av barnet. Kontradiksjon er imidlertid også en forutsetning og et viktig verktøy, for å kunne vurdere om samvær er til barnets beste jf. bl. § 43 første ledd tredje punktum.

4 Avsluttende vurdering

Gjennomgangen viser at det er skjedd en rettslig utvikling i favør av barneperspektivet både i lovgivning og høyesterettspraksis, når det gjelder samværsaker med overgrepssproblematikk. Når Høyesterett i Rt. 2013 s. 1329 nekter samvær under hensyn til barnets omsorgssituasjon, er det i tråd med Prop. 85 L (2012–2013) hvor det angis at samværsnekt skal benyttes i større grad enn tidligere.²⁶⁵ Domsanalysen viser imidlertid at det er rom for kritikk mot domstolens håndtering av disse sakene. Dette gjelder både barnets rett til å bli hørt, hvordan domstolen behandler overgrepsspåstandene i premissene og ved anvendelsen av tilsynsordningen.

En kan ikke klandre Høyesterett for å kvie seg mot å legge mistanke om overgrep til grunn for avgjørelsen, i tilfeller hvor overgrep ikke kan bevises med overveiende grad av sannsynlighet. Når det ikke foreligger håndfaste bevis er det alltid en risiko for at påstanden er fiktiv. En slik konklusjon vil ha store konsekvenser for samværsforelderen, både fordi det er tale om alvorlige anklager og fordi samværsnekt oppleves som et inngrep i en grunnleggende rettighet. På den annen side kan en tenke seg konsekvensene for barnet dersom overgrep faktisk har skjedd og samvær likevel tilkjennes. Barnets og forelderens interesser er i disse tilfellene ikke forenelig, og det oppstår et spenningsforhold mellom hensynet til biologisk tilknytning og hensynet til barnets rett til vern mot overgrep, herunder retten til forsvarlig omsorg. Det følger av gjeldende rett at barnets rett til vern mot overgrep og retten til forsvarlig omsorg, må veie tyngre enn forelderens rett til samvær. Det er barnets beste som skal være avgjørende jf. bl. § 43 første ledd tredje punktum. For å avklare hvorvidt samvær vil være til barnets beste har retten flere verktøy. Vitner, sakkyndige og barnet selv kan bidra til sakens opplysning. Domsanalysen viser at retten i stor grad benytter seg av

²⁶⁵ Også forutsatt i Bendiksen og Haugli (2014) s. 153–154. Se Prop. 85 L (2013–2013) s. 53.

sakkyndige og at barna i liten grad blir hørt om samvær. En forutsetning for oppfyllelse av BK. art. 12 er at denne praksisen endres.

En måte å sikre at barnets mening blir synliggjort og at barneperspektivet ivaretas i disse sakene, er økt bruk av adgangen til å oppnevne representant for barnet jf. bl. § 61 første ledd nr. 5. Representant kan oppnevnes i "særlege høve" og blant annet "når det er grunn til å tru at barnet er utsett for vald eller på anna vis blir handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare" jf. bl. § 61 første ledd nr. 5 første punktum. Presiseringen om vold og overgrep ble inntatt ved endringsloven av 2013.²⁶⁶ Dette ble gjort for å fremheve at oppnevning av representant særlig kan være aktuelt i slike saker.²⁶⁷ Flere høringsinstanser foreslo at det som hovedregel burde oppnevnes representant når saken kommer til hovedforhandling. Departementet mener imidlertid at det ikke vil være formålstjenlig med en pliktbestemmelse, og har tiltro til at dommeren bruker sitt skjønn til barnets beste.²⁶⁸

Representanten blir ikke part i saken. Han skal ikke ta standpunkt til tvistespørsmålene eller formidle barnets syn til retten. Han skal påse at saken blir tilstrekkelig opplyst, og at det tas hensyn til barnets interesser.²⁶⁹ En økt bruk av denne adgangen vil etter mitt skjønn kunne bidra til at flere barn blir hørt i disse sakene. En representant vil også kunne påse at andre sentrale momenter ved barnets beste-vurderingen opplyses tilstrekkelig. Barnet vil ha en nøytral person til å støtte seg på, og representanten kan bidra til å skjerme barnet fra konflikten mellom foreldrene. Bestemmelsen var ment å være aktuell for eldre barn, og ellers dersom det er fare for at barnets interesser ikke vil ivaretas tilstrekkelig.²⁷⁰ Etter mitt skjønn er det gode grunner til å oppnevne representant også for små barn i disse sakene, ettersom forskning viser at de yngste barna ikke blir hørt.²⁷¹

²⁶⁶ Lov 21. juni 2013 nr. 62.

²⁶⁷ Prop. 85 L (2012–2013) s. 89.

²⁶⁸ Ibid s. 61.

²⁶⁹ Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) s. 89.

²⁷⁰ Prop. 85 L (2012–2013) s. 60 punkt 9.4.1.

²⁷¹ Prop. 85 L (2012–2013) s. 29 jf. også oppgavens punkt 2.3.

5 Litteraturliste

5.1 Bøker

Backer, Inge Lorange, *Barneloven kommentarutgave*, 2. utgave (Oslo 2008)

Bendiksen, Lena R. L., Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten* (Oslo 2014)

Bendiksen, Lena R.L., *Barn i langvarige fosterhjemsplasseringer – foreldreansvar og adopsjon* (Bergen 2008)

Breivik, Fritz Leo, Kate Mevik, *Barnefordeling i domstolen – når barnets beste blir barnets verste* (Oslo 2012)

Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge* (Oslo 2012)

Kjølborg, Gunn-Mari, Sigrid Redse Johansen, *Barnefordelingstvister – Håndbok i barnerettslige emner* (Oslo 2006)

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004)

5.2 Artikler

Hagen, Tore, Knut Rønbeck, "Står det biologiske prinsipp for fall?", *Lov og rett*, 2011 s. 491–499

Haugli, Trude, "Lov om barn og foreldre", *Jussens venner*, 2007 s. 325–388

Haugli, Trude, "Barns rettssikkerhet" i Rui, J.P. (red.) *Retts hjelp fra kyst til vidde*, (Oslo 2009) s. 173–184

Haugli, Trude, "Bosted og samlet foreldrekontakt – betyr størst og mest det samme som best?", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2011 s. 38–55

Jonassen, Wenche, "Fra kvinnemishandling til vold i nære relasjoner – regjeringens handlingsplaner mot vold", *Tidsskrift for kjønnsforskning*, 2013 s. 46–60

Keiserud, Erik, Øyvind Precht-Jensen og Jannicke Naustdal, "Sakkyndighet i rettspleien – hjelp for dommeren eller fare for rettssikkerheten?", *Tidsskrift for strafferett*, 2013 s. 64–79

Nordhelle, Grethe, "Praktiseringen av sakkyndighetsarbeid i barnefordelingssaker – til barnas beste?", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2011 s. 176–196

Oppedal, Mons, "Vold og seksuelle overgrep som argument i avgjørelser etter barneloven", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2008 s. 106–121

Sandberg, Kirsten, "Naturens orden – til barnets beste?", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2005 s. 144–149

Sigurdsen, Randi, "Den rettskildemessige betydningen av Barnekomiteens generelle kommentarer", *Retfærd*, 37. årgang 2014 nr. 1/144 s. 43–60

Skjørten, Kristin, "Forståelser av overgrep i barnefordelingssaker", *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2004 s. 149–170

Søvig, Karl Harald, "Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett", *Det juridiske fakultets skriftserie*, UiB nr. 115 2009

5.3 Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon 4. november 1950

FNs konvensjon om barnets rettigheter 20. november 1989

5.4 Lovgivning

Lov 12. juni 2013 nr. 62 om endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister)

Lov 7. april 2006 nr. 6 om endringer i barnelova mv.

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

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

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

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

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova)

Kongeriget Norges Grundlov 1814 (Grunnloven)

Lov 21. desember 1956 nr. 9 om born i ekteskap (opphevet)

5.5 Forarbeid

Prop. 85 L (2012–2013) Endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister)

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.)

NOU 2012: 5 Bedre beskyttelse av barns utvikling

NOU 2003: 31 Retten til et liv uten vold

5.6 Avgjørelser

Rt. 1971 s. 204

Rt. 1974 s. 1339

Rt. 1987 s. 598

Rt. 1989 s. 148

Rt. 1989 s. 320

Rt. 1994 s. 940

Rt. 1994 s. 1394

Rt. 1995 s. 1152

Rt. 1996 s. 398

Rt. 1996 s. 888

Rt. 1998 s. 562

Rt. 2004 s. 811

Rt. 2010 s. 216

Rt. 2011 s. 1572

Rt. 2013 s. 1329

5.7 Generelle kommentarer fra FNs barnekomité

Generell kommentar nr. 5 (2003) "Generelle tiltak til gjennomføring av Konvensjonen om barnets rettigheter" (CRC/GC/2003/5 27. november 2003)

Generell kommentar nr. 12 (2009) "Barnets rett til å bli hørt" (CRC/C/GC/12 20. juli 2009)

Generell kommentar nr. 13 (2011) "Barnets rett til frihet fra alle former for vold" (CRC/C/GC/13 18. april 2011)

Kommentarene er tilgjengelig i norsk oversettelse på regjeringens internettsider (regjeringen.no).

5.8 Internettsider

http://www.regjeringen.no/pages/38428833/Hplan-2014-2017_Et-liv-uten-vold.pdf
(Siste besøk: 27.04.2014)

[http://www.nkvts.no/biblioteket/Publikasjoner/Kjennetegn-hos-menn-som-har-oppsokt-Alternativ-til-vold-\(ATV\)-for-vold-i-naere-relasjoner.pdf](http://www.nkvts.no/biblioteket/Publikasjoner/Kjennetegn-hos-menn-som-har-oppsokt-Alternativ-til-vold-(ATV)-for-vold-i-naere-relasjoner.pdf)
(Siste besøk: 27.04.2014)

http://www.nkvts.no/biblioteket/Publikasjoner/Vold_og_voldtekt_i_Norge.pdf
(Siste besøk: 27.04.2014)

<http://munin.uit.no/bitstream/handle/10037/5568/thesis.pdf?sequence=1>
(Siste besøk: 27.04.2014)

<http://www.familierettadvokaten.com/1/post/2013/10/hyesterett-svekket-rettsvern-for-biologiske-foreldre.html> (Siste besøk: 27.04.2014)

<http://www.advokat-hoie.no/publikasjoner/files/dom-far-nektes-samvar-med-datter.html> (Siste besøk: 27.04.2014)

Antall ord: 17 613