

# Beviskrav i foreldretvister

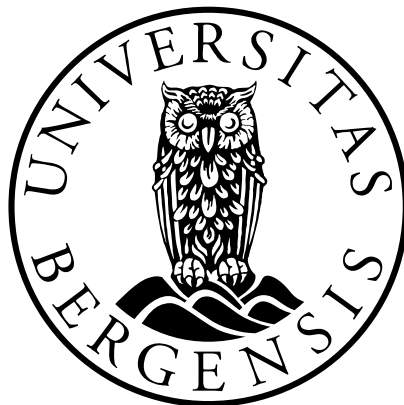
*Hva er beviskravet i foreldretvister hvor det er mistanke om seksuelle overgrep*

Kandidatnummer:

21

Antall ord:

14 535



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.2017

## Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	2
1.1	Tema og angivelse av problemstilling.....	2
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Metode og rettskildesituasjon.....	4
1.4	Begrepsavklaringer og avgrensninger.....	6
1.5	Disposisjon.....	7
2	Foreldretvister.....	8
2.1	Foreldreansvar, fast bosted og samvær.....	8
2.2	Hensynet til «Barnets beste».....	10
3	Statens menneskerettighetsforpliktelser.....	15
3.1	Statens plikt til å sikre barn mot overgrep.....	15
3.2	Barn og foreldres rett til «familieliv».....	16
3.3	Forelderes rett til “privatliv”.....	17
4	Beviskravet i foreldretvister.....	19
4.1	Bevis.....	19
4.2	Beviskrav.....	20
4.3	Beviskravet i sivile saker.....	20
4.4	Barneloven.....	22
4.5	Tilknytning til beviskravet i straffesaker.....	27
5	Gjennomgang av rettspraksis.....	30
5.1	Struktur.....	30
5.2	Fremstilling av rettspraksis.....	31
5.2.1	Behandling av spørsmål om overgrep.....	31
5.2.2	Beviskrav.....	32
5.2.3	Relativisering.....	34
5.2.4	Hvilke bevis oppfyller beviskravet.....	35
5.3	Oppsummering av rettspraksis.....	37
6	Avslutning.....	39
7	Kilderegister.....	41

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og angivelse av problemstilling

Spørsmål om overgrep i foreldretvister reiser mange ulike og vanskelige problemstillinger som krysser fagfelt både innen og utenfor den juridiske disiplin. Tema i denne oppgaven er beviskrav i foreldretvister hvor det foreligger mistanke om seksuelle overgrep. Disse sakene har krysningspunkter både med sivil- og straffeprosessrett. Foreldretvister er sivile saker. Som utgangspunkt er sivilprosessens regler om beviskrav gjeldende, med de presiseringer Barneloven av 8. april 1981 nr.7 (bl.) gir. Elementet med seksuelle overgrep gjør imidlertid at det også har tilknytning til beviskravet i strafferetten, særlig uskyldspresumpsjonen. Dette fører til at det foreligger mange vanskelige grensedragninger og motstridende hensyn. Hensynene må balanseres, og avveies mot hverandre, i vurderingen av hvilket beviskrav som legges til grunn i disse sakene. Det er særlig tre sentrale hensyn: Hensynet til partene i saken, da særlig rettsikkerhetshensyn for den forelder som blir mistenkt for overgrep. Hensynet til å beskytte barnet, som ikke selv er part i saken, mot overgrep. Hensynet til barnets og forelderens mulighet til kontakt dersom mistanken er feilaktig. Problemstillingen i denne oppgaven er: *Hva er beviskravet i foreldretvister hvor det er mistanke om seksuelle overgrep?*

## 1.2 Aktualitet

Aasland<sup>1</sup>, spesialist i sexologisk rådgivning, hevder at barn sjeldent blir trodd av domstolene angående overgrep, og at konsekvensene i noen tilfeller er at det blir fastsatt fast bosted hos den forelder som har begått overgrep.<sup>2</sup> I en metoderapport, skrevet av Ridar & Giæver, publisert i VG 2013, med tittelen «Barna som ikke blir trodd», deles dette synet. Det blir videre hevdet at det blir lagt et for høyt beviskrav i disse sakene, med den følge at forelderene beskyttes og ikke barnet.<sup>3</sup> Dette gjør at det kan reises spørsmål ved hvilket beviskrav som legges til grunn i disse sakene og hvilke hensyn som vektlegges.

---

<sup>1</sup> Margrete Wiede Aasland, spesialist i sexologisk rådgivning, holdt et foredrag om «Barn og seksualitet, og seksuelle overgrep» ved Universitetet i Stavanger i et tverrfaglig opplegg høsten 2011. Undertegnede deltok på foredraget i sammenheng med tidligere studier. Foredraget er i stor grad inspirasjonen til denne masteroppgaven.

<sup>2</sup> Aasland 2011

<sup>3</sup> Ridar & Giæver 2013

I de senere årene har tallet med foreldretvister, som har kommet inn for tingretten, holdt seg forholdsvis stabilt. Disse representerer en stor gruppe av saker som kommer inn for domstolene, i 2016 så høyt som 16 % av saksmengden.<sup>4</sup> Følgelig vil det være av stor interesse å klargjøre hvilke krav som stilles til saksgangen, både materielt og prosessuelt.

Barnerett skiller seg fra mange andre fagfelt med at det er svært konkrete og skjønnsmessige vurderinger som skal tas. De endelige avgjørelsene er i stor grad avhengige av personlige faktorer hos partene og involverte barn i saken. Hver sak må vurderes konkret etter hva som er til det beste for det enkelte barnet. Dette da barnets beste er det grunnleggende hensyn, jf. Grunnloven av 17 mai. 1814 (Grl.) § 104, jf. FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. November 1989 (BK) art. 3, jf. bl. § 48. Følgelig er det som bestemmes i en sak, som regel ikke direkte overførbart til en annen sak med andre parter.<sup>5</sup> På dette grunnlag kan det være vanskelig å oppstille klare generelle regler og krav. Dette sammenlignet med for eksempel erstatningsretten, hvor det enklere kan oppstilles beregninger for årsakssammenhenger og da oppstille klare krav med tanke på sannsynlighetsgraden på en generell basis.<sup>6</sup>

Det fremkommer av forarbeidene at det ble vurdert å innføre en bevisregel i barneloven. Dette ble forkastet da det var vanskelig å utforme en bevisregel som skulle gjelde generelt, og samtidig ivareta alle hensyn i den konkrete sak.<sup>7</sup>

Barns oppvekstvilkår er sentrale i livsutfoldelsen både når man er barn så vel som senere i livet. Konsekvensene av å være utsatt for overgrep i barndommen er store, og kan gi livsvarige utfordringer. Norge har en forpliktelse etter menneskerettighetene, blant annet BK art. 19, å sikre at barn ikke blir utsatt for overgrep.<sup>8</sup> Det er på dette grunnlag viktig å sikre at domstolen legger til grunn at overgrep har skjedd når dette foreligger, samt at beviskrav ikke legges for høyt. Dette hovedsaklig for å sikre at barnet ikke ender opp med fast bosted eller samvær med sin overgriper.

Dersom det feilaktig blir lagt til grunn i foreldretvister at en har forgrepet seg mot sitt eget barn, vil det på den andre siden også ha store konsekvenser. Vedkommende mister da sin rett til kontakt og familieliv med barnet.<sup>9</sup> Det er videre fastlagt at barn har en rett til å bli kjent

---

<sup>4</sup> Domstoladministrasjonen 2017

<sup>5</sup> Bendiksen & Haugli 2015, s.24 og 33, Kvalø & Kõhler-Olsen 2016, s.28-29

<sup>6</sup> Mæland 2013, s.197

<sup>7</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.31

<sup>8</sup> Fremgår også av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 3 og art. 8 og BK art. 34

<sup>9</sup> Jf. EMK art. 8

med begge sine foreldre, både etter norsk lovgivning og etter menneskerettighetene.<sup>10</sup> En feilaktig dom i disse sakene kan også avskjære denne retten for barnet. På dette grunnlag kan et for lavt beviskrav føre til brudd på rettsikkerheten til den mistenkte, så vel som brudd på menneskerettighetene for både forelder og barn. Følgelig er det viktig at det foreligger klare og tydelige retningslinjer i disse sakene.

### 1.3 Metode og rettskildesituasjon

Denne oppgaven følger alminnelig juridisk metode. Lov, forarbeider og rettspraksis vil stå sentralt. Det er, som nevnt i kapittel 1.2, ikke lovfestet et særskilt beviskrav i foreldretvister. Barneloven § 48, «hensynet til barnets beste», stiller imidlertid krav til så vel prosess som løsninger i barnelovssaker. På dette grunnlaget vil bl. § 48 være sentral i fastleggingen av hvilket særlig beviskrav som er gjeldende i disse sakene. Her vil forarbeidene, da særlig Ot.prp.nr.103 (2004-2005), være en viktig kilde for hvilken betydning bl. § 48 har for beviskravet.

Hensynet til barnets beste er grunnlovsfestet, jf. Grl. § 104 andre ledd.

Menneskerettighetsutvalget la til grunn at bestemmelsen har flere formål. Den vil ha symbolsk, politisk og rettslig betydning, da blant annet i form av tolkningsmoment og skranke for ny lovgivning. Utvalget la også til grunn at Grl. § 104 må i stor grad ses i sammenheng med BK art. 3. Dette da ordlyden i stor grad er sammenfallende, og slik vil praksis knyttet til BK art. 3 kunne gi bidrag ved fortolkningen av Grl. § 104.<sup>11</sup> Høyesterett i Rt-2015-93, som omhandlet gyldighet av vedtak om utvisning og familiegjeningforening, anvendte bestemmelsen som et viktig tolkningsmoment. Her fant retten at det var en åpenbar spenning mellom behovet for en effektiv og rettferdig utlendingsforvaltning på den ene siden, og hensynet til barnets beste på den andre siden, jf. Grl §104, jf. BK art. 3. Resultatet i saken ble at hensynet til barnet veiet tyngst og således ble vedtakene funnet ugyldig. Følgelig vil Grl. § 104 være et overordnet konstitusjonelt vern for hensynet til barnets beste, og således ha betydning for beviskravet i foreldretvister. Hensynet til «barnets beste» vil nærmere bli utdypet i kapittel 2.2.

---

<sup>10</sup> Blant annet i bl. § 42 og EMK art. 8

<sup>11</sup> Dok.nr.16 (2011-2012), punkt 32.5.1 - 32.5.4 og Innst.186 S (2013-2014), punkt. 2.1.10

Da beviskravet i foreldretvister ikke er lovfestet, vil rettspraksis være viktig for å belyse gjeldende rett. Det følger av Grl. § 88 at Høyesterett dømmer i siste instans.

Høyesterettspraksis er følgelig av stor rettskildemessig vekt.<sup>12</sup> I foreldretvister er rettens vurderinger i stor grad konkrete og skjønnsmessige. Som nevnt, i kapittel 1.2, gjør dette at det som bestemmes i en sak, som regel ikke er direkte overførbart til en annen sak. Dette gjør at den rettskildemessige vekten av høyesterettspraksis, når det gjelder realitetsavgjørelser i foreldretvister, ikke er av like stor vekt. Det kan imidlertid fra høyesterettspraksis, tilknyttet foreldretvister, utledes generelle momenter som har en viss prejudikatsvirkning. Dette da høyesterettspraksisen vil vise hvilke momenter som er relevante og tillatt brukt, selv om den enkelte dom ikke vil være bindende for senere praksis.<sup>13</sup> På dette grunnlag vil høyesterettspraksis være viktig i å fastlegge hvilket beviskrav som ligger til grunn i foreldretvister.

Det finnes lite høyesterettspraksis vedrørende beviskrav i foreldretvister. Derfor vil jeg også bruke lagmannsrettpraksis for å belyse beviskravet. Lagmannsrettpraksis har lav rettskildemessig vekt.<sup>14</sup> Kvantitativt har praksisen imidlertid en verdi i form av å skaffe til veie en rekke konkrete eksempler og illustrasjoner. Dersom den er omfattende og entydig vil det kunne gi en pekepinn på hva som kan regnes som gjeldende rett.<sup>15</sup>

I rettskildesøket brukte jeg Lovdata som søkemotor, og brukte ulike søkeord for å fange opp alle avgjørelsene som omhandler foreldretvister hvor det foreligger spørsmål om seksuelle overgrep. Blant annet ble begrepene: «fast bosted», «seksuelle overgrep», «bevis», «samvær», «overgrep», «barneloven» og «familierett», brukt i søket.

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. November 1989 (BK), Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (SP) og Den Europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. November 1950 (EMK) er gjennom menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr.30 (mrl.) § 2, jf. § 3 gjort til norsk lov og gitt forrang ved motstrid. Disse konvensjonene er av stor betydning for barnetretten og dermed viktige tolkningsmomenter. Følgelig vil de få betydning ved fastleggningen av hva som er beviskravet i foreldretvister. Ved anvendelse av internasjonale konvensjoner i norsk rett må en ta utgangspunkt i

---

<sup>12</sup> Monsen 2012, s.37

<sup>13</sup> Bendiksen & Haugli 2015, s.33

<sup>14</sup> Monsen 2012, s.39

<sup>15</sup> Bendiksen & Haugli 2015, s.34

folkerettslige tolkningsprinsipper. Utgangspunktet er en naturlig forståelse av traktatens ordlyd, som videre skal ses i lys av traktatens gjenstand og formål, jf. Wienkonvensjonen av 1969 (VCLT) art. 31.<sup>16</sup> Ved anvendelse av EMK, står avgjørelser fra Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) særlig sterkt.<sup>17</sup>

## 1.4 Begrepsavklaringer og avgrensninger

Foreldretvister er et forholdsvis nytt begrep, tidligere ble sakene omtalt som barnefordelingssaker. Foreldretvister er imidlertid et begrep som har blitt allment godtatt og vil bli videre brukt i denne oppgaven.<sup>18</sup> Foreldretvister, som et vidt begrep, brukes både i saker vedrørende foreldreansvaret, hvor barnet skal ha fast bosted og samværsspørsmål. Saksbehandlingsreglene, som fremgår av kapittel 7 i barneloven, er generelle og vil være knyttet til alle foreldretvistene. På dette grunnlag vil rettspraksis som knytter seg til disse spørsmålene, både midlertidige og endelige avgjørelser, bli brukt i denne oppgaven.

Med seksuelle overgrep menes i denne oppgaven alle seksuelle handlinger mot barn begått av personer som har en foreldrerolle. Dette er regulert i Straffeloven av 20 mai. 2005 nr. 28 (strl.) kapittel 26. Oppgaven avgrenser mot saker hvor det blir begått vold, da både fysiske og psykisk mot barn, samt vold og overgrep mot mor. Dette da jeg mener seksuelle overgrep mot sine egne barn er det mest belastende som kan bli lagt til grunn i en foreldretvist. Seksuelle overgrep mot barn generelt regnes som svært avvikende og skambelagt adferd, og følgelig vil kriminelle i dette domenet lett bli en utstøtt gruppe av samfunnet. Videre reiser seksuelle overgrep mot barn i foreldretvister svært vanskelige grensedragninger med tanke på beviskravet. Dette blir videre utdypet i kapittel 4.1.

I mange saker der det foreligger mistanke om seksuelle overgrep, er også barnevernstjenesten involvert. Barnevernstjenesten har etter Barnevernloven av 17 juli 1992, nr. 100 (bvl.) § 4-3, plikt og rett til å undersøke forhold hvor det foreligger mistanke om seksuelle overgrep mot barn som kan gi grunnlag for å iverksette hjelpetiltak eller omsorgovertakelse ihht. samme lov

---

<sup>16</sup> Monsen 2012, s.198, jf. Høstmælingen, Kjørholt & Sandberg 2008, s.21-22

<sup>17</sup> Rt-2000-996 Bøhler-dommen

<sup>18</sup> Blant annet av Barne- og likestillingsdepartementet, i Barne- og likestillingsdepartementet 2016, Domstoladministrasjonen i Domstoladministrasjonen 2017,18.08, og i juridisk teori, blant annet Kvalø & Kähler-Olsen 2016, s.93-94

§ 4-4 og § 4-12. Jeg vil imidlertid avgrense mot dette fagområdet, ettersom oppgaven omhandler rene foreldretvister og ikke barnevernssaker.

## 1.5 Disposisjon

I denne oppgaven vil jeg først gjøre rede for foreldretvister i kapittel 2. Herunder vil jeg kort greie ut om foreldreansvar, fast bosted og samvær i kapittel 2.1 samt hensynet til «barnets beste» i kapittel 2.2.

Videre vil jeg gjøre kort rede for statens menneskerettighetsforpliktelser i kapittel 3. I dette vil jeg se på statens plikt til å sikre barn mot overgrep i kapittel 3.1, barn og foreldres rett til «familieliv» i kapittel 3.2 samt foreldres rett til «privatliv» i kapittel 3.3.

Gjeldende rett for beviskravet i foreldretvister er det temaet som står sentralt i oppgaven. I kapittel 4 vil jeg gjør rede for gjeldende rett for beviskravet i foreldretvister. Innledningsvis kommer en kort orientering om bevis i kapittel 4.1, og beviskrav generelt i kapittel 4.2.

Videre vil jeg vedrørende selve beviskravet ta utgangspunkt i det alminnelige beviskravet i sivilprosessen, dette vil jeg gjøre rede for i kapittel 4.3. Deretter vil jeg i kapittel 4.4 se på hvilke presiseringer bl. § 48 gir i beviskravet i foreldretvister, for så å se på hvordan det strafferettslige beviskravet kommer inn i foreldretvistene i kapittel 4.5.

På grunnlag av det som presenteres i kapittel 4 vil jeg se på hvordan beviskravet blir praktisert i rettspraksis i kapittel 5. Jeg vil først presentere strukturen i kapittelet i kapittel 5.1. Videre vil jeg bruke rettspraksis for å prøve å belyse hvordan spørsmålet om seksuelle overgrep blir behandlet i kapittel 5.2.1, hvilket beviskrav som blir lagt til grunn i kapittel 5.2.2, hvilket utslag relativiseringen av beviskravet har i kapittel 5.2.3 og hvilke bevis som oppfyller og ikke oppfyller beviskravet i kapittel 5.2.4. Jeg vil deretter oppsummere gjennomgangen av rettspraksisen i kapittel 5.3.

Avslutningsvis i kapittel 6 vil jeg kort oppsummere oppgaven og komme med noen rettspolitiske vurderinger.



# 2 Foreldretvister

## 2.1 Foreldreansvar, fast bosted og samvær

Foreldretvister er, som nevnt i kapittel 1.4, et vidt begrep som favner både spørsmål om foreldreansvar, fast bosted og samværsspørsmål.

Foreldreansvaret gir foreldre både rettigheter og forpliktelser overfor barnet. I dette ligger blant annet plikt til forsørgelse og oppdragelse, samt rett til omsorg for barnet, jf. bl. § 30, jf. § 31, § 33, og § 48. Foreldreansvaret gir også rett til å delta i avgjørelser som går utenfor dagliglivet, jf. bl. § 37, blant annet alvorlige medisinske spørsmål, spørsmål knyttet til skole og utdanning, reiser til utlandet samt rett til å få opplysninger eksempelvis fra skole og helsevesen. Foreldreansvaret sier imidlertid ingenting om rett til fast bosted eller samvær.

Med fast bosted menes det å ha barnet boende hos seg fysisk, det vil si hvor barnet som regel tilbringer mest tid, og har den folkeregisterte adressen sin.<sup>19</sup> Den som barnet bor fast hos, kan alene avgjøre spørsmål som ligger innenfor avgjørelser om dagliglivet, jf. bl. § 37, og treffe avgjørelser i personlige forhold, jf. bl. § 30. I dette ligger eksempelvis om barnet skal gå i barnehage, flytting innen landets grenser, fritidsaktiviteter og vanlige medisinske spørsmål.

Barn har rett til samvær med den forelderen den ikke bor fast med, jf. bl. § 42, jf. BK art. 9 nr. 3. Videre har den forelderen som ikke bor fast med barnet en slik gjensidig rett, jf. bl. § 43 første ledd, jf. EMK art. 8. Foreldrene har etter loven et gjensidig ansvar for at retten blir oppfylt, jf. bl. § 42 første ledd andre punktum. Loven legger følgelig stor vekt på at barnet skal ha kontakt med begge foreldrene. Dette bygger på en presumpsjon for at det er et gode for et barn å ha kontakt med begge foreldrene.<sup>20</sup> En kan se dette i sammenheng med det biologiske prinsipp, noe som står sentralt i barneretten. I dette ligger blant annet egenverdien i det å ha kjennskap og kontakt med sitt biologiske opphav.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Før var spørsmålet hvem som skulle ha den «daglig omsorg». Dette ble imidlertid endret i 1998. Endringen skyldtes at begrepet ga indikasjoner på at det var bare den foreldren som fikk den daglige omsorgen, som ytet omsorg. Samværsforeldren yter imidlertid også en faktisk omsorg, og begrepet ble ansett som uheldig jf. NOU 1998:17, s.83.

<sup>20</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.30

<sup>21</sup> NOU 2000:12, punkt 5.5. Liknende uttalelse gjentatt i St.meld.nr.40 (2001-2002), s.13

I utgangspunktet står foreldrene fritt til å avtale en ordning vedrørende spørsmålene som reises i foreldretvister, beskrevet innledningsvis i kapittel 2.1. Dette kjenner vi som full avtalefrihet, noe som reguleres av bl. § 34 vedrørende foreldreansvar, § 36 om fast bosted og § 43 om samvær. Bruk av avtalefrihet skjer i de fleste saker og regnes ofte som den beste løsningen for både foreldre og barn. Enighet og samarbeid mellom foreldrene vedrørende barnet etter et samlivsbrudd, er noe som vurderes som sentralt for å sikre barnets beste. Dette da konflikter mellom foreldre i stor grad påvirker barnet, en mulig belastning som kan få store konsekvenser. Eksempelvis kan barnet komme i en lojalitetskonflikt mellom sine foreldre, pådra seg psykiske helseproblemer og potensielt utvikle antisosial adferd.<sup>22</sup> Som følge av dette legger barneloven i stor grad opp til obligatorisk mekling dersom barnet er under 16 år før det kan reises sak om foreldretvistene, jf. § 51. Dette er for å sikre at enighet er prøvd før en går til sak.

Dersom enighet ikke blir oppnådd i en foreldretvist kan det reises sak for domstolen. Dette fremkommer av bl. §56, jf. § 34 andre ledd, § 36 andre ledd og § 43. Når det gjelder fast bosted er hovedregelen at det av retten blir bestemt fast bosted hos den ene forelderen. I noen særlige tilfeller kan retten imidlertid avgjøre at barnet skal bo fast hos begge foreldrene, jf. bl. § 36 andre ledd andre punktum. Det fremkommer av forarbeidene at dette er en snever unntaksregel, hvor visse minimusvilkår må være oppfylte.<sup>23</sup>

Ved avgjørelsene om foreldreansvar og samværsrett er det fratakelse og nektelse som må begrunnes. Dette bygger på presumpsjonen for at kontakt med begge foreldrene er til det beste for barnet. Når det gjelder foreldreansvaret ble dette blant annet fastlagt i Rt-2003-35. Saken omhandlet foreldreansvaret for en 9 år gammel autistisk jente. Forholdet mellom foreldrene var her særlig konfliktfylt, og retten uttalte at hovedregelen ved samlivsbrudd er felles foreldreansvar, med mindre særlige grunner tilsier at den ene bør ha foreldreansvaret alene. Vedrørende samvær heter det i bl. § 43 første ledd tredje punktum at dersom samvær ikke er til barnets beste må samvær nektes. Det fremkommer av forarbeidene at bestemmelsen kom inn for å presisere at det er en forutsetning for samværet at det er til det beste for barnet, jf. bl. § 48. Forhold som nevnes som mulige årsaker til å nekte samvær er blant annet annet psykisk eller fysisk vold, seksuelle overgrep eller det å være vitne til vold.<sup>24</sup> Dette er i stor

---

<sup>22</sup> Rød, Ekeland & Thuen 2008, s.555–562 og Nilsen, Skipstein & Gustavson 2012

<sup>23</sup> Ot.prp.nr.104 (2008-2009), s.72-73, og NOU 2008:9, kap 10.

<sup>24</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.54

grad i samsvar med BK art. 19 nr. 1. I Rt-2010-216 behandlet Høyesterett et spørsmål om bosted, foreldreansvar og samværsrett for en 7 år gammel jente. De la til grunn at det skal foreligge "ganske tungtveiende grunner" for å nekte samvær. Dette taler for at det er en svært høy terskel for å nekte samvær. I Prop. 85 L kommenterer imidlertid departementet at formuleringen «tungtveiende grunner» ikke skal forstås som en form for tilleggsvilkår i vurderingen om samvær. Det vises til at det avgjørende hensynet er barnets beste, hvor formuleringen «tungtveiende grunner» kan være egnet til å belyse hva som ligger i dette.<sup>25</sup>

Det er også mulig å idømme samvær med vilkår, blant annet tilsyn, jf. bl. § 43. Dette brukes ofte i saker hvor det ligger en mistanke om overgrep. I Rt-2010-216, beskrevet tidligere, fant retten det ikke nødvendig å gå inn på anførselen om risiko for overgrep. Dette da de la til grunn at samværsordning med trygghetsperson til stede, ville sikre barnet fullt ut mot en eventuell risiko for overgrep. Retten fastsatte i denne saken at far skulle ha samvær med tilsyn i seks timer per måned. Det kan stilles spørsmål om bruken av samvær med tilsyn i disse sakene. For et barn vil det å møte en forelder som har begått overgrep, selv under tilsyn, kunne oppleves som traumatiserende. På den andre side er samvær med tilsyn heller ikke noen fullgod erstatning for vanlig samvær. Det vil derfor være uheldig at det gis samvær med tilsyn dersom det ikke er begått overgrep, og ikke foreligger andre grunner som tilsier tilsyn. Dette er imidlertid problemstillinger som faller utenfor denne oppgaven, og vil følgelig ikke bli nærmere diskutert.

## **2.2 Hensynet til «Barnets beste»**

Ved alle avgjørelser rettet mot barn, skal hensynet til barnets beste stå sentralt. Dette kommer blant annet til uttrykk i Grl. § 104, BK. art. 3, bl. § 48, og bvl. § 4-1. Av Grunnloven fremkommer det at hensynet til barnets beste skal være «et grunnleggende hensyn» i alle «handlinger og avgjørelser som berører barn», jf. § 104. Dette samsvarer i stor grad med BK art. 3, hvor ordlyden er "the best interests of the child shall be a primary consideration." Som nevnt, i kapittel 1.3, må Grl. § 104 i stor grad ses i sammenheng med BK art. 3. Da ordlyden er sammenfallende vil praksis knyttet til BK art. 3 kunne gi bidrag ved fortolkningen av Grl. § 104.<sup>26</sup> Det fremkommer av Rt-2015-93, som nevnt i kapittel 1.3, «at ved avveiningen mot andre interesser skal hensynet til barnets beste ha stor vekt - det er ikke bare ett av flere

---

<sup>25</sup> Prop.85 L (2012-2013), s.42

<sup>26</sup> Dok.nr.16 (2011-2012), punkt 32.5.2 – 32.5.4

momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen.» Hensynet til barnets beste skal således stå sentralt i både avgjørelsens resultat og innhold, med andre ord den materielle vurderingen, men også i de prosessuelle reglene. Hensynet til barnets beste er dermed det overordnede vurderingstema i alle foreldretvister, jf. bl. § 48.<sup>27</sup>

Spørsmålet blir videre hva som ligger i begrepet «barnets beste». Ordlyden tyder på en skjønnsmessig vurdering. Hva som er «best» er knyttet til «barnets», med andre ord skal det tas en individuell vurdering knyttet til det aktuelle barnet. Den konkrete vurderingen av hva som er barnets beste i en sak gjenspeiler ikke nødvendigvis en generell oppfatning av hva som er barnets beste. Dette fremkommer også av forarbeidene hvor vurderingen omtales som en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering. Forarbeidene sier videre at hva en regner som barnets beste vil være en relativ og dynamisk vurdering.<sup>28</sup> Det er dermed ikke mulig å gi en uttømmende opplisting av de ulike momentene som vil være gjeldende for barnets beste. I rettspraksis og forarbeidene er det imidlertid opplistet ulike parametre som vil være relevante i vurderingen om hva som er til barnets beste.<sup>29</sup>

Selv om barnets beste er et generelt og overordnet vurderingstema i alle foreldretvister, kan vurderingstemaet bli forskjellig i de ulike sakene. Dette fremkommer blant annet av Rt-2000-1460. Saken omhandlet spørsmål om foreldreansvar etter at mor døde. Foreldrene var ugifte og hadde ikke avtalt felles foreldreansvar. Retten uttaler i denne saken at vurderingen om hva som er til barnets beste, i en sak om foreldreansvar etter dødsfall, kan skille seg fra en vurdering av hva som er til barnets beste etter samlivsbrudd. Dette bygger på at det vil være forskjellige avveininger og hensyn, som kommer inn i vurderingen om hva som er til det beste for barnet, i de ulike foreldretvistene. I spørsmålet om fast bosted er det en avveining mellom foreldrene med tanke på hvilket bosted som er best for barnet, mens i samværsspørsmålet er hensynet til kontakt mellom barnet og forelderen det avgjørende i vurderingen. Dette gjør at vurderingen om «barnets beste» ikke vil være lik i alle foreldretvister.

---

<sup>27</sup> Fremkommer også av langvarig praksis, blant annet i HR-1991-11-K, Rt-1994-940, Rt-2001-47 og Rt-2003-754

<sup>28</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.49

<sup>29</sup> Kvalø & Kôhler-Olsen 2016, s.28-29, Bendiksen & Haugli 2015, s.32-34

I spørsmålet om fast bosted fremkommer det av rettspraksis at tilknytning,<sup>30</sup> faktisk omsorg,<sup>31</sup> risikoen ved miljøskifte og status quo prinsippet,<sup>32</sup> best mulig kontakt med begge foreldrene,<sup>33</sup> foreldrenes personlige egenskaper,<sup>34</sup> samlet søskenflokk<sup>35</sup> og overgrepssfare<sup>36</sup> er noen av momentene i den konkrete helhetsvurderingen om hva som er til barnets beste. Barnets egen mening, som er lovfestet, jf. bl. § 31, jf. BK art. 12, er også sentral i vurderingen. Barnets alder og modenhet vil imidlertid påvirke momentets vekt.<sup>37</sup>

I tvister om foreldreansvaret, som nevnt i kapittel 2.1, er hovedregelen at det ved samlivsbrudd bør være felles foreldreansvar. Dette med mindre særlige grunner tilsier at den ene bør ha foreldreansvaret alene, jf. Rt-2003-35.<sup>38</sup> Det vil si at vurderingen om barnets beste er knyttet til om det foreligger noen særlige grunner som taler mot delt foreldreansvar. I denne vurderingen, om hva som er til barnets beste, knytter momentene seg ofte til om forelderen er uegnet. I begrepet uegnet vil en i denne sammenheng forstå negative personlige egenskaper eksempelvis knyttet til psykisk sykdom, rusproblematikk og/eller overgrepsadferd.<sup>39</sup> Utover dette ser en også på om felles foreldreansvar har en utpreget negativ effekt på utøvelsen av omsorgen til barnet, eventuelt om det foreligger sterke reaksjoner og motvilje fra barnets side.<sup>40</sup>

---

<sup>30</sup> I Rt-1985-179 var barnet nærmest knyttet til mor, mens i Rt-1993-1165 hadde sønnen et sterkere tilkynningsforhold til far.

<sup>31</sup> I Rt-1984-268 var det moren som hele tiden hadde hatt vesentlige av den direkte omsorg for barna og fikk dermed fast bosted, motsatt i Rt-1986-997.

<sup>32</sup> I Rt-1983-251 ble det lagt avgjørende vekt på risikoen for barna ved miljøskifte fra Pakistan til Norge. I Rt-1985-467 uttalte retten at «når foreldrene står så likt, kommer hensynet til ikke å forrykke de bestående forhold inn med full tyngde». I Rt-1993-998, Rt-1996-420, Rt-1996-950 og Rt-1997-797 var også prinsippet sentralt. Innebærer det imidlertid fordeler å flytte vil dette forsvare et brudd på momentet, slik som i Rt-2007-376

<sup>33</sup> I Rt-1982-116 ble barnet flyttet fra far til mor fordi han kunne bebreides for at samvær med mor ikke hadde kunnet finne sted. I Rt-1991-1148 ble momentet trukket langt, da barnet ble flyttet fra mor til far på grunn av mors holdning til far, selv om barnet ikke kjente far lenger. I Rt-1983-266, Rt-1989-176, Rt-1997-43 og Rt-2005-682 fremkommer også hensynet.

<sup>34</sup> I Rt-1989-176 ble personlige egenskaper knyttet opp mot evnen og vilje til å samarbeide om samvær. I Rt-1993-707 viste retten til sakkyndige uttalelser om at mors omsorgsevne var begrenset

<sup>35</sup> I Rt-1983-266 stod hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt for alle barna sentralt. I Rt-1990-198 ble det lagt vekt på at barnet ville bo med en halvbror.

<sup>36</sup> I Rt-1989-320 ble det vektlagt at det forelå en risiko for overgrep

<sup>37</sup> I Rt-1990-669 ble det lagt til grunn at datteren hadde et fast og alvorlig ønske om å få bo med sin mor, dette var også tilfellet i Rt-2007-376 hvor retten kom her til at barnas ønsker måtte respekteres, og fastsatte at de skulle flytte til mor.

<sup>38</sup> Se kapittel 2.1

<sup>39</sup> Ot.prp.nr.56 (1996-1997), s.43, fremkommer også i Rt-2003-35

<sup>40</sup> I Rt-2003-35 ble det vektlagt at det forelå et høyt og fastlåst konfliktnivå mellom partene, dette ble også avgjørende i Rt-2010-216. I Rt-2011-1572 baserte retten sin avgjørelse på forelderens vanskeligheter med å samarbeide og barnas sårbare omsorgssituasjon

I samværsspørsmålet kan det både være spørsmål om omfang, eller om samvær skal nektes i sin helhet. I begge tilfeller vil barnets beste, jf. bl. § 48, jf. § 43 første ledd tredje punktum, være det overordnede hensynet. Når det gjelder spørsmålet om omfang av samvær, er det lovfestet noen momenter som vil være sentrale i vurderingen, jf. § 43 andre ledd tredje punktum: «Hensynet til best mulig samla foreldrekontakt, hvor gammelt barnet er, barnets tilknytning til nærmiljøet, og reiseavstanden mellom foreldrene». Momentene er imidlertid ikke uttømmende. Dette fremkommer av ordlyden «blant annet legges vekt på». Andre sentrale hensyn er barnets mening, jf. bl. § 31, jf. BK art.12,<sup>41</sup> samt om det foreligger en langvarig mangel på kontakt mellom barna og samværsforelderens.<sup>42</sup> I tillegg vil en i vurderingen se på eventuelle negative forhold ved samværsforelderens karaktertrekk. I dette ligger eksempelvis rusproblematikk, boligmangel eller soning av fengselsstraff.<sup>43</sup>

Vedrørende spørsmålet om sterk begrensning eller samværsnekt vektlegges særlig momentet overgrepfare. I dette ligger risiko for psykisk og fysisk vold, seksuelle overgrep, og eventuelt det å være vitne til vold, jf. bl. § 48 andre ledd.<sup>44</sup> Andre viktige momenter vil være personlige egenskaper<sup>45</sup> og eventuelt fare for kidnapping.<sup>46</sup>

Videre fremkommer det av ordlyden «først og fremst», jf. bl. § 48 første ledd, at også andre hensyn kan komme inn i vurderingen. Eksempel på dette vil være hensynet til søsken og foreldre.<sup>47</sup> Det fremkommer imidlertid klart av ordlyden at hovedhensynet vil være barnets beste.

Oppsummert kan vi si at vurderingen av barnets beste er skjønnsmessig og konkret. Det må gjøres en helhetsvurdering hvor flere momenter er veiledende. I det endelige resultatet ligger det en vurdering om hva som vil utgjøre barnets beste nå og i fremtiden. Totalvurderingen på dette grunnlag vil derfor være kompleks. Det er imidlertid klart, at en avgjørelse som setter

---

<sup>41</sup> I Rt-1987-456 var barna særlig tilbakeholdne til samvær, i Rt-2007-967 ønsket barnet samvær

<sup>42</sup> I Rt-1994-1394 ble det vektlagt at barna ikke hadde hatt kontakt med far på fem år når retten valgte å fastsette et begrenset samvær, fremkommer også av Ot.prp.nr.103 (2004-2005), pkt. 3.7

<sup>43</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), pkt. 3.7. I Rt-1986-82 vektla retten farens uheldige og plagsomme opptreden overfor moren, og i Rt-1994-1394 vektla retten at far vært voldelig overfor tidligere ektefelle

<sup>44</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.54. I Rt-1994-1394 ble far sitt samvær begrenset på grunnlag av sin vold mot mor som barna hadde vært vitne til. I Rt-1996-398 fikk far begrenset samvær på grunnlag av barnas misoppfatning på grunnlag av mors beskyldninger om vold ol.

<sup>45</sup> I Rt-1971-204 ble samvær nektet på grunn av farens mentale ubalanse med voldsomme raserianfall,

<sup>46</sup> I Rt-1983-897 ble samvær nektet fra retten mente det var en fare for at far ville misbruke samværesretten ved å ta med sønnen til hjemlandet.

<sup>47</sup> I Rt-1985-179 ble det ansett som større tap for mor enn far å ikke få omsorgen, og i Rt-1989-176 ble det lagt vekt på andre sider av forelderens forhold

barnet i fare for overgrep, ikke vil være til barnets beste. På dette grunnlaget vil spørsmålet om det foreligger fare for overgrep være sentralt i alle foreldretvister.

# 3 Statens menneskerettighetsforpliktelser

## 3.1 Statens plikt til å sikre barn mot overgrep

Staten har en plikt til å verne barn mot overgrep, jf. BK art. 19 nr 1. Dette skal gjøres gjennom «alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak». Det vil si at det foreligger en vid plikt for staten til å sikre barn mot overgrep. Artikkel 19 er også tolket slik at den gir en tilsvarende rett for barn til å ikke bli utsatt for overgrep.<sup>48</sup> BK art. 34 gir også staten en plikt til å beskytte barn mot alle former for seksuelt misbruk. Det kan stilles spørsmål om forholdet mellom disse artiklene. Ordlyden i art. 34 kan imidlertid forstås slik at den dreier seg om seksuell utnyttelse av barn i virksomhet, jf. bokstav a til c, «ulovlig seksuell virksomhet, prostitusjon og pornografi». Art. 19 er rettet mot seksuelt misbruk under omsorg.

Videre er det et spørsmål om en slik plikt til å beskytte barn mot overgrep også kan innfortolkes i EMK art. 3 og SP art. 7 «forbudet mot tortur, og umenneskelig og nedverdiggende behandling», samt EMK art. 8 og SP art. 17 retten til «privatliv». Det fremgår av EMD sin praksis at vernet i EMK art. 3 også setter krav til statenes positive forpliktelser og har et vidt anvendelsesområde. I E mfl. v Storbritannia 2002 fant EMD at det forelå brudd på art. 3 på bakgrunn av myndighetenes passivitet. Her hadde ikke sosialmyndighetene grepet inn med tiltak, selv om det forelå omstendigheter som tydet på at det forelå nye overgrep fra mors tidligere samboer mot barna. Vedrørende retten til privatliv, jf. EMK art. 8, jf. SP art. 17, er det klart at en hovedkjerne i bestemmelsen er respekt for den fysiske integritet. Det fremkommer klart av EMD sin praksis at også her har staten en positiv forpliktelse. I X og Y v Nederland 1985 kom EMD til at staten var ansvarlig for å ikke å ha oppfylt sin positive sikreplikt. Her hadde klageren, en mentalt funksjonshemmet kvinne, blitt utsatt for seksuelt misbruk av en privatperson. Klageren hadde imidlertid ikke et nasjonalt strafferettslig vern da det forelå mangler i påtalereglene. På dette grunnlag fant EMD at det forelå krenkelse av

---

<sup>48</sup> Fremkommer blant annet av Barnekomiteen 2006, og i juridisk teori, blant annet Høstmælingen, Kjørholt & Sandberg 2008, s.254-257.



EMK art. 8. Følgelig kan statens plikt til å sikre barn mot overgrep også leses inn i disse bestemmelsene.

Staten har dermed en sikreplikt som er sterkt forankret gjennom menneskerettighetene. På dette grunnlaget er det klart at staten har en plikt til å sikre at domstolen tar stilling til om det foreligger overgrep i foreldretvister. Dersom fare for overgrep foreligger må dette legges til grunn. Dersom en unnlater å vurdere overgrep, vil dette krenke barns grunnleggende rettighet om vern mot overgrep.<sup>49</sup> Sikreplikten taler også for at et for høyt beviskrav vil kunne føre til krenkelse. Dette da et høyt beviskrav kan føre til at barn ikke har et tilstrekkelig vern mot overgrep i foreldretvister. At foreldretvister er indispositive saker kan ses i sammenheng med dette, jf. Tvisteloven av 17 juni. 2005 (tv1.) § 11-4. Det vil si at selv om det er foreldrene som bringer saken inn for retten, vil deres råderett være begrenset. Følgelig er ikke domstolen bundet av partenes prosesshandlinger lenger enn dette er forenelig med de offentlige hensyn, og har et selvstendig ansvar til å sikre at saken blir godt nok opplyst, jf. tv1. § 21-3(2). Dette bygger på at det offentlige har en selvstendig plikt til å beskytte og ivareta rettighetene til barnet, og således sikre barn mot overgrep.

### **3.2 Barn og foreldres rett til «familieliv»**

Både barn og foreldre har en rett til respekt for «familieliv», jf. EMK art. 8 og SP art. 17. Retten til fred for sin familie er en kjerne i bestemmelsen, men staten har også en positiv forpliktelse til å beskytte familielivet.<sup>50</sup> Retten til familieliv ser vi også omtalt i BK art. 9 hvor det fremkommer at barn skal vokse opp med sine foreldre samt en rettighet til kontakt med begge. Det er følgelig en grunnleggende rett at barnet får vokse opp hos foreldrene. Dette bygger i stor grad på det biologiske prinsipp, noe som står sentralt i barneretten.

I foreldretvister der det feilaktig legges til grunn påstand om overgrep kan dette føre til avskjæring av retten til familieliv både for barnet og forelderen. Dette realiserer seg særlig i saker hvor det er spørsmål om å nekte samvær på grunnlag av mistanke om seksuelle overgrep. En slik avgjørelse vil være et inngrep som må være hjemlet i lov, være nødvendig i et demokratisk samfunn og forholdsmessig, jf. EMK art. 8 nr. 2. Hensynet til barnet vil her stå sentralt. Retten til familieliv må følgelig balanseres mot barnets rett til å ikke bli utsatt for

---

<sup>49</sup> Strandbakken argumenterer for dette i Strandbakken 2008, s.4

<sup>50</sup> Fremkommer blant annet av Airey v Ireland 1979 og Johnston mfl. v Ireland 1986

overgrep. Inngrep i retten til familieliv kan dermed forsvares på bakgrunn av hensynet til barnet. Det fremkommer av EMD sin praksis at hensynet til barnet må gå foran forelderens rettigheter.<sup>51</sup> Dette er viktige hensyn med tanke på hvilket beviskrav det er i foreldretvister. Dersom det stilles et for lavt beviskrav kan dette føre til en uforholdsmessig krenkelse av barn og foreldres rett til familieliv.

### 3.3 Forelderes rett til “privatliv”

Hensynet til den mistenkte forelderen er et annet hensyn som kommer inn i vurderingen vedrørende om det foreligger seksuelle overgrep i foreldretvister. Etter EMK art. 8 har en rett til respekt for «privatliv». Som nevnt, i kapittel 3.1, vil en kjerne i dette være respekten for fysisk integritet. EMD har imidlertid innfortolket andre rettigheter i art. 8. I *Sanchez Cardenas v Norge 2007* var det et spørsmål om domstolene kan krenke EMK art. 8 ved å komme med belastende uttalelser i dommen. I saken hadde lagmannsretten, i en sak vedrørende samvær, uttalt at det forelå en mistanke om seksuelle overgrep. De valgte å ikke gå nærmere inn på dette forhold, da samvær ble nektet på annet grunnlag. EMD fant her at en slik uttalelse berørte en av de mest intime deler av klagers privatliv, og var derfor innenfor virkeområdet til art. 8. Det er følgelig et inngrep som må være hjemlet i lov, være nødvendig i et demokratisk samfunn og forholdsmessig, jf. EMK art. 8 nr. 2. I saken fant EMD at det forelå en krenkelse av art. 8. Dette da det var et uforholdsmessig inngrep. Det avgjørende var at det var unødvendig av retten å uttrykke sin mistanke når de ikke vurderte dette.<sup>52</sup> Dette taler for, at det i saker hvor det foreligger en mistanke om overgrep, må dette særskilt tas stilling til av domstolene. Det vil ikke være et forhold som kun kan nevnes som et obiter dictum. Uttalelser om overgrep må kunne anses som så belastende at de må dermed vurderes som et inngrep. Følgelig vil det være brudd på menneskerettighetene dersom vilkårene for inngrep ikke er oppfylt.<sup>53</sup>

Videre vil problemstillingen som nevnt ovenfor, med eventuelt brudd på EMK art.8, være aktuell i saker hvor Høyesterett gir samvær med tilsyn uten å ta stilling til risiko for overgrep. I disse sakene, der de gir samvær med tilsyn, legges det til grunn at behovet for å sikre barnet mot overgrep dekkes av en slik løsning. En slik fremgangsmåte blir ofte brukt i rettspraksis,

---

<sup>51</sup> *Süss [I] v Tyskland 2005*, avsn. 88 med henvisninger til tidligere dommer.

<sup>52</sup> *Backer 2008*, s.390

<sup>53</sup> *Søvig 2007*, s.322

blant annet i Rt-2010-216.<sup>54</sup> At retten ikke særskilt tar stilling til om det foreligger fare for overgrep, taler for at dette vil være en krenkelse av menneskerettighetene. Dette på grunnlag av EMD sine uttalelser i Sanchez Cardenas-saken. Retten forutsetter, med uttalelser slik som «samværsordning med trygghetsperson til stede vil sikre barnet fullt ut mot en eventuell risiko for overgrep», at det er en viss mistanke om overgrep. Følgelig legges det til grunn en mistanke uten å særskilt ta stilling om mistanken er bevist. Samværsordning med trygghetsperson ville ikke vært nødvendig dersom ikke retten forutsetter en viss risiko. På dette grunnlag er det diskutabelt om en slik praksis ville blitt akseptert av EMD.

---

<sup>54</sup> som nevnt ovenfor i kapittel 2.1, men også for eksempel i Rt-1998-562, LG-2013-119586, LB-2011-197952, LB-2009-112435 og LF-2011-41164

# 4 Beviskravet i foreldretvister

## 4.1 Bevis

Bevis har en sentral rolle i rettssaker. Dette på bakgrunn av at retten tar stilling til hvilket faktum som skal legges til grunn for sin avgjørelse gjennom en vurdering av bevisene som er ført. Det er store forskjeller knyttet til hvilke bevis som blir ført, mengden av bevis som finnes i de ulike sakene og klarheten de bringer i saken.

I foreldretvister er det stor grad av variasjon av hvilke bevis som foreligger og mengden av disse. Sakkyndige vurderinger er et bevis som i mange foreldretvister har en vesentlig rolle. Andre relevante bevis vil eksempelvis være vitneforklaringer, partsforklaringer og dokumentbevis. Dommeren står fritt i sin bevisbedømmelse, jf. tvl. § 21-2(1). Det vil si at dommeren må vurdere bevisverdien til de enkelte bevis i hver sak.

Bevisituasjonen er vanskelig i foreldretvister, og kan være utfordrende å håndtere for domstolen. Seksuelle overgrep mot barn er særlig vanskelig å bevise. I mange tilfeller foreligger ikke vitner eller fysiske tegn, noe en gjerne finner i overgrep med komponenter av vold. Videre er det vanskelig å tolke de bevisene som foreligger, samt bedømme betydningen og vekten av disse. En av årsaken til dette vil være at oppførsel og utsagn fra barn, noe som spiller en vesentlig rolle i spørsmål om overgrep, kan ha mange ulike betydninger og årsaker.<sup>55</sup> Blant annet er «ikke aldersadekvat seksualisert adferd» brukt som en viktig indikator for å vurdere om det foreligger overgrep. Fravær av denne typen adferd er imidlertid ikke ensbetydende med at det ikke foreligger overgrep.<sup>56</sup> Videre kan ulike situasjoner, eksempelvis som at barnet dusjer eller sover i samme seng med far, anses som både normalt og som underbyggende til mistanke om overgrep.<sup>57</sup> I tillegg er sakkyndiges vurderinger av disse bevisene, som domstolen betydelig lener sine avgjørelser på, i stor grad basert på skjønn og på ingen måte nøyaktig vitenskap. Ulike sakkyndige kan således vurdere og konkludere forskjellig i samme sak. Dette da psykologifaget bygger på ulike teorier og den enkelte fagpersonens vurderinger.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Bendiksen & Haugli 2015, s.131

<sup>56</sup> Kvello 2010, s.318-319

<sup>57</sup> Bendiksen & Haugli 2015, s.131

<sup>58</sup> Bernt 2014, s.210

## 4.2 Beviskrav

Med beviskrav menes hvilke krav det er til bevisene for at et faktum kan legges til grunn i saken. Det vil si hvor sterkt noe må bevises før det er tilstrekkelig bevist, samt hvor stor usikkerhet en kan akseptere. Beviskravet er et vilkår, som sier noe om hvilken terskel en har for å kunne legge et faktum til grunn. Kravet er knyttet til hele bevisbildet, det vil si at kravet gjelder bevisresultatet som helhet og ikke er knyttet til hvert enkelt bevismiddel. Beviskravet varierer i de ulike sakstypene.<sup>59</sup>

## 4.3 Beviskravet i sivile saker

Hovedreglen i norsk sivilrett er at beviskravet er et krav om sannsynlighetsovervekt, også kalt «overvektprinsippet». Det vil si at det er et krav om overvekt, over 50% for å oppfylle kravet. Overvektprinsippet ble i norsk teori først gjort gjeldende av Torstein Eckhoff, og slo gjennom i praksis i Rt-1992-64 P-pilleddom II. Høyesterett uttalte her at «det må være mer sannsynlig at bruken av p-piller har vært en nødvendig årsak til trombosen enn at den ikke har vært det». Overvektprinsippet har videre fått alminnelig tilslutning i Norge, og er lagt til grunn i omfattende rettspraksis samt i forarbeidene til tvisteloven.<sup>60</sup>

Beviskravet i sivile saker bygger på at partene i slike saker er likestilte. Det vil si at det ikke foreligger det samme hensynet bak som det gjør ved straffesaker, ved at den ene parten er mer skadelidende ved uriktig dom. Det vil alltid i sivile saker gå utover den annen part at den andre vinner. På dette grunnlag er beviskravet i sivile saker begrunnet med at overvektsprinsippet vil føre til flest materielt riktige dommer.<sup>61</sup> Dette er et grunnleggende mål i sivilprosessen. I nyere juridisk teori har riktigheten av begrunnelsen blitt problematisert, blant annet av Strandberg. Strandberg viser spesielt til to forhold. For det første at argumentet vedrørende flest materielt riktige dommer er vanskelig å underbygge, og dernest at argumentet om at feil dom er like ille uansett hvem den rammer, ikke har bred nok relevans.<sup>62</sup> Overvektprinsippet har imidlertid fortsatt tung støtte i rettskildene, da særlig i høyesterettspraksis, og regnes følgelig som gjeldende rett. Problematiseringen kan, ifølge

---

<sup>59</sup> Strandberg 2016

<sup>60</sup> Skoghøy 2001, s.675, NOU 2001:32 A, s.458-460

<sup>61</sup> Skoghøy 2001, s.675, Hov 2017, s.249-254, Backer 2015, s.307-309

<sup>62</sup> Strandberg 2012, s.461-514

Strandberg, imidlertid gi betydning vedrørende når en skal vurdere om det foreligger unntak fra hovedreglen om sannsynlighetsovervekt.<sup>63</sup>

Bevisvurderingen er ofte lite eksakt, den beror mye på skjønn og helhetsvurderinger. Unntaket er blant annet erstatningssaker hvor en må vurdere statistiske data ved årsakskrav og tapsberegninger. På bakgrunn av at bevisvurderingen beror på skjønn er det vanskelig å operere med eksakte sannsynlighetsgrader, og tallfesting vil være bortimot umulig. Spørsmålet er således hvordan en skal operere med kriteriet sannsynlighetsovervekt. Dersom det er sikkert at noe er tilfelle finnes det bare ett mulig alternativ. Eksempelvis at «Per døde av skuddet i hjertet». Her vil sannsynlighetsgraden være 100%. Dette er imidlertid sjelden tilfelle i saker som kommer inn for retten. Retten må derfor ta stilling til hvilken grad av sannsynlighet som foreligger.<sup>64</sup>

Skoghøy har oppstilt fem grader av sannsynlighet: mulig, sannsynlig, godtgjort, åpenbart og sikkerhet.<sup>65</sup> Strandberg opererer med seks grader av sannsynlighet: mulig, sannsynlighetsovervekt, godtgjort, klar overvekt, åpenbart og sikkert.<sup>66</sup> Dette viser at det er ulike måter å dele inn graden av sannsynlighet på. Inndelingen til Skoghøy og Strandberg samsvarer imidlertid i stor grad. Skalen går fra 0 til 100 % sannsynlig. En regner det som «mulig» dersom det er under 50%, «sannsynlighetsovervekt» ved over 50 %. Videre differensierer en mellom «godtgjort», «klar overvekt», «åpenbart» i intervallet fra 51 til 99 %. 100 % regnes følgelig som «sikkert».

Hovedregelen for bevisskravet i sivile saker er som nevnt at det må foreligge over 50% sannsynlighet, med andre ord sannsynlighetsovervekt. Det er imidlertid mange unntak fra dette prinsippet. I noen tilfeller stilles det sannsynlighetskrav som ligger høyere, eksempelvis i intervallet «godtgjort» til «sikker», mens det i andre saker kan stilles krav under 50 %. Dette kan både bygge på lovgivning og rettspraksis.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Strandberg 2016

<sup>64</sup> Skoghøy 2001, s.673 – 675

<sup>65</sup> Skoghøy 2001, s.673 - 675

<sup>66</sup> Strandberg 2016

<sup>67</sup> Skoghøy 2001 s.681-689, Hov 2017 s.249-252 og Backer 2015, s.307-309

## 4.4 Barneloven

Foreldretvister er sivile tvister hvor foreldrene står mot hverandre. Utgangspunktet for beviskravet i slike saker er sannsynlighetsovervekt. Med andre ord må det være en sannsynlighetsovervekt for å legge et faktum til grunn. Spørsmålet er imidlertid om det foreligger et annet beviskrav i disse sakene, særlig i saker der det foreligger spørsmål om det er fare for overgrep.

Barneloven har ingen bestemmelse som sier noe direkte om beviskrav. Det overordnede vurderingstema i alle foreldretvister er imidlertid hensynet til barnet beste, jf. bl. § 48, jf. GrL § 104, jf. BK art. 3. Dette gjelder avgjørelsens resultat, innhold samt saksbehandlingsregler. Da hensynet til barnets beste skal være det avgjørende i alle saker, kan dette tale for at det ikke foreligger et krav om sannsynlighetsovervekt i saker der dette ikke er til barnets beste. I saker hvor det foreligger en mistanke om overgrep, kan hensynet til barnets beste tale for at beviskravet må senkes, dette for å beskytte barnet. Som omtalt, i kapittel 3.1, har staten en plikt til å beskytte barn mot overgrep, jf. BK art. 19, jf. EMK art. 3 og art. 8. Et for høyt beviskrav vil i så måte kunne være en krenkelse av menneskerettighetene. Dette fordi det kan føre til at barnet ikke får en effektiv beskyttelse mot overgrep.

Det støttes av både forarbeidene og rettspraksis, at hensynet til barnets beste etter bl. § 48, har betydning for beviskravet i foreldretvister. Således kan det i visse tilfeller ikke kreves sannsynlighetsovervekt for å legge faktum til grunn.<sup>68</sup> Dette er lagt til grunn i Rt-1989-320. Saken omhandlet spørsmål om fast bosted og samvær for to jenter på 12 og 11 år. Her uttalte retten «at påtalemyndighetene bygget på at det ikke forelå tilstrekkelig bevis i en straffesak, er ikke avgjørende i denne sak. Spesielt i en sak om omsorg for mindreårige barn, kan det hevdes at det overhodet ikke kan tas noen risiko». I saken ble det avgjort at barna skulle bo fast hos moren. Beviskravet blir her formulert som at det «overhodet ikke kan tas noen risiko». Dette taler for at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt, med andre ord et lavt beviskrav.

Ved en lovendring i 2006 kom § 48 andre ledd inn i barneloven. Her blir det fastlagt at «ved avgjørelser skal det tas hensyn til at barnet ikke må bli utsatt for vold, eller på annen måte bli behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare.» Dette taler for at i saker hvor det foreligger en fare for overgrep, er det særlig grunn til å senke

---

<sup>68</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.25-26

beviskravet. Dette bekreftes av forarbeidene. Videre fremkommer det av forarbeidene at andre ledd ble lovfestet for å styrke første ledd. Dette for å sikre at påstander om vold og overgrep blir gitt nok oppmerksomhet og tas tilstrekkelig på alvor.<sup>69</sup>

Det argumenteres i forarbeidene for at selv om retten skulle vektlegge hva som er til barnets beste og således senke beviskravet, var tendensen at domstolene la et for høyt beviskrav til grunn.<sup>70</sup> Dette bygger blant annet på Rt-1995-1152 og Rt-2001-937. Begge dommene omhandlet midlertidig avgjørelse om samvær. I Rt-1995-1152 uttalte retten at «Avgjørelsen må under enhver omstendighet bero på et konkret skjønn, der man på den ene side må ta hensyn til datterens rett til samvær med begge sine foreldre, og på den annen side til at hun ikke bør utsettes for noen urimelig risiko». I Rt-2001-937 ble det uttalt «Kjæremålsutvalet forstår grunngevinga hos lagmannsretten slik at det ikkje ligg føre nokon konkret risiko mot barna for seksuelle overgrep. Utvalet finn at lagmannsretten ikkje her har tolka lova feil.» Det er her formuleringene «urimelig risiko» og «konkret risiko» som etter forarbeidene ga antydninger på utvikling mot en større grad av sannsynlighet. Dette i motsetning til uttalelsen «at det overhodet ikke kan tas noen risiko» som fremgikk av Rt-1989-320.<sup>71</sup>

Det må være klart at de følgende tre uttalelsene gir signaler om forskjellige risiki som kan aksepteres: Uttalelsen «ikke kan tas noen risiko» gir et signal om at ingen risiko aksepteres, uttalelsen «urimelig risiko» og «konkret risiko» taler imidlertid for at en viss risiko aksepteres. Disse termene blir imidlertid forstått ulikt i juridisk teori. Oppedal argumenterer blant annet for at uttalelsen «urimelig risiko» gir en føring på at barnet kan utsettes for en rimelig risiko, da følgelig et for høyt beviskrav. Dette sett i sammenheng med uttalelsen om at det «ikke kan tas noen risiko».<sup>72</sup> Backer derimot legger til grunn at uttalelsen «urimelig risiko», i Rt-1995-1152, må anses som retningsgivende i slike saker.<sup>73</sup> Det kan stilles spørsmål vedrørende hvorvidt de ulike uttalelsene gir uttrykk for sprikende syn hva gjelder vurdering av akseptabel risiko. Videre kan det også stilles spørsmål om retten bevisst stiller opp forskjellige beviskrav med de ulike uttalelsene. Det er derimot klart at bl. § 48 andre ledd

---

<sup>69</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.27-29

<sup>70</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.26-27

<sup>71</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.27

<sup>72</sup> Oppedal 2008, s.13-14

<sup>73</sup> Backer 2008, s.529



ble lovfestet for å tydeliggjøre at beviskravet skal senkes i saker hvor det er spørsmål om overgrep.<sup>74</sup>

Lovgiver har følgelig gitt klare signaler om at det ikke er et krav om sannsynlighetsovervekt i disse sakene. Kravet om at det «ikke kan tas noen risiko» taler for et meget lavt beviskrav. I henhold til Strandberg sin kategorisering av sannsynlighet vil en eventuell mulighet for overgrep være tilstrekkelig for å legge det til grunn i en sak. Med andre ord taler en her om et beviskrav under 50%.<sup>75</sup>

I forarbeidene fremkommer det krav til eventuelle påstander om overgrep med tanke på hvorvidt disse kan vektlegges. I dette ligger det visse krav til å underbygge påstanden for at den kan bli inkludert i den totale risikovurderingen.<sup>76</sup> Imidlertid må det være klart at lovgiver legger føringer på et lavt beviskrav i disse sakene. Dette bygger på hensynet til barnet. Konsekvensen av at barnet potensielt blir fast boende, eventuelt har samvær med, sin overgriper, ses på som mer alvorlig enn at en overgrepsmistanke feilaktig rettes mot en forelder med de følger dette får for bosted og samvær.<sup>77</sup> Beviskravet i foreldretvister må på dette grunnlaget ses i sammenheng med begrunnelsen bak beviskravet. Begrunnelsen for beviskravet i sivile saker er at partene er likestilte, og har kontrære interesser. På dette grunnlag bygger en, som nevnt i kapittel 4.3, på at sannsynlighetsovervekt vil føre til flest materielt riktige dommer.<sup>78</sup> Disse begrunnelsene er derimot ikke gjeldende i foreldretvister. For det første vil et feilaktig resultat i den ene retningen anses som mer skadelig enn et feilaktig resultat i den andre retning. For det andre er det klart at det ikke foreligger et likestilt forhold mellom barnet som er involvert og de voksne. Dette da barn er mer sårbare enn voksne, blant annet grunnet deres avhengighet av voksne for å ivareta egne interesser. På dette grunnlag vil ikke hensynet til begrunnelsen for sannsynlighetsovervekt være gjeldende i foreldretvister hvor det er en fare for overgrep.

Lovgiver legger følgelig opp til en sterk beskyttelse av barnet, noe som potensielt kan gå på bekostning av foreldrenes rettssikkerhet. En kan videre diskutere rettssikkerheten til den mistenkte forelder, da lovgiver gir føringer på et lavt beviskrav. Dette er svært annerledes sammenlignet med andre sivile saker hvor det foreligger en sak med et belastende forhold. I

---

<sup>74</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.26-27

<sup>75</sup> Som redegjort for i kapittel 4.3

<sup>76</sup> Or.prp.nr.103 (2004-2005), s.57

<sup>77</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.30

<sup>78</sup> Skoghøy 2001, s.675

disse sakene stilles det et høyere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt. Da er hensynet rettsikkerheten, til den part som anklages for det belastende faktum, sentralt. Konsekvensene av en materielt uriktig dom mot parten som blir anklaget for et belastende faktum blir ansett som betydelig verre enn konsekvensene for den andre parten. Det fremkommer klart av rettspraksis at i slike tilfeller vil det noen ganger være grunnlag for å legge et høyere beviskrav til grunn. Dette blant annet i Rt-1995-1641 og Rt-2007-1851. I Rt-1995-1641, som omhandlet et forsettlig fremkalt forsikringstilfelle, legges det til grunn at det kreves en «klar sannsynlighetsovervekt». I et annet eksempel, Rt-2007-1851 som omhandlet tilbakekalling av legeautorisasjon i spørsmål om overgrep, ble det krevd «kvalifisert sannsynlighetsovervekt».

Om en i en rettsavgjørelse legger til grunn overgrep på egne barn må det anses som et svært belastende forhold. Basert på overnevnte rettspraksis kan dette tale for, at det ved mistanke om seksuelle overgrep i foreldretvister, bør anvendes et strengere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt. I foreldretvister hvor det er spørsmål om seksuelle overgrep, er de samme hensynene imidlertid ikke i fokus. Dette da hensynet til barnet som en tredjepart er det sentrale hensynet. I sivile saker med et belastende forhold er det som regel ikke en slik tredjepart som må beskyttes. I saken vedrørende legeautorisasjon, Rt-2007-1851, ligger imidlertid også hensynet til beskyttelse av pasienter som risikerer å bli utsatt for en lege hvor det er en fare for overgrep. Dette kan sammenlignes med hensynet til barnet i foreldretvister. Det kan da stilles spørsmål ved at det i slike saker er et høyt beviskrav sammenlignet med foreldretvister.

Det er imidlertid ikke bare hensynet til den mistenktes rettssikkerhet som settes til side ved det lave beviskravet. Barnets rett til kontakt med begge foreldrene, samt foreldrenes rett til familieliv nedprioriteres. Dette kan føre til krenkelse av EMK art. 8 og BK art. 9. Det fremkommer imidlertid av EMD sin praksis at inngrep i retten til familieliv klart kan forsvares på bakgrunn av hensynet til beskyttelse av barnet, jf. EMK art. 8, jf. art. 3, jf. BK art. 19.

Forarbeidene legger opp til en relativisering av beviskravet i foreldretvister.<sup>79</sup> Det vil si at ved svært alvorlige overgrep vil det være et lavere beviskrav enn eksempelvis ved grenseoverskridende adferd eller seksuelle krenkelser. Begrepene «grenseoverskridende adferd» og «seksuell krenkelse» fremkommer av rettspraksis, og brukes om upassende

---

<sup>79</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.57

seksuell kontakt mellom forelderen og barnet.<sup>80</sup> Eksempelvis ble det i LB-2015-60603, hvor retten behandlet spørsmålet om fast bosted og samvær for en jente på 7 år, brukt begrepet «grenseoverskridende adferd» på ”kiling på magen” som utviklet seg til ”kiling på tissen”. Det fremkommer av forarbeidene at det her må gjøres en konkret vurdering av omstendighetene i saken. Her vil arten av overgrep det er fare for, alvorlighetsgraden og personlige forhold hos de involverte kunne få betydning. Det vil si at det ikke er nok med et beviskrav som er lavere enn sannsynlighetsovervekt i alle saker. I enkelte tilfeller vil det fortsatt være et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.<sup>81</sup> Her kommer dermed hensynet til den mistenkte foreldren og barnets rett til kontakt med begge foreldre inn. Dette da mindre alvorlige forhold ikke taler for en slik sterk beskyttelse av barnet som alvorlige overgrep taler for. Forarbeidene legger følgelig opp til at beviskravet er konkret, og må vurderes i hver enkelt situasjon.<sup>82</sup>

Det kan stilles spørsmål om det er forskjellige beviskrav i de tre hovedkategoriene av avgjørelser, herunder foreldreansvar, samvær og fast bosted. I Rt-1989-320, hvor det for første gang ble brukt formuleringen «at det overhodet ikke kan tas noen risiko», fikk mor fast bosted. Dette da det ble funnet grunnlag for risiko for seksuelle overgrep mot barna fra far. Det ble imidlertid i samme sak gitt vanlig samvær til far. Dette kan tale for at risikovurderingen ikke behøver å være den samme i avgjørelser om fast bosted og samvær. Vedrørende spørsmålet om samvær ble det i Rt-1989-320 av retten bare lagt til grunn at den av foreldrene som ikke får fast bosted, skal ha samværsrett etter de vanlige regler, på bakgrunn av at partene var enige om dette. Med tanke på fare for overgrep uttalte retten at «mor har gjort gjeldende at det er en risiko for at Y vil kunne forgripe seg seksuelt på døtrene og at dette må være avgjørende for omsorgsspørsmålet. Det anføres at denne risiko er markert større dersom faren får omsorgsretten enn ved en ordning med vanlig besøksrett». Det kan stilles spørsmål om hvorfor retten ikke selvstendig tar stilling til om det foreligger fare for overgrep ved å gi samvær. Dette da risikoen for misbruk også vil være til stede ved samvær som gjennomføres uten tilsyn. Nyere rettspraksis viser imidlertid at samme beviskrav vil være gjeldende i spørsmålet om fast bosted, foreldreansvar og samvær i saker der det foreligger spørsmål om mistanke om overgrep. Dette da hensynet til å beskytte barn mot overgrep, og

---

<sup>80</sup> Blant annet i LB-2015-60603, LB-2014-101922, LB-2010-115234, LF-2009-169306, LB-2009-93593 og LF-2009-169306

<sup>81</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.57

<sup>82</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.57

således beskytte mot enhver risiko, vil ha betydning i vurderingen i alle foreldretvister, jf. bl. § 48. Dette fremkommer eksempelvis av Rt-1994-940 som omhandlet spørsmål om samvær for to gutter. Her uttaler retten at også ved samværs spørsmålet vil synspunktet «at det overhodet ikke kan tas noen risiko», med henvisning til Rt-1989-320, være gjeldende.

## 4.5 Tilknytning til beviskravet i straffesaker

Foreldretvister hvor det er mistanke om seksuelle overgrep har, som nevnt i kapittel 1.1 og 1.4, også sider til straffesaker. Dette da overgrep mot barn er straffbart, jf. strl. kapittel 26.

I straffesaker er uskyldspresumpsjonen utgangspunktet for rettens bevisvurdering. Prinsippet er både fastlagt i EMK art. 6 nr. 2 og GrL. § 96 andre ledd. Av Grunnloven fremkommer det at «enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven».<sup>83</sup> Dette samsvarer i stor grad med ordlyden i EMK «enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». Uskyldspresumpsjonen er et av de mest grunnleggende og fundamentale rettsstatsprinsipp. Innholdet har blitt definert gjennom langvarig rettspraksis, da særlig av EMD.<sup>84</sup> Bevisbyrden og beviskravet i strafferetten utgjør en sentral del av prinsippet. Dette da disse kravene og prosessreglene blir ansett som fundamentale for å oppfylle målet om at ingen uskyldige skal bli dømt, og således beskytte enkeltindivider i straffeforfølgningen.<sup>85</sup>

Beviskravet er at all rimelig og fornuftig tvil skal komme tiltalte til gode. Det vil si at det foreligger en svært høy terskel for å anse noe som bevist i straffesaker. Det må være tilnærmet sikkert for å kunne legge faktumet til grunn.<sup>86</sup> Det strafferettslige beviskravet er et grunnleggende rettsikkerhetsideal, og en bærebjelke i straffeprosessen.<sup>87</sup> Det kommer til uttrykk i omfattende rettspraksis.<sup>88</sup> Beviskravet i strafferetten bygger på et grunnleggende

---

<sup>83</sup> Det er i forarbeidene her presistert at bestemmelsen ikke går lenger enn gjeldende rett, men at formuleringen vil oppsummerer de ulike sidene ved uskyldspresumpsjonen, da særlig at rimelig tvil skal komme tiltalte til gode og da kodifisere et viktig rettsstatprinsipp i grunnloven, jf Dok.nr.16 (2011-2012), s.130.

<sup>84</sup> Sekanina v Østerrike 1993, Kart v Tyrkia 2009, Allen v Storbritannia 2013, Virabyan v Armenia 2012, Müller v Tyskland 2014, Karaman v Tyskland 2014,

<sup>85</sup> Aall 2011, s.415

<sup>86</sup> Rt-2008-1409

<sup>87</sup> Rt-1998-1945, Rt-2005-1353

<sup>88</sup> I Rt-2007-1217 kom retten til at vedtak om tidsbegrensede tilbakekall av ervervstillatelse, måtte anses som straff etter EMK artikkel 6 og fant at klar tilfredstilte beviskravet i EMK artikkel 6 nr.2. I Rt-2008-1409 som omhandlet tilleggskatt kom flertallet blant annet til at EMK artikkel 6 nr. 2 inneholder krav til bevisets styrke i saker som er straff etter konvensjonens artikkel 6. I HR-2017-821-A, hvor retten fant at uskyldspresumpsjonen etter EMK artikkel 6 nr. 2 ikke var til hinder for at det ble konstatert straffeskyld i en sak der tiltalte var frifunnet for straff på grunn av foreldelse, men samtidig ble dømt til å tåle inndragning som ikke var straff.

konsekvenshensyn. Dette står særlig sterkt i strafferetten. Grunnen er at en uriktig domfellelse er til langt mer skade enn en uriktig frifinnelse. Dette er en grunnleggende rettsstatstanke som står sentralt i hele strafferettspleien.<sup>89</sup>

Som nevnt, i kapittel 4.4, er imidlertid hensynet til å beskytte barn mot overgrep gitt prioritering foran rettssikkerheten til den mistenkte forelder. På dette grunnlag har ikke det strafferettslige beviskravet betydning i foreldretvistene. Det følger klart av rettspraksis at en eventuell frifinnelse, eller henleggelse, av en straffesak ikke vil ha betydning i en foreldretvist.<sup>90</sup> Dette da det er forskjellige beviskrav i straffesaker og foreldretvister.

Uskyldspresumpsjonen, etter EMK art. 6. nr. 2, inneholder også andre krav som er innfortolket og presisert av EMD. Disse gir virkning både før dom, og etter en frifinnende dom. Kjernen er at personen skal bli behandlet som uskyldig frem til en domsavsigelse foreligger, og etter en eventuell frifinnende domsavsigelse. Dersom disse kravene ikke blir oppfylte, kan det foreligge brudd på uskyldspresumpsjonen. Dette legger begrensninger på uttaler i vedtak, innstillinger, henleggelse, pressen og etterfølgende rettsavgjørelser.<sup>91</sup> Hvorvidt det foreligger en krenkelse beror, etter EMD sin praksis, på en helhetsvurdering. Her vil det overordnede tema være om det gis uttrykk for å så tvil om frifinnelsen.<sup>92</sup> Dette vil kunne skape problemer med tanke på foreldretvister hvor det foreligger spørsmål om mulig overgrep. Vektlegging av et overgrep i en foreldretvist, der det foreligger frifinnelse i forutgående straffesak, vil følgelig kunne regnes som en motsigelse. Dette kan dermed så tvil om frifinnelsen, og da kunne være i strid med uskyldspresumpsjonen.

I *Sanchez Cardenas v Norge* 2007<sup>93</sup> var det spørsmål om det forelå en krenkelse av uskyldspresumpsjonen. Dette da retten i en sak vedrørende samvær uttalte at det forelå en mistanke om seksuelle overgrep, uten å gå nærmere inn på mistanken. Det ble imidlertid ikke tatt stilling til spørsmålet vedrørende krenkelse av uskyldspresumpsjonen av EMD. Dette fordi klager ikke hadde uttømt de nasjonale rettsmidler, jf. EMK art. 35 nr. 1. Søvig diskuterer om en slik tilnærming Høyesterett viser i *Sanchez Cardenas*-saken, ved å vektlegge mistanke om seksuelle overgrep når foreldren er frifunnet i forutgående straffesak, kan opprettholdes i

---

<sup>89</sup> Øyen 2016, s.445

<sup>90</sup> Rt-1989-320

<sup>91</sup> Aall 2003, s.249-250, og Aall 2011, s.415-430

<sup>92</sup> *Sekanina v Østerrike* 1993

<sup>93</sup> Som nevnt i kapittel 3.3

et møte med uskyldspresumpsjonen.<sup>94</sup> Det har imidlertid skjedd en relativisering av kravet i EMD sin praksis.<sup>95</sup> I *Allen v Storbritannia* 2013, som omhandlet at en kvinne måtte bevise over enhver tvil at hun var uskyldig i en erstatningssak selv om hun var frifunnet for dette i en forutgående sak, la EMD til grunn tidligere praksis. De relativiserte imidlertid regelen, og sa at det avgjørende er om kjernen i uskyldspresumpsjonen er krenket, og om nasjonale myndigheter har vist en manglende respekt for uskyldspresumpsjonen. Ut fra denne praksisen kan en forstå at det er mulig å vektlegge overgrepene, som en er frifunnet i, i en etterfølgende rettssak. Dette vil ikke være en krenkelse av uskyldspresumpsjonen. Det må imidlertid ikke gis uttrykk for at forelderen er skyldig i selve straffesaken i domspremissene. En må følgelig begrense seg til det som er direkte relevant for foreldretvistene, og ikke knytte strafferettslig terminologi til spørsmålet om overgrep.<sup>96</sup> Dette for å utvise respekt for uskyldspresumpsjonen.

---

<sup>94</sup> Søvig 2007, s.323

<sup>95</sup> Rui 2014, s.122-128

<sup>96</sup> Backer 2008, s.390

# 5 Gjennomgang av rettspraksis

## 5.1 Struktur

Fra gjennomgangen av beviskravet i foreldretvister i kapittel 4.4, er det klart at lovgiver har gitt føringer på et lavt beviskrav. Dette fremkommer særlig ved lovendringen i 2006 hvor bl. § 48 andre ledd ble lovfestet. Som nevnt, i kapittel 4.4, ble bestemmelsen lovfestet for å tydeliggjøre at det ikke var et krav om sannsynlighetsovervekt. Lovgiver gjorde dette som et signal til domstolene som de mente gikk i en retning mot et høyere beviskrav.<sup>97</sup> Som vist, i kapittel 1.2, blir det imidlertid også etter lovendringen, hevdet at det legges et for høyt beviskrav til grunn.<sup>98</sup> Videre i oppgaven vil jeg gå gjennom rettspraksis etter at endringen ble innført. Dette for å se hvordan rettspraksis, med tanke på beviskravet, har utviklet seg etter lovendringen. Jeg vil bruke rettspraksis for å prøve å belyse hvordan beviskravet blir praktisert. Herunder hvordan spørsmålet om seksuelle overgrep blir tatt stilling til, hvordan beviskravet behandles, betydningen av relativiseringen samt hvilke bevis som ansees, å henholdsvis oppfylle eller ikke oppfylle, beviskravet. Avslutningsvis oppsummeres denne gjennomgangen.

I rettskildesøket, som definert i kapittel 1.3, fant jeg kun to høyesterettsdommer der spørsmål om seksuelle overgrep til en viss grad ble realitetsbehandlet i en foreldretvist. Da det var lite høyesterettspraksis fant jeg også frem til 55 lagmannsrettsdommer som var aktuelle. Disse vil videre bli brukt i gjennomgangen i kapittel 5.2. Som nevnt, i kapittel 1.3, har lagmannsrettspraksis lav rettskildemessig vekt. De vil derfor bare her bli brukt som eksempler på hvordan beviskravet blir praktisert. Dette kan vise hvilke problemstillinger beviskravet for seksuelle overgrep kan reise, samt vise tilfeller der det synes å være sprikende rettspraksis. Undersøkelsene av lagmannsrettspraksisen kan dermed danne grunnlag for en vurdering av om gjeldende rett gir en god regel om beviskravet.

---

<sup>97</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.26-29

<sup>98</sup>Aasland i henholdsvis 2011, jf. Aasland 2011 og Ridar & Giæver i 2013, jf. Ridar & Giæver 2013

## 5.2 Fremstilling av rettspraksis

### 5.2.1 Behandling av spørsmål om overgrep

Som nevnt, i kapittel 5.1, tar jeg i dette kapitlet utgangspunkt i 55 lagmannsrettsdommer og 2 høyesterettsdommer. I noen av disse sakene blir ikke spørsmålet om seksuelle overgrep tatt stilling til. I Rt-2010-216, som omhandlet bosted, foreldreansvar og samvær for en 7 år gammel jente, kom spørsmålet om seksuelle overgrep bare opp ved spørsmålet om samvær. Førstvoterende uttalte at man kan «ikke utsette barnet for noen risiko for overgrep». Det ble imidlertid funnet at det ikke var nødvendig å gå inn på anførslen om risikoen for overgrep. Dette da høyesterett la til grunn at samværsordningen, med trygghetsperson til stede, ville sikre C(barnet) fullt ut mot en eventuell risiko for overgrep. Da høyesterett ikke tok stilling til spørsmålet om overgrep er det umulig å trekke noe ut med tanke på beviskravet. Dette er også situasjonen i blant annet LG-2013-119586, LB-2011-197952 og LB-2009-112435. Retten tok ikke stilling til om det forelå overgrep, ettersom de fant at det å gi samvær med tilsyn vil forebygge risikoen for overgrep. I LF-2011-41164 brukes også denne fremgangsmåten. Dette selv om far er dømt for overgrep mot datteren og hennes venninne tidligere. Retten fastsetter derimot oppbygging av samvær og avvikling av tilsyn. Rettspraksis viser her at det er en forholdsvis vanlig praksis å gi samvær med tilsyn, uten å nærmere ta stilling til om det er en fare for overgrep. Jeg har tidligere gjort rede for at denne rettsanvendelsen kan synes å være i strid med menneskerettighetene, jeg vil imidlertid ikke gå nærmere inn i denne diskusjonen da det faller utenfor oppgaven.<sup>99</sup>

I noen av de 57 sakene er derimot spørsmålet om seksuelle overgrep gjort til det avgjørende. Dette er blant annet tilfellet i LB-2013-167965. Saken omhandlet anke over midlertidig avgjørelse om bosted og samvær for to jenter. Retten viser her til at vurderingen om det foreligger overgrep er det sentrale spørsmålet i saken. Følgelig blir fare for overgrep gjennomgått nøye og alle risikomomenter vurdert. Dette er eksempelvis også tilfellet i LB-2010-42438 som omhandlet spørsmål om foreldreansvar, fast bosted og samvær for en jente på 8 år. Her uttaler retten at spørsmålet om overgrep er et hovedspørsmål i saken, for deretter å vurdere de ulike momenter og bevis som foreligger.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> Se kapittel 3.3

<sup>100</sup> Er også tilfellet i LB-2010-199712, LB-2010-115234, LH-2007-738, LB-2007-146144, LA-2006-157117



## 5.2.2 Beviskrav

«Reell risiko» er et uttrykk som går igjen i flere dommer der det tas stilling til om det foreligger fare for overgrep.<sup>101</sup> Uttrykket «reell risiko» kan forstås på bakgrunn av uttalelsene i forarbeidene, hvor det fremkommer at det er et lavt beviskrav, men at det må foreligge forhold som underbygger påstanden.<sup>102</sup> Det må med andre ord foreligge en reell, og ikke teoretisk, risiko for overgrep. I noen dommer blir «reell risiko» underbygget med uttalelsen i Rt-1989-320, at «det overhodet ikke kan tas noen risiko».<sup>103</sup> I LA-2012-152499, hvor det var spørsmål om foreldreansvar og samvær for far, bygget retten beviskravet på uttalelsen i Rt-1989-320 og la til grunn at barn må sikres fullt ut mot risikoen for fremtidige overgrep. Her fant retten «at det er en reell risiko for at begge barna har vært utsatt for seksuelle overgrep fra far». På dette grunnlag fikk ikke far medhold i sitt krav om felles foreldreansvar eller samvær. I LH-2012-4617, hvor det var spørsmål om fast bosted og samvær, la også retten først til grunn at «det overhodet ikke kan tas noen risiko», og fant at det ikke forelå reell risiko for vold eller overgrep fra fars side. Dette er eksempler på saker hvor den sterke beskyttelsen av barnet, som lov og forarbeidene legger opp til gjennom et lavt beviskrav, følges opp i praksis.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om dette alltid er tilfellet. I noen saker gir retten antydning på et annet beviskrav, ved å bruke andre formuleringer av beviskravet enn at det «ikke kan tas noen risiko». I LB-2010-199712, som omhandler spørsmål om fast bosted og samvær, fant retten at man «ikke tar noen urimelig risiko med å bestemme at barnet skal bo fast hos far». I LB-2013-167965, hvor det var spørsmål om midlertidig avgjørelse om bosted og samvær, uttaler retten at «risikoen for overgrep fremover må anses som svært liten». Basert på forarbeidene kan dette tale for et høyere beviskrav. Spørsmålet er imidlertid om retten med dette har ment å gi uttrykk for et annet beviskrav. Som nevnt, i kapittel 4.4, er det i forarbeidene og i juridisk teori ulike meninger om betydningen av de ulike uttalelsene.<sup>104</sup> I LG-2013-58359, som omhandlet anke over midlertidig avgjørelse om bosted og samvær, uttaler retten at det ikke er «holdepunkter for å si at C (barnet) utsettes for en urimelig eller

---

<sup>101</sup> Blant annet i LH-2006-185873, LH-2009-7035, LB-2009-102317, LB-2009-132003, LB-2010-115234, LH-2012-4617, LA-2012-152499, LF-2014-180279, LB-2014-194964, LG-2015-113102, LB-2015-91344, LB-2016-78872, LE-2017-121399

<sup>102</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.57

<sup>103</sup> Blant annet i LA-2006-157117, LH-2007-738, LH-2012-4617, LA-2012-152499, LG-2013-58359, LB-2014-194964 og LB-2015-60603

<sup>104</sup> Forarbeidene og Oppedal argumenterer for at da det gis uttrykk for at en viss risiko tillates, er dette antydning på et høyere beviskrav, jf. Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.28 og Oppedal 2008, s.13-14. Backer derimot legger imidlertid til grunn at uttalelsen urimelig risiko må være retningsgivende, jf. Backer 2008, s.529

reell risiko for seksuelle overgrep fra sin far». Begrepene som forarbeidene bruker for å vise antydning på forskjellige beviskrav brukes her om hverandre. Dette er et eksempel på at det ikke alltid bevisst blir tatt stilling til hvilke begrep som blir brukt vedrørende beviskravet. Følgelig kan det stilles spørsmål om hvilket beviskrav som i realiteten legges til grunn.

Det foreligger også saker hvor det henvises til alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette kommer blant annet til uttrykk i LF-2009-169306 hvor det var spørsmål om samvær. Lagmannsretten uttaler her at det ikke er tilstrekkelig bevis til å konstatere sannsynlighetsovervekt for at C (barnet) har vært utsatt for seksuelle krenkelsers fra fars side. Dette ble også lagt til grunn i LB-2007-10485 hvor det var spørsmål om fast bosted og samvær. Lagmannsretten uttalte her at «selv om bevissituasjonen er vanskelig kan lagmannsretten ikke helt utelukke at det kan ha skjedd et seksuelt overgrep overfor det ene av barnet ved en anledning, men retten finner ikke at det foreligger sannsynlighetsovervekt for dette». Her synes det å ha bli lagt til grunn et for høyt beviskrav. En sterk beskyttelse av barnet, gjennom et lavt beviskrav, blir følgelig ikke alltid praktisert.

Noen ganger er det vanskelig å fastlegge hvilket beviskrav som legges til grunn. I Rt-2013-1329, som omhandlet spørsmål om samvær for far med en 5 år gammel jente, sluttet Høyesterett seg til uttalelsene i lagmannsrettdommen LA-2012-110278. Her uttales det at «slik saken er opplyst for lagmannsretten, vil det ikke med tilstrekkelig grad av sannsynlighet kunne legges til grunn at far har forgrepet seg mot C (mors særkullsbarn) eller at han vil begå overgrep mot D (deres fellesbarn). Imidlertid legges til grunn at han ikke har begått seksuelle overgrep mot D». Her henviser retten til et beviskrav, hvor det må foreligge en viss grad av sannsynlighet for å legge et faktum til grunn. Det må imidlertid anses å være uklart hvilken grad av sannsynlighet retten henviser til.<sup>105</sup> Denne uklarheten styrkes ytterligere når retten viser til at voldsoffererstatningskontoret, i spørsmålet om overgrep mot C, har lagt til grunn at det var «klart sannsynliggjort» at det hadde funnet sted overgrep mot C. De to ulike instansene, domstolen og voldsoffererstatningskontoret, forholder seg forskjellig til bevisføring. En kan imidlertid reise spørsmål om hvilket beviskrav som blir lagt til grunn i foreldretvisten. Retten skal operere med en lavere beviskravsterskel enn det voldsoffererstatningskontoret legger til grunn i denne saken. Med «klart sannsynliggjort», som voldsoffererstatningskontoret fant bevist, kan en i samsvar med den juridiske teorien om sannsynlighetsovervekt, tale om en sannsynlighetsgrad godt over 51%, og nærmere 100%. Da

---

<sup>105</sup> Dette er også tilfellet i LB-2009-93593 og LB-2015-60603

beviskravet ikke er oppfylt i foreldretvisten, taler dette for at det legges til grunn en sannsynlighetsgrad som er langt over 51%, og ikke et senket beviskrav som forarbeidene til barneloven legger opp til. Dette med mindre det er slik at domstolen er uenig i selve bevisvurderingen til voldsoffererstatningskontoret. Det fremgår ikke av dommen hvilken bevisføring som foreligger knyttet til fare for overgrep mot særkullsbarnet. Dette må anses bemerkelsesverdig, da de i dommen tar stilling til sannsynlighetsgraden for disse overgrepene. Følgelig er det vanskelig å trekke noen slutning basert på denne dommen.

### 5.2.3 Relativisering

Som nevnt, i kapittel 4.4, legger forarbeidene opp til en relativisering av beviskravet.<sup>106</sup> Det vil si at beviskravet i en viss grad er konkret og må vurderes i hver enkelt situasjon. Følgelig vil det ved svært alvorlige overgrep være et lavere beviskrav enn for eksempel ved grenseoverskridende adferd.<sup>107</sup> Spørsmålet er således hvordan dette blir praktisert.

I LB-2015-60603, som nevnt i kapittel 4.4, var spørsmålet om far hadde overskredet barnets intimgrense gjennom handlinger som var seksuelt relaterte, beskrevet som «kiling på magen» som utviklet seg til «kiling på tissen». Retten henviser her til at «det er et lavere beviskrav enn i andre sivile saker» og viser videre til at «det ikke kan tas noen risiko», jf. Rt-1989-320 og forarbeidene til bl. § 48 andre ledd. Retten fant at det var «tilstrekkelig sannsynliggjort at barnet har vært utsatt for seksuelle handlinger av grenseoverskridende karakter». Dette viser at det også legges et lavt beviskrav til grunn i saker som ikke omhandler spørsmål om alvorlige seksuelle overgrep.

I LF-2009-169306, som nevnt i kapittel 5.2.2, uttalte retten at det «ikke er tilstrekkelig bevis til å konstatere sannsynlighetsovervekt». Det vil si at det legges til grunn det alminnelige beviskravet som er gjeldende i sivile saker. Saken her dreide seg om seksuelle krenkelser og ikke alvorlige overgrep. Situasjonene som nevnes med tanke på seksuelle krenkelser, er fars klyping av barnet i brystene, magen og tissen. I saken var det både spørsmål om disse handlingene hadde funnet sted, og hvorvidt de isåfall var seksuelt motiverte. Basert på relativisering av beviskravet, som redegjort for i kapittel 4.4, kan nok et høyere beviskrav forsvares i denne saken. Dette da forholdet i saken må ses på som mindre alvorlige forhold.

---

<sup>106</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.57

<sup>107</sup> Se kapittel 4.4

## 5.2.4 Hvilke bevis oppfyller beviskravet

En aktuell problemstilling vil videre være hvilke bevis, som blir lagt til grunn i rettspraksis, skal til for at det foreligger en reell risiko og dermed oppfylning av beviskravet. Det er i de ulike dommene stor forskjell på hvilke bevis som ligger til grunn, og hvilken vekt de tillegges.

I de fleste sakene gjennomgått for denne oppgaven ble beviskravet ikke ansett oppfylt. Dette var tilfellet blant annet i Rt-2013-1329, samt i 37 av lagmannsrettsdommene. I 6 av sakene ble beviskravet funnet oppfylt. 8 av sakene falt utenfor rammen av denne oppgaven. I de resterende sakene ble det ikke tatt stilling til selve spørsmålet om overgrep.

I sakene der beviskravet ble funnet oppfylt, finner vi en praksis med ulik behandling av bevis. Noen fellesnevnerne kan imidlertid identifiseres. I 5 av dommene, der beviskravet ble ansett oppfylt, forelå det flere bevis som indikerte overgrep. Dette var bevis fra flere ulike kilder. Det fremkommer av LB-2009-102317 at det faktisk at det forelå bevis fra flere ulike kilder, som alle indikerte overgrep, i stor grad ble vektlagt. Saken gjaldt spørsmål om foreldreansvar og fars samværsrett med tre barn. I saken ble det særlig vektlagt at det var barnehagen som slo alarm om mulig overgrep, i kombinasjon med at barnevernstjenesten fant grunn til å anmelde saken. Det var særlig observasjoner av ikke aldersadekvat seksualisert adferd, fra ulike kilder, som underbygget påstanden om overgrep. Barnehagen, mor, andre i omgangskretsen samt den sakkyndige observerte alle den avvikende adferden hos barna. Tilsvarende er også tilfellet i i LB-2015-60603.<sup>108</sup> I saken, som omhandlet spørsmål om fast bosted og samvær for partenes felles datter på 7 år, kom barnet med seksualiserte uttalelser og viste seksualisert adferd til mor, fastlege, miljøterapeut ved krisesenter, sakkyndig, en politibetjent samt i dommeravhør. En fellesnevner for saker der beviskravet ikke blir funnet oppfylt, er overgrepsbevis fra kun én kilde. Eksempler på dette er seksualisert adferd kun observert av den ene forelderen. Dette er blant annet tilfellet i LG-2013-58359, LB-2012-62270 og LB-2010-175973.

Det eksisterer imidlertid også sakstilteller, der det foreligger bevis fra flere kilder, uten at beviskravet er funnet oppfylt. I flere av disse sakene har barnet kommet med uttalelser, med antydning til seksuelle overgrep, samt vist seksualisert adferd til flere kilder, uten at beviskravet er blitt ansett oppfylt. I LB-2006-139456, hvor det var spørsmål om samværsrett mellom far og en datter på 10 år, kom barnet med uttalelser om overgrep til tingretten, mor,

---

<sup>108</sup> Dette er også tilfellet i LA-2012-152499, LG-2014-92223 og LE-2015-18153-2.

barnets lærer samt under en legeundersøkelse. De ulike kildene fant uttalelsene troverdige. I LB-2009-93593 var det var spørsmål om fast bosted og samvær for barnet på 5 år. I denne saken kom barnet med uttalelser med antydning til seksuelle overgrep til mor, sexologisk rådgiver og til en person som er privat næringsdrivende innenfor barn og familie.<sup>109</sup> I utgangspunktet skulle beviskravet i disse sakene, med flere selvstendige ulike kilder som peker i retning seksuelle overgrep, være oppfylt. En ser imidlertid mors påvirkning som en fellesnevner for disse sakene. I dette ligger det å stille barnet ledende og gjentatte spørsmål, eller på annen måte påvirke barnet. Barnets uttalelser og adferd har i neste rekke blitt sett i sammenheng med mors påvirkning og således blitt tildelt mindre bevisvekt. Eksempelvis ble det, av den sakkyndige i LB-2006-139456, som nevnt ovenfor, funnet «ikke usannsynlig» at mor hadde påvirket datteren.

En annen faktor, som viser seg å trekke ned den generelle bevisvekten av barnets uttalelser, er kildens grad av relasjon til barnet. Dersom kildene er slektninger eller bekjente tillegges forklaringen mindre bevisvekt. I LH-2012-4617, som omhandlet fast bosted og samvær til 3 jenter på 4, 6 og 7 år, var en av kildene en psykiatrisk sykepleier. Hun var imidlertid også en bekjent av mormoren til barna, og forklaringen således tillagt mindre vekt.

Bevistyngden for bevis knyttet til potensielle overgrep i foreldretvister varierer i stor grad. Funn av barnepornografi er blant annet et bevis som kan tale for at det foreligger en fare for overgrep. Dette kan antyde avvikende seksuell preferanse hos forelderens. I LA-2012-152499 og LE-2015-18153-2, hvor beviskravet ble funnet oppfylt, ble det funnet barnepornografi på forelderens data. I LB-2009-102317, var det spørsmål om denne type materiale forelå, noe det ikke ble funnet tilstrekkelig bevist. Barnepornografi var et moment, som sett i kombinasjon med andre bevis, underbygget påstanden om risiko for overgrep i de to første dommene. Det kan diskuteres hvordan funn av barnepornografi skal vektlegges når dette foreligger som eneste bevis i en foreldretvist.

I LF-2014-180279, en sak hvor det var spørsmål om fast bosted og samvær for en 5 år gammel jente, ble det funnet barnepornografi på fars datamaskin. Dette var det eneste beviset som underbygget påstanden om overgrep, og ble ikke ansett som nok til å oppfylle beviskravet. I LG-2015-167620, hvor det var spørsmål vedrørende utforming av samværsordning mellom far og barna, forelå det også barnepornografi. Dette ble i stor grad

---

<sup>109</sup> LF-2009-169306, LH-2012-4617 og LB-2014-101922 er også eksempler på dette

brukt for å legge til grunn at det forelå en konkret og reell fare. Selv om det ikke forelå andre bevis i den siste dommen var det flere forhold rundt det faktum at far hadde barnepornografi som understøttet at det forelå en konkret og reell fare. Dette i form av sakkyndiges vurderinger av fars aktivitet rundt barnepornografi, hans bagetellisering av temaet, samt hans ønske om seksuelt rollespill med mor utkledd som barn. Disse forhold var med å styrke bevisvekten av barnepornografien.

### 5.3 Oppsummering av rettspraksis

Det er ikke mulig å trekke noen konklusjoner om gjeldende rett vedrørende beviskravet, basert på rettspraksisen gjennomgått i kapittel 5.2. Dette da praksisen bare er eksempler på hvordan beviskravet blir praktisert. Det er imidlertid mulig å trekke noen hovedlinjer om hvordan det blir behandlet i praksis.

Det er for det første stor variasjon i hvilken grad spørsmål om fare for overgrep blir vurdert.<sup>110</sup> Dette da det i noen saker overhodet ikke tas stilling til spørsmålet, mens det i andre saker behandles som hovedspørsmålet. Det er følgelig ikke en entydig praksis rundt behandlingen av spørsmålet. Det kan diskuteres i hvilken grad dette er problematisk. Dersom det er klart at det er til barnets beste å ha fast bosted hos mor, uavhengig av beskyldningene mot far, kan dette tale for at retten kan unngå å ta standpunkt til overgrepsskyldningene. Det som imidlertid må være klart er at retten må ta stilling til overgrepsspørsmålet der dette vil ha betydning for avgjørelsen.<sup>111</sup> Fra praksisen gjennomgått, i kapittel 5.2.1, gis det samvær med tilsyn uten å realitetsbehandle om det foreligger fare for seksuelle overgrep. Det må være på det rene at her har beskyldningene om overgrep betydning for avgjørelsen, og følgelig burde retten tatt stilling til overgrepssfaren.

Det er heller ikke en entydig praksis rundt selve behandlingen av beviskravet. Som vist i kapittel 5.2.2 brukes ulike begreper ved fastlegging av beviskravet. Beviskravet, slik som forarbeidene formulerer det, ved at det «overhodet ikke kan tas noen risiko» blir ikke alltid fulgt i praksis. Det faktum at beviskravet ikke formuleres på lik måte, kan tale for at det heller ikke praktiseres likt. Som nevnt, i kapittel 5.2.2, kan det stilles spørsmål om retten bevisst tar stilling til at de bruker begreper som fraviker fra det beviskravet som oppstilles i forarbeidene

---

<sup>110</sup> Se kapittel 5.2.1

<sup>111</sup> Se kapittel 3.1, kapittel 3.3 og kapittel 5.2.1, herunder sakstifellene i blant annet Rt-2010-216, LF-2011-41164, LG-2013-119586

til barneloven. I teorien er det ulike oppfatninger om hvilken betydning bruken av de ulike termene har for beviskravet.<sup>112</sup> Følgelig kan det diskuteres hvorvidt ulik begrepsbruk fører til forskjellig beviskrav i saker som skulle vært behandlet etter samme terskel. Ved gjennomgangen har jeg, selv om det er stor sprik i selve formuleringen, ikke funnet eksempler på at en ulik termonologi har fått betydning for resultatet i saken. Det foreligger eksempelvis ikke saker, med tilnærmet samme bevisbilde, med signifikant sprikende avgjørelser. Dette kan tale for at ordvalget til de ulike lagmannsrettene ikke har fått reell betydning i bevisvurderingen. Dette kan tale for at det ikke legges et for høyt beviskrav til grunn, og at føringene fra lovgiver i hovedsak følges.

Relativiseringen, gjort rede for i kapittel 5.2.3, kan forsvare bruken av en høyere sannsynlighetsgrad i saker hvor det ikke foreligger alvorlige overgrep. Det at et lavt beviskrav anvendes i noen saker, der forarbeidene gir føringer på sannsynlighetsovervekt, taler imidlertid for at praktiseringen av beviskravet i foreldretvister er noe tilfeldig. Dette sammenlignet med beviskravet i andre sivile saker.

Videre fremkommer det av den foreliggende rettspraksisen at bevissituasjonen, med tanke på hvilke bevis som foreligger, er komplisert og sammensatt. Dette gjør at det er vanskelig å analysere hvilke bevis som oppfyller og ikke oppfyller beviskravet på et generelt plan. En hovedlinje er imidlertid at det faktisk at det foreligger bevis fra flere ulike kilder ofte blir vektlagt. Bevisene som blir fremlagt må imidlertid tolkes av retten, og i noen tilfeller av sakkyndig. Dette gjør at det samme beviset, eksempelvis seksualisert adferd, kan bli ilagt forskjellige betydninger og ulik vekt. Videre vil også det faktum at det foreligger forhold som svekker vekten av det opprinnelige bevismiddelet, være av stor betydning. Gjennomgangen av rettspraksisen viser blant annet at dersom mor har vært aktiv i utspørring av barnet, herunder stilt spørsmål ofte og på en ledende måte, senker dette eksempelvis bevisvekten av at flere kilder har observert adferd hos barnet som underbygger påstanden om seksuelle overgrep.<sup>113</sup>

Oppsummert er det vanskelig å trekke noen generelle konklusjoner basert på gjennomgått rettspraksis. Den største hovedlinjen er imidlertid at gjennomgangen gir en antydning på at beviskravet i foreldretvister er noe uoversiktlig og tilfeldig praktisert.

---

<sup>112</sup> Se kapittel 4.4 og 5.2.1

<sup>113</sup> Se kapittel 5.2.4

## 6 Avslutning

Oppgaven viser at beviskravet i foreldretvister i utgangspunktet er lavere enn sannsynlighetsovervekt. Dette bygger i stor grad på uttalelser i forarbeidene, og er i samsvar med forpliktelsene etter menneskerettighetene. Det at det ikke stilles et for høyt beviskrav kan ses på som en del av statens plikt til å sikre barn mot overgrep, jf. BK art. 19, jf. EMK art. 3 og art. 8. Det finnes imidlertid situasjoner hvor det kan legges til grunn et annet beviskrav. Foreldretvister er saker hvor skjønn og konkrete vurderinger står sentralt. Dette gjør at også beviskravet, i noen tilfeller, må være konkret slik at det tilpasses situasjonen i saken. På den måten kan også sannsynlighetsovervekt legges til grunn som beviskrav i enkelte foreldretvister. Dette kan være aktuelt i enkeltstående saker der det er tale om mindre alvorlig grenseoverskridende adferd.<sup>114</sup>

Selv om beviskravet til en viss grad må være konkret, basert på at det i foreldretvister er mange ulike hensyn som skal ivaretas, er det viktig at det foreligger klare retningslinjer som utgangspunkt. Dette slik at retten sin vurdering blir forutsigbar for partene, noe som er et sentralt rettssikkerhetshensyn.

Det fremkommer av forarbeidene at det ble forkastet å utforme en beviskravregel i barneloven. Dette fordi det ble ansett for vanskelig å utforme en regel som skulle gjelde generelt, og samtidig ivareta alle hensyn i den konkrete saken.<sup>115</sup> Det er også i andre sivile saker flere hensyn som skal balanseres og avveies mot hverandre, uten at dette står i konflikt med et generelt beviskrav. Spørsmålet er hva som er annerledes på barnerettens område.

Gjennomgangen av rettspraksis viser, som nevnt i kapittel 5.3, at beviskravet i foreldretvister blir formulert ulikt. Det faktum at det foreligger sprik med tanke på formuleringene kan føre til at beviskravet ikke praktiseres likt. Dette selv om jeg ikke har funnet eksempler på en slik praksis i denne oppgaven. Det at beviskravet blir formulert ulikt, kan tale for at retten ikke er tilstrekkelig bevisst på hva som ligger i kravet, og slik kan dette føre til en ulik praktisering. En ulik terminologi av beviskravet var bakgrunnen for at lovgiver valgte å lovfeste bl. § 48 andre ledd, og således gi signal om et lavt beviskrav i disse sakene. Det fremkommer av forarbeidene at det var de ulike formuleringene av beviskravet, som ga grunn til bekymring

---

<sup>114</sup> Se kapittel 4.4 og 5.2.3

<sup>115</sup> Ot.prp.nr.103 (2004-2005), s.31



for hvilket beviskrav som ble praktisert. De ulike formuleringene gjør at beviskravet kan oppfattes forskjellig, noe uoversiktlig og tilfeldig praktisert. Dette kan føre til at det ikke foreligger en forutsigbarhet for partene. Dette i kontrast med andre sivile saker hvor det er en konsekvent bruk av beviskravet.<sup>116</sup>

Det kan stilles spørsmål om nåværende regulering av beviskravet er fullgod. En lovfesting av beviskravet kunne ført til en mer konsekvent bruk av formuleringen. Slik kunne en også oppnådd større bevissthet rundt hva som ligger i kravet og hvordan lovgiver ønsker det skal bli praktisert. Dette ville igjen ført til forutsigbarhet i sakene, og således sikre rettssikkerhet. Lovgiver har imidlertid gått langt i å legge føringer på beviskravet i forarbeidene. Dette kan tale for at en lovfesting ikke ville tilført reguleringen noe særlig, med tanke på en konsekvent bruk av beviskravet. Følgelig er ikke en lovendring nødvendigvis det enkle svaret på en bedre regulering. Målet må imidlertid være en klar bevisregel, herunder tydelige rammer på hva som ligger i beviskravet og hva som skal til for å oppfylle det. Dette for å sikre at ulike formuleringer ikke gir utslag i selve beviskravet. Slik situasjonen er nå, med en ikke-konsekvent bruk av formulering rundt beviskravet, kan dette skje. Lovfesting av beviskravet, med en klar regel inklusive tilpasninger for konkrete tilfeller, kan snevre inn skjønnsrommet til domstolene noe mer enn forarbeidsuttalelsene. Dette kan igjen potensielt sikre forutberegnelighet i større grad. På dette grunnlag har lovfestelse av beviskravet flere fordeler, og kunne vært en mulig fremtidig løsning på en kompleks problemstilling.

---

<sup>116</sup> Dette for eksempel i erstatningsretten, eller andre sivile saker med et belastende faktum, jf. kapittel 4.4

# 7 Kilderegister

## Lover:

Grunnloven (Grl.)	Lov 17 mai 1814 Grunnloven
Barneloven (bl.)	Lov 8 april 1981 nr. 7 om barn og foreldre
Barnevernloven (bvl.)	Lov 17 juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester
Menneskerettsloven (Mrl.)	Lov 21 mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Straffeloven (strl.)	Lov 20 mai 2005 nr. 28 om straff
Tvisteloven (tvl.)	Lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

## Internasjonale konvensjoner:

EMK	Den Europeiske menneskerettskonvensjonen av 4. November 1950
SP	Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966
BK	FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. November 1989
VCLT	Wien-konvensjonen om traktatretten 1969

## Forarbeider og andre offentlige dokumenter:

NOU 1998:17	Barnefordelingssaker, avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bostad
NOU 2000:12	Barnevernet i Norge, Tilstandsvurderinger, nye perspektiver og forslag til reformer
NOU 2001:32 A	Rett på sak, Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
NOU 2008:9	Med barnet i fokus - en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær
Ot.prp.nr.56 (1996-1997)	Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr 7 om barn og

	foreldre (barnelova)
Ot.prp.nr.103 (2004-2005)	Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)
Ot.prp.nr.104 (2008-2009)	Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)
Prop.85 L (2012-2013)	Endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister)
Innst.186 S (2013-2014)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV
St.meld.nr.40 (2001-2002)	Barne- og ungdomsvernet
Dok.nr.16 (2011-2012)	Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

## Rettspraksis:

### Høyesterettspraksis:

Rt-1971-204

Rt-1982-116

Rt-1983-251

Rt-1983-266

Rt-1983-897

Rt-1984-268

Rt-1985-179

Rt-1985-467

Rt-1986-82  
Rt-1986-997  
Rt-1987-456  
Rt-1989-176  
Rt-1989-320  
Rt-1990-198  
Rt-1990-669  
Rt-1991-1148  
Rt-1992-64 P-pilleddom II  
Rt-1993-707  
Rt-1993-998  
Rt-1993-1165  
Rt-1994-940  
Rt-1994-1394  
Rt-1995-1152  
Rt-1995-1641  
Rt-1996-398  
Rt-1996-420  
Rt-1996-950  
Rt-1997-43  
Rt-1997-797  
Rt-1998-562  
Rt-1998-1945  
Rt-2000-996 Bøhler- dommen  
Rt-2000-1460  
Rt-2001-47  
Rt-2001-937  
Rt-2003-35  
Rt-2003-754  
Rt-2005-682  
Rt-2005-1353  
Rt-2007-376  
Rt-2007-967

Rt-2007-1217  
Rt-2007-1851  
Rt-2008-1409  
Rt-2010-216  
Rt-2011-1572  
Rt-2013-1329  
Rt-2015-93  
HR-1991-11-K  
HR-2017-821-A

### **Lagmannsrettspraksis:**

LA-2006-157117  
LB-2006-139456  
LH-2006-185873  
LB-2007-10485  
LB-2007-146144  
LH-2007-738  
LB-2009-93593  
LB-2009-102317  
LB-2009-112435  
LB-2009-132003  
LF-2009-169306  
LH-2009-7035  
LB-2010-42438  
LB-2010-115234  
LB-2010-175973  
LB-2010-199712  
LB-2011-197952  
LF-2011-41164  
LA-2012-110278  
LA-2012-152499  
LB-2012-62270  
LH-2012-4617

LB-2013-167965  
LG-2013-58359  
LG-2013-119586  
LB-2014-101922  
LB-2014-194964  
LF-2014-180279  
LG-2014-92223  
LB-2015-60603  
LB-2015-91344  
LE-2015-18153-2  
LG-2015-113102  
LG-2015-167620  
LB-2016-78872  
LE-2017-121399

### **EMD-praksis:**

Airey v Irland	Application no. 6289/73 – 09.10.1979
X og Y v Nederland	Application no. 8978/80 – 26.03.1985
Johnston mfl. v Irland	Application no. 9697/82 – 18.12.1986
Sekanina v Østerrike	Application no. 13126/87 – 25.08.1993
E mfl. v Storbritannia	Application no. 33218/96 – 26.11.2002
Sûss(1) v Tyskland	Application no. 40324/98 – 10.11.2005
Sanchez Cardenas v Norge	Application no. 12148/03 – 04.10.2007
Kart v Tyrkia	Application no. 8917/05 – 03.12.2009
Virabyan v Armenia	Application no. 40094/05 – 02.10.2012
Allen v Storbritannia	Application no. 25424/09 – 12.07.2013
Müller v Tyskland	Application no. 54963/08 – 27.03.2014
Karaman v Tyskland	Application no. 17103/10 – 27.02.2014

## Litteratur:

- Aall 2003 Aall, J. (2003). «Uskyldspresumpsjonen etter frifinnende dom.» *Lov og Rett*, s. 249-256.
- Aall 2011 Aall, J. (2011). *Rettsstat og menneskerettigheter* (3 utg.). Bergen: Fagbokforlaget.
- Backer 2008 Backer, I. L. (2008). *Barneloven, kommentarutgave* (2 utg.). Oslo: Universitetsforlaget.
- Backer 2015 Backer, I. L. (2015). *Norsk sivilprosess*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Bendiksen & Haugli 2015 Bendiksen, L. R. L., & Haugli, T. (2015). *Sentrale emner i barneretten* (2 Utg.). Oslo: Universitetsforlaget.
- Bernt 2014 Bernt, C. (2014). «Sakkyndige i barnelovssaker for domstolene: roller og rettssikkerhet.» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr.3 (s.178-230) og nr. 4 (s.296-316)
- Hov 2017 Hov, J. (2017). *Rettergang i Sivile saker* (3 utg.). Oslo: Papinian.
- Høstmælingen, Kjørholt & Sandberg 2008 Høstmælingen, N., Kjørholt, E. S. & Sandberg, K. (2008). *Barnekonvensjonen, Barnsrettigheter i Norge*. Oslo: Universitetsforlaget.
- Kvalø & Kôhler-Olsen 2016 Kvalø, K. K., & Kôhler-Olsen, J. (2016). *Barnerett i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.
- Kvello 2010 Kvello, Ø. (2010). *Barn i risiko, Skadelige*

*omsorgsituasjoner*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.

Monsen 2012

Monsen, E. (2012). *Innføring i juiridisk metode og oppgaveteknikk*. Bergen: Cappelen Damn Akademisk.

Mæland 2013

Mæland, H. J. (2013). *Kort prosess, En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*. (3 Utg.). Bergen: Justian AS

Oppedal 2008

Oppedal, M. (2008). «Vold og seksuelle overgrep som argument i avgjørelser etter barneloven.» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 2 (s.106-121)

Rui 2014

Rui, J. P. (2014). «Uskyldspresumsjonens vern mot omtale av straffesaker før straffedom og etter frifinnelse.» *Tidsskrift for strafferett*, nr.2 (s.119-143)

Rød, Ekeland & Thuen 2008

Rød, P. A., Ekeland, T. J., & Thuen, F. (2008). «Barns erfaringer med konfliktfylte samlivsbrudd: Problemforståelse og følelsesmessige reaksjoner.» *Tidsskrift for Norsk Psykologforening*, utg.5 (s. 555–562)

Skoghøy 2001

Skoghøy, J. E. A. (2001). *Tvistemål* (2 utg.) Oslo: Universitetsforlaget.

Strandbakken 2008

Strandbakken, A. (2008). «Uskyldspresumpsjonen og barneretten.» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 1 (s.1-3)

Strandberg 2012

Strandberg, M. (2012). *Beviskrav i sivile saker*. Bergen: Fagbokforlaget.



Søvig 2007

Søvig, K. H. (2007). «Antydninger om seksuelle overgrep i domspremissene.» *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 4 (s.317-323)

Øyen 2016

Øyen, Ø. (2016). *Straffeprosess*. Bergen: Fagbokforlaget.

## Andre kilder:

Aasland 2011

Aasland, M. W. (2011, 1. September). «Barn og seksualitet, og seksuelle overgrep.» Foredrag ved Universitetet i Stavanger.

Barnekomiteen 2006

Barnekomiteen: General Comment no. 8 (2006) The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (GC-2006-8-CRC)

Barne- og likestillings  
departementet 2016

Barne- og likestillingsdepartementet. (2016, 6. Juni). Ny rapport om foreldretvister i domstolene. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/ny-rapport-om-foreldretvister-i-domstolene/id2503120/>

Domstoladministrasjonen  
2017

Domstoladministrasjonen. (2017). Norges domstoler - Årsmelding 2016. Hentet fra <http://aarsmelding.domstol.no/#/>

Domstoladministrasjonen  
2017,18.08

Domstoladministrasjonen. (2017, 18. August). Foreldretvister. Hentet fra <https://www.domstol.no/no/Sivil-sak/Sakstyper/Foreldretvister/>

Nilsen, Skipstein &  
Gustavson 2012

Nilsen, W., Skipstein, A., & Gustavson, K. (2012).  
*Foreldrekonflikt, samlivsbrudd og mekling:  
Konsekvenser for barn og unge*. (FHI Rapport nr. 2,  
2012). Oslo: Folkehelseinstituttet.

Ridar & Giæver 2013

Ridar, T & Giæver, W. L. (2013, 29. September). «Barna  
som ikke blir trodd.» Publisert i Verdens Gang. Hentet  
18. August 2017 fra  
[http://www.vg.no/nyheter/innenriks/barna-som-ikke-blir-  
trodd/a/10143721/](http://www.vg.no/nyheter/innenriks/barna-som-ikke-blir-trodd/a/10143721/)

Strandberg 2016

Strandberg, M. (2016, 14. Desember). «Bevisretten.»  
Forelesning ved Universitetet i Bergen.