

# Uskyldspresumsjonens betydning i samværsaker med påstand om overgrep



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 626  
Leveringsfrist: 25. november 2011

Til sammen 15 710 ord

24.11.2011

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Presentasjon av tema	1
1.2	Kort om tolkning og anvendelse av EMK	3
1.3	Avgrensninger og presiseringer	4
1.3.1	Avgrensninger	4
1.3.2	Presiseringer av ord og uttrykk	6
1.3.3	Frifinnelse eller henleggelse	7
1.4	Videre fremstilling	7
<b><u>2</u></b>	<b><u>REDEGJØRELSE FOR HOVEDREGLENE FOR SAMVÆR ETTER SAMLIVSBRUDD</u></b>	<b><u>9</u></b>
2.1	Utgangspunkter	9
2.2	Kort om barnets beste	11
2.3	Nektelse av samvær	14
<b><u>3</u></b>	<b><u>USKYLDSPRESUMSJONEN</u></b>	<b><u>17</u></b>
3.1	Innledning	17
3.2	Innholdet i prinsippet	19
3.2.1	Innledning	19
3.2.2	Hvem uskyldspresumsjonen retter seg mot	21
3.2.3	Det materielle innhold	26
<b><u>4</u></b>	<b><u>FORHOLDET TIL USKYLDSPRESUMSJONEN VED FRIFINNELSE, HENLEGGELSE OG ANMELDELSE</u></b>	<b><u>29</u></b>

<b>4.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>29</b>
<b>4.2</b>	<b>Forholdet mellom straffesaker og sivile saker – beviskravet</b>	<b>30</b>
<b>4.3</b>	<b>Kan nektelse av samvær være i strid med uskyldspresumsjonen?</b>	<b>36</b>
4.3.1	Innledning	36
4.3.2	Straffesaken er ennå ikke avgjort	37
4.3.3	Straffesaken er avgjort	41
<b>4.4</b>	<b>Hvor skal så grensen for når uskyldspresumsjonen er krenket trekkes?</b>	<b>46</b>
<b>5</b>	<b><u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u></b>	<b>51</b>

---

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema

Det er et grunnleggende rettsstatsprinsipp at enhver skal anses uskyldig inntil skyld er bevist etter loven. Dette følger bl.a. av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 6 (2) hvor denne rettigheten er formulert slik:

”Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proven guilty according to law”.

Ordlyden ”everyone” viser til at alle i utgangspunktet er vernet av EMK, og denne rettigheten kommer også til uttrykk i barnekonvensjonen (BK) art. 40 bokstav b som har som formål å styrke barns rettigheter.<sup>1</sup>

Problemstillingen i denne avhandlingen er uskyldspresumsjonens betydning i saker der nektelse av samvær med barn er begrunnet i påstander om seksuelle overgrep og det ikke foreligger noen fellende straffedom. Hvordan etterlever retten den siktedes rett til å anses uskyldig inntil det motsatte er bevist?

Det finnes svært lite rettspraksis på området. Forholdet mellom nektelse av samvær basert på påstander om overgrep og uskyldspresumsjonen er ikke behandlet av Høyesterett, heller ikke av Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). Uskyldspresumsjonens betydning er imidlertid utførlig behandlet både i norsk rett og i EMD, hvor Norge har blitt dømt for

---

<sup>1</sup> Barnekonvensjonen gjelder alle barn frem til de fyller 18 år, jf. art. 1.

krenkelse av EMK art. 6 (2) flere ganger.<sup>2</sup> Disse sakene gjelder imidlertid erstatning, både i form av oppreisning til fornærmede og etterlatte etter frifinnelser i straffesaker, og i form av erstatningskrav mot den norske stat for uberettiget forfølgning av den frifunnede. I erstatningssakene der det dreier seg om drap, seksuelle overgrep eller andre typer av voldshandlinger mot en fornærmet er det ikke tvil om selve faktum i saken. En straffbar handling er foretatt, men det er ikke bevist hvem som har utført den. Praksisen med illeggelse av erstatning etter frifinnende straffedom i disse tilfellene er begrunnet både i bevisbyrdereglene, og i hensynet til at den fornærmede eller de etterlatte skal få en oppreisning for skaden de er påført til tross for at ingen strafferettslig kan dømmes for ugjerningen.<sup>3</sup> Begrunnet i de sivile sakenes forskjellige natur vil andre hensyn gjøre seg gjeldende samværssaker enn i erstatningssaker. Jeg vil i det følgende undersøke om det kan trekkes retningslinjer fra EMDs avgjørelser i erstatningssakene som kan bidra til å klargjøre problemstillingen som tas opp i denne avhandlingen.

Rent praktisk er situasjonen ofte den at en barnefordelingssak og en anmeldelse mot den ene parten kommer inn for retten omtrent samtidig.<sup>4</sup> Dersom det foreligger et forhold mor ønsker å anmelde, har hun gjerne flyttet ut når dette skjer. Hun vil som oftest ikke bli boende med en ektefelle hun ønsker å anmelde for overgrep.<sup>5</sup> Se eksempelvis her dommen i Rt. 1989 s. 320 hvor anmeldelse mot mannen for overgrep overfor hans stedatter var årsaken til at partene flyttet fra hverandre og konflikten om barna oppsto. En annen situasjon har vi der det er gjennomført en etterforskning som har ført til henleggelse, eller hvor siktede blir frifunnet.

Ifølge praktikerne på feltet er anmeldelser mot den ene parten en praktisk problemstilling som med jevne mellomrom oppstår under behandlingen av barnefordelingssaker.<sup>6</sup> I noen

---

<sup>2</sup> Se *Hammern v. Norway*, *O v. Norway*, *Y v. Norway* og *Orr v. Norway*.

<sup>3</sup> Se f. eks. *Ringvold v. Norway*.

<sup>4</sup> Etter samtale med advokat Christian Bye.

<sup>5</sup> Se om begrepsbruken i punkt 1.3.2.

<sup>6</sup> Etter samtale med advokat Christian Bye.

tilfeller stemmer beskyldningene, i andre tilfeller er det et siste desperat forsøk på å ramme far i den hensikt å styrke sin egen sak og eventuelt resultere i at mor får beholde barna.<sup>7</sup>

## 1.2 Kort om tolkning og anvendelse av EMK

Ved ratifikasjonen av EMK har Norge påtatt seg ansvaret å sikre borgerne de rettighetene som kommer til uttrykk i konvensjonen, jf. art. 1. Dette betyr at norske domstoler må anvende nasjonal rett på en måte som ikke strider mot våre forpliktelser i henhold til konvensjonen. Den europeiske menneskerettskonvensjonen er inkorporert i norsk rett i medhold av menneskerettsloven (mrl.) av 1999 § 2 nr 1, og gjelder med dette som norsk formell lov. Ved en eventuell konflikt går konvensjonens bestemmelser også foran nasjonal rett, jf. mrl. § 3. Situasjonen er den samme hva gjelder FNs Barnekonvensjon (BK), jf. mrl § 2 nr 4. Lovens hensikt er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett og søke å skape en sikrere oppfatning om menneskerettskonvensjonenes rettslige stilling.<sup>8</sup>

Rettskildebildet i internasjonal rett er noe annerledes enn det vi er vant med i norsk rett.

Ordlyden er også her utgangspunktet for å finne frem til reglene som gjelder.

Konvensjonstekstene karakteriseres imidlertid særlig ved vage språklige formuleringer som skal fange opp alle aktuelle situasjoner. Avgjørelser fra EMD blir derfor en viktig kilde for å klarlegge innholdet i de forskjellige bestemmelsene. Rettsanvenderen plikter således å legge vekt på Norges forpliktelser etter EMK ved anvendelsen av nasjonal rett. Ved anvendelsen av EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen, men de skal samtidig benytte EMDs tolkningsmetode.<sup>9</sup> Det vil si at retten skal forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og praksis fra domstolen. Konvensjonen skal tolkes dynamisk, med den reservasjon at det i første rekke

---

<sup>7</sup> Se punkt 1.3.2.

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) s. 60.

<sup>9</sup> Rt. 2000 s. 996.

er EMD som skal utvikle konvensjonen.<sup>10</sup> Dette følger av plenumskjennelsen i Rt. 2005 s. 833 med henvisning til tre tidligere avsagte plenumsdommer hvor dette er uttalt og fulgt opp.<sup>11</sup>

### 1.3 Avgrensninger og presiseringer

#### 1.3.1 Avgrensninger

Rettstilstanden i Norge i dag gjør det mulig å frikjenne i straffesak, for senere eller samtidig gjøre det påtalte forhold til gjenstand i sivil sak og pålegge tiltalte erstatningsplikt.<sup>12</sup> Dette kan i utgangspunktet skape problemer med hensyn til uskyldspresumsjonen fordi behandlingen i den sivile saken kan reise tvil om riktigheten av den strafferettslige frifinnelsen. Høyesterett har imidlertid uttalt at en slik praksis ikke medfører en krenkelse av våre forpliktelser i henhold til EMK art 6 (2), forutsatt at den sivile saken gjennomføres uten på noen måte å konstatere skyld i strafferettslig forstand.<sup>13</sup>

For det første kan problemet oppstå hvis den tiltalte frikjennes for den straffbare handlingen, og i den samme saken, eller senere, blir dømt til å betale erstatning til den fornærmede eller de etterlatte.<sup>14</sup>

For det andre kan spørsmålet oppstå når den frikjente søker erstatning fra staten for uberettiget forfølgning etter sakens slutt i medhold av strpl. § 444. Uskyldspresumsjonen kan komme til anvendelse når personen ikke blir tilkjent full eller delvis erstatning etter frifinnende straffedom.

---

<sup>10</sup> Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45.

<sup>11</sup> Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2003 s. 359.

<sup>12</sup> Se bl.a Rt. 1998 s. 445, Strandbakken 2003 s. 232.

<sup>13</sup> Se f. eks. Rt. 1999 s. 1363.

<sup>14</sup> Se straffeprosessloven § 3 og skadeserstatningsloven § 3-5.

Ved seksuelle overgrep som skjer innad i familien, vil vanligvis barnevernet kobles inn. Det er som regel nødvendig for å få overgrepene til å opphøre, og for å gi barnet den beskyttelsen det trenger. I enkelte tilfeller kan det være nødvendig for barnevernet å overta omsorgen for barnet.<sup>15</sup> Reglene om barnevernets ansvar for inngripen overfor barn som utsettes for overgrep i familien, vil ikke bli behandlet. Heller ikke foreldrenes rett til samvær ved omsorgsovertakelse.<sup>16</sup> Tema for denne fremstillingen er som nevnt samværsretten for foreldre etter samlivsbrudd.

En viktig del av omsorgen for barn er reglene om foreldreansvaret, som reguleres i barneloven kapittel 5. Utgangspunkt og hovedregel er at foreldre som har vært gift har foreldreansvaret sammen dersom ikke annet er avtalt, jf. bl. § 34 i.f. Dette gjelder foreldrenes bestemmelsesrett i personlige beslutninger vedrørende barnet i dagliglivet. Dette er en annen side ved foreldrenes forpliktelser overfor barnet og vil ikke bli behandlet nærmere.

Det som tas opp her, er retten til *samvær* med barn. Situasjonen der det foreligger mistanke om overgrep ved avgjørelsen av foreldreansvar og daglig omsorg, vil ikke bli behandlet. I situasjoner der det foreligger mistanke om overgrep overfor barn, kan også løsningen bli at samvær fastsettes, men for eksempel med tilsyn eller med en svært begrenset adgang til samvær som et alternativ til å nekte samvær helt.<sup>17</sup> Dette behandles heller ikke særskilt her.

På barnerettens område er FNs barnekonvensjon et viktig instrument som tar sikte på sikre barns rettigheter spesielt. Hovedvekten vil allikevel her ligge på EMK art. 6 (2). Begrunnelsen for dette er at barnekonvensjonen ikke har noen egen domstol eller et individuelt klageorgan som etterprøver statenes etterlevelse av den. Det er nedsatt en Komité som har i oppgave å vurdere rapporter fra statene om gjennomføringen av BK i

---

<sup>15</sup> Barnevernloven § 4-12, Barnekonvensjonen (2009) s. 273.

<sup>16</sup> Barnevernloven § 4-19.

<sup>17</sup> Se for eksempel Rt. 1998 s. 562.



nasjonal rett og gi tilbakemeldinger basert på dette.<sup>18</sup> Statene som har ratifisert konvensjonen, har en rapporteringsplikt til FNs komité for barns rettigheter.<sup>19</sup> På bakgrunn av denne rapporten overvåker barnekomitéen statenes nasjonale gjennomføring av konvensjonens bestemmelser.<sup>20</sup> FNs barnekomité fungerer som et overvåkningsorgan og gir i forbindelse med dette ut generelle kommentarer om tolkningen av konvensjonens bestemmelser.<sup>21</sup> Det finnes ikke noe klageorgan som kan overprøve enkeltsaker fra nasjonal rett og hvordan konvensjonen overholdes, slik som EMD håndhever EMK. Komitéen har imidlertid ikke utgitt noen klare retningslinjer i forbindelse med tolkningen av barnekonvensjonens bestemmelser om barnets rett til å vokse opp med og kjenne sine foreldre, og unntakene fra dette der det er til barnets beste.<sup>22</sup> Hva disse bestemmelsene innebærer er derfor noe usikkert. Barnekonvensjonen får av denne grunn en mer beskjeden betydning her.

### 1.3.2 Presiseringer av ord og uttrykk

For enkelthets skyld vil jeg i denne fremstillingen bruke "far" som eksempel når jeg refererer til den av foreldrene som er anklaget for overgrep. Det erkjennes at også mor kan være overgriper, men fordi praksis viser at far er overrepresentert i disse sakene, velger jeg denne begrepsbruken.<sup>23</sup>

I mange av dommene skal det fattes avgjørelse om midlertidig samvær frem til barnefordelingssaken er rettskraftig.<sup>24</sup> Uansett om det fastsettes midlertidig samvær eller samvær over en lengre tidsperiode, blir vurderingstemaet det samme: om far har begått

---

<sup>18</sup> Se BK art. 43 (1) og art. 44 (1).

<sup>19</sup> BK art. 44 (1).

<sup>20</sup> Barnekonvensjonen (2009) s. 19.

<sup>21</sup> Se BK art. 43-45.

<sup>22</sup> Se BK art. 9 og art. 19.

<sup>23</sup> Se eksempelvis dommene som behandles nedenfor under kap. 4.

<sup>24</sup> Barneloven § 60.

overgrep og hvorvidt barna vil bli utsatt for nye overgrep ved å ha samvær med ham. Midlertidige avgjørelser skal også avgjøres ut fra hva som er best for barnet, jf. bl. § 48. Derfor vil jeg også anvende praksis som gjelder midlertidige avgjørelser av samvær i drøftelsene nedenfor i kapittel 4.

### 1.3.3 Frifinnelse eller henleggelse

Der det foreligger frifinnende dom, er det ingen tvil om at den frikjente er vernet av uskyldspresumsjonen. Den tiltalte har en dom på at han ikke er skyldig i den i tiltalen nevnte straffbare handling, og da følger det av uskyldspresumsjonen at vedkommende har et vern mot å bli omtalt som skyldig. I disse tilfellene finnes det regler for hva det offentlige kan uttale vedrørende personens skyld, jf. punkt 3.2 nedenfor.

I enkelte saker kan det være slik at det under etterforskningen ikke fremskaffes nok bevis til at det kan utferdiges tiltale mot den mistenkte, dvs. politiet har ikke funnet sterke nok bevis for å tilfredsstillende beviskravet i straffesaker. Da henlegges saken på grunn av bevisets stilling.<sup>25</sup> Saken har ikke vært gjennom en domstolsbehandling, og den siktede er ikke frikjent som sådan, men det foreligger ingen dom på straffansvar. Etter det som følger av uskyldspresumsjonens innhold<sup>26</sup>, bør man etter en henleggelse ha samme krav på vern mot uttalelser om straffeskyld i en etterfølgende sivil sak som etter en frifinnelse.

## 1.4 Videre fremstilling

I det følgende behandles hovedreglene for foreldres rett til samvær med barna etter samlivsbrudd samt reglene for nektelse av slikt samvær i kapittel 2. Videre skal det gjøres rede for uskyldspresumsjonen som rettslig institutt i kapittel 3. Deretter skal

---

<sup>25</sup> Andenæs (2009) s. 340-341.

<sup>26</sup> Se punkt 3.2.

uskyldspresumsjonens betydning ved nektelse av samvær etter frifinnende dom eller henleggelse vedrørende overgrep gjennomgås. Dette drøftes i kapittel 4.

## 2 Redegjørelse for hovedreglene for samvær etter samlivsbrudd

### 2.1 Utgangspunkter

Retten barn og foreldre har til samvær med hverandre, reguleres av lov om barn og foreldre av 1981, barnelova (bl.). Denne loven erstattet to barnelover av 1956, én for barn født i ekteskap og én for barn født utenfor ekteskap. Den nye barneloven likestilte barn født i og utenfor ekteskap og ga de to gruppene like rettigheter. Videre gikk den langt i å sette barnet i fokus som eget rettssubjekt. I de tidligere lovene sto foreldrene og deres behov i fokus. Hovedhensynet bak utformingen av loven av 1981 er hensynet til barnets beste, noe som eksplisitt kommer til uttrykk i forbindelse med saksbehandlingen i bl. § 48. Videre skal samvær også fastsettes med hensyn til barnets beste, jf. § 43. Barneloven er hovedsakelig en privatrettslig lov som regulerer forholdet mellom foreldrene og barna. Konflikter mellom barn og foreldre lar seg imidlertid ikke enkelt løse ved hjelp av rettsregler. De er ikke nødvendigvis egnet for konfliktløsning. Det er i første omgang holdningene til personene selv som avgjør forholdet dem imellom og konfliktene er vanskelige å etterprøve juridisk.<sup>27</sup> De fleste avgjørelsene som skal tas i forholdet mellom barn og foreldre gjelder dagligdagse gjøremål. Det er ikke enkelt å vite hva som foregår innenfor et hjemms fire vegger. Det fremheves imidlertid i teorien at reglene i bl. kan virke holdningsskapende.<sup>28</sup> Ved samlivsbrudd er loven mer sentral. Foreldrene kan etter et brudd være uenige om fordelingen av ansvaret for barna og rettsapparatet kobles inn for å avgjøre tvisten.<sup>29</sup> Loven inneholder en del saksbehandlingsregler for domstolene ved behandlingen av samværsaker. Reglene om samvær står i bl. kap 6, og den nærmere saksbehandlingen er

---

<sup>27</sup> Smith (2007) s. 21.

<sup>28</sup> Smith (2007) s. 22.

<sup>29</sup> Barneloven § 56 første ledd første punktum.

regulert i kap. 7. Reglene om omfanget av samværet og den praktiske utførelsen er skjønnsmessige slik at ordningen fastsettes etter det overordnede hensynet om hva som er til det beste for barnet, jf. § 48.

Den klare hovedregel ved et samlivsbrudd er at barnet har rett til samvær med begge foreldrene selv om de ikke bor sammen. Hovedregelen følger av bl. § 42 første ledd første punktum. Barnelovens utgangspunkt ved samlivsbrudd er at én av foreldrene beholder den daglige omsorgen for barnet, mens den andre får en samværsrett, jf. bl. § 43 første ledd første punktum. Denne gir uttrykk for foreldrenes rett til samvær med barnet, mens § 42 gir regler om barnets rett til samvær med begge sine foreldre. Barn og foreldre har en gjensidig rett til samvær med hverandre. Hvordan dette skal gjennomføres i praksis, og hvor omfattende denne retten skal være, er for en stor del opp til foreldrene å avgjøre, jf. § 43 første ledd annet punktum. Det er antatt at det i de fleste tilfeller er til barnets beste å kjenne og ha kontakt med begge sine foreldre. Omfanget av samværet skal settes til det foreldrene antar er til det beste for barnet, jf. § 43 annet ledd første punktum. En fullstendig nektelse av samvær representerer et unntak fra dette utgangspunktet.

Retten tilstreber en velfungerende samværsordning. I barnefordelingssaker generelt legges det stor vekt på hvem av foreldrene som kan bidra til en fruktbar gjennomføring av ordningen som fastsettes, og denne får gjerne tildelt ansvaret for fast bosted. Dette bidrar til best mulig foreldrekontakt, noe som er et viktig utgangspunkt i disse sakene ettersom det antas at barna i utgangspunktet har behov for samvær med begge foreldrene.<sup>30</sup> Et annet ofte betydningsfullt argument i barnefordelingssakene generelt, er hensynet til risikoen ved miljøskifte. Det innebærer at retten legger vekt på om status quo bør opprettholdes, dvs. at barnet bør bli der det har bodd tidligere. Det blir spesielt viktig der foreldrene bor langt fra hverandre. Ved for eksempel overføring fra far til mor, eller omvendt, kan barnet miste den daglige kontakten med viktige personer i dets liv. Det kan eksempelvis dreie seg om

---

<sup>30</sup> Se f. eks. Rt. 2005 s. 682 og Rt. 2010 s. 216 avsnitt 38. I sistnevnte avgjørelse tilsa hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt at barnet ble flyttet til far, men belastningen barnet ville påføres ved miljøskifte ble her avgjørende.

steforeldre, venner og/eller besteforeldre. Det er i mange tilfeller viktig at barna får beholde sitt miljø både med hensyn til venner og familie.<sup>31</sup> Noe annet som er fremtredende er hensynet til hva barna selv ønsker, jf. bl. § 31.<sup>32</sup> Selv om det er flere av disse momentene som går igjen i avgjørelsene fra Høyesterett i barnefordelingssakene, vil de ikke alltid slå ut på samme måte i de forskjellige sakene. Rettspraksis bærer preg av en svært konkret vurdering i disse sakene.<sup>33</sup> Det blir satt særlig på spissen der disse momentene må vurderes opp mot påstander om overgrep mot en av foreldrene.

Det følger også av BK art. 9 at barnet i utgangspunktet skal vokse opp med sine foreldre. Dersom dette ikke er mulig fastsettes det i art. 9 (3) at barnet i utgangspunktet skal ha kontakt med begge foreldrene. I samme bestemmelse nr. (1) åpnes det også for unntak fra dette hvor det er nødvendig av hensyn til barnets beste.

Barnets beste-prinsippet er et barnerettslig prinsipp som gir uttrykk for avveiningen av de relevante hensynene i barneretten: avgjørelser skal tas til barnets beste. I det følgende skal jeg redegjøre noe mer konkret for hva som ligger i dette prinsippet.

## 2.2 Kort om barnets beste

I utgangspunktet er dette et prinsipp som skal ivaretas når det tas avgjørelser etter barneloven. Det er uklart hva det konkret innebærer, men dets stilling i barneretten i dag gjør at det er et rettslig prinsipp som skal tillegges stor eller avgjørende vekt.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Se f. eks. Rt. 2010 s. 216 hvor status quo ble opprettholdt. Motsetningsvis Rt. 2005 s. 682 hvor barnet ble flyttet fordi miljøskiftet ble ansett å være utelukkende positivt.

<sup>32</sup> Se f. eks Rt. 2007 s.376. Se motsetningsvis Rt. 2005 s. 682 hvor retten gikk mot et klart ønske fra barnet.

<sup>33</sup> Smith (2007) s.140-150.

<sup>34</sup> Barneloven § 48, BK. art. 3.

Etter bl. § 48 skal den løsning velges som antas å være til barnets beste i den konkrete situasjonen. Dette må nødvendigvis bero på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, da barn er meget forskjellige, og det dreier seg ofte om grunnleggende ulike situasjoner. Høyesterett slår fast i dommen inntatt i Rt. 1989 s. 148 at samvær er utgangspunkt og hovedregel for den av foreldrene som ikke har den daglige omsorgen. Saken dreide seg om en far som ønsket vanlig samværsrett med sin 7 år gamle datter, mens moren ville ha dom for at faren ikke skulle få samvær med datteren på grunn av negative egenskaper hos ham. Faren ble tilkjent samværsrett. Retten uttaler her at ”dersom samvær helt skal nektes en far eller mor på grunn av vedkommendes personlige egenskaper, må det normalt dreie seg om negative egenskaper utover normal variasjonsbredde.” Det skal således mer til enn foreldrenes konfliktsituasjon for å nekte den ene parten samvær. Det følger av § 43 første ledd annet punktum at dette hensynet spesielt gjelder ved avgjørelsen om samværsrett.

Det følger også av BK art. 3 at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Barnekonvensjonens bestemmelse er enda videre formulert enn barnelovens bestemmelse i § 48 og retter seg både mot barnet konkret og barn generelt.<sup>35</sup> Det følger av mrl. § 2, jf. § 3 at norsk lovtekst skal tolkes i lys av denne.

Siden BK ikke har noe eget klageorgan eller en domstol, vil det i mange tilfeller være uklart hva de forskjellige artiklene innebærer, og hvilke rettigheter de gir.<sup>36</sup> Særlig ”barnets beste” er et prinsipp det er knyttet en del usikkerhet til. Barnekomitéen utgir såkalte *General comments* vedrørende innholdet i bestemte artikler og andre særlige spørsmål.<sup>37</sup> Disse er ikke rettslig bindende, men de kan gi nyttige retningslinjer.<sup>38</sup> Komitéen har uttalt

---

<sup>35</sup> Barnekonvensjonen (2009) s. 48.

<sup>36</sup> Se punkt 1.3.1.

<sup>37</sup> Barnekonvensjonen (2009) s. 17.

<sup>38</sup> Barnekonvensjonen (2009) s. 20.

at barnets beste-prinsippet er et av de fire generelle prinsippene i konvensjonen.<sup>39</sup> Dette skal være et grunnleggende hensyn ved anvendelse av de øvrige bestemmelsene i BK.

I NOU 2008:9 om saksbehandlingen i barnefordelingssaker under pkt. 6.1 er det redegjort nærmere for barnets beste-prinsippet:

“Barnets beste er imidlertid et mangfoldig begrep og har avstedkommet mye diskusjon knyttet til den nærmere fortolkningen. Det er et dynamisk begrep som andre hensyn – også hensynet til likestilling mellom foreldre – må prøves opp mot. Å søke etter omsorgsløsninger som er til barnets beste, er å søke etter det aktuelle barnets erfaringsverden, hva som kan bidra til oppfyllelse av dette barnets særlige behov og dets muligheter. Både i norsk og nordisk rett ser man en utvikling der fokus i lovgivningen har blitt flyttet fra foreldrene til barnet”.

Dette gjør det klart at barnets beste-prinsippet ikke har et klart innhold. Som vurderingstema gir det rom for skjønn, og det må foretas en konkret totalvurdering i hver enkelt sak. Prinsippet søker å ta hensyn til ethvert barns beste i alle tenkelige situasjoner. Det er derfor formulert vidt så det skal fange opp alle de forskjellige typetilfellene som kan oppstå. En konsekvens av dette er at det er nødvendig å sette prinsippet inn i en kontekst for å gi det et klarere innhold. Barnekonvensjonens rettighetskatalog gir en viss pekepinn med hensyn til hva som ligger i prinsippet.<sup>40</sup> Avgjørelser i barnefordelingssaker generelt i norsk rettspraksis tyder på at det er noen bestemte momenter som går igjen når det vurderes om noe er til barnets beste eller ikke.<sup>41</sup> Det skal imidlertid foretas en konkret individuell vurdering, og momentene kan ha helt forskjellig betydning i de ulike sakene.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Generell kommentar nr. 5. De øvrige tre er retten til ikke-diskriminering i art. 2, retten til liv i art. 6 og retten til å bli hørt i art. 12.

<sup>40</sup> Art. 3 om barnets beste er et av de fire generelle prinsippene i konvensjonen og de øvrige rettighetene skal vurderes i lys av denne.

<sup>41</sup> Se punkt 2.2.

<sup>42</sup> Smith (2007) s. 140.



Rettspraksis på barnerettens område viser også at hensynet til barnets beste er det helt overordnede hensyn ved avgjørelsen. I samværssaker ved mistanke om overgrep har kjæremålsutvalget uttalt i Rt. 1994 s. 940 at lagmannsretten etter deres mening har tatt det riktige rettslige utgangspunkt når den i sin vurdering har lagt til grunn at samværsspørsmålet i hovedsak skal avgjøres ut fra hva som er det beste for barnet.

### 2.3 Nektelse av samvær

Den klare hovedregel er etter dette at den av foreldrene som barnet ikke skal bo fast hos, får en samværsrett. Bestemmelsen i § 43 første ledd tredje punktum gir imidlertid hjemmel for å nekte samvær dersom dette ikke er til barnets beste. Er det tilfelle skal retten avgjøre at det ikke skal fastsettes samvær overhodet. Denne delen av bestemmelsen ble føyd til ved en lovendring av 7. april 2006 nr. 6, og det følger av forarbeidene at denne særlig tar sikte på de situasjonene hvor barnet har vært utsatt for psykiske, fysiske eller seksuelle overgrep, eller hvor det er fare for at slike overgrep kan finne sted. Det presiseres her at det med seksuelle overgrep mot barn menes overgrep begått av personer som har en foreldrerolle eller en omsorgsrolle overfor barnet. Dette tilsier at bestemmelsen retter seg mot alle som står i en slik posisjon overfor barnet, uavhengig av biologi. Dette omfatter for eksempel også adoptivforeldre og andre som står i en omsorgsposisjon. Det heter at overgrep blant annet omfatter at barnet tvinges, skremmes eller lures til samleie eller andre seksuelle handlinger som for eksempel sjikane, beføling eller blotting. De forskjellige typer av seksuelle overgrep som omfattes defineres i straffeloven (strl.) kapittel 19.<sup>43</sup>

Barnets beste-prinsippet har alltid fulgt av § 48, men ved lovendringen presiseres det at barnets beste er det helt avgjørende i slike saker til tross for det klare utgangspunktet om samværsrett for foreldrene.<sup>44</sup> Det følger i tillegg av § 48 andre ledd at det ved avgjørelsen

---

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 54.

<sup>44</sup> Smith (2007) s. 180.

om samvær skal tas hensyn til at barn ikke under noen omstendighet må plasseres i en situasjon som utsetter deres psykiske eller fysiske helse for skade eller fare. Det heter i forarbeidene at det ligger en klar lovgivervilje bak denne bestemmelsen.<sup>45</sup> Det sies uttrykkelig at hensikten med tilføyelsen av denne setningen i 2006, er å sikre at det legges tilstrekkelig vekt på hensynet til barnet i slike saker.

De vanligste grunnene til at samvær nektes, er personlige egenskaper hos samværsforelderen, altså den som ikke har barnet fast boende hos seg.<sup>46</sup> At far har forgrepet seg på barna er resultatet av en personlig brist som kan begrunne nektelse av samvær. Utgangspunktet er klart: dersom det er *påvist* seksuelle overgrep mot barn, blir overgriperen nektet å ha samvær med barna det gjelder.<sup>47</sup> Mer problematisk kan det bli når det bare foreligger en mistanke om at overgrep har skjedd. Høyesterett har nektet far samvær på grunn av fare for seksuelt misbruk i to dommer fra 90-tallet.<sup>48</sup>

Dersom det fremmes påstander om overgrep i forbindelse med en barnefordelingssak, plikter retten å ta hensyn til disse. I forarbeidene nevnes en del momenter som har betydning for avgjørelsen av slike saker. Disse inngår i barnets beste-vurderingen.<sup>49</sup> Retten må her foreta en vurdering av de faktiske forholdene og på bakgrunn av dette komme til en avgjørelse. Dette er en svært vanskelig vurdering å ta, hvor sterke menneskelig hensyn gjør seg gjeldende på begge sider av saken. Noen av momentene som fremheves i forarbeidene, er for det første hvordan foreldrene opptre overfor hverandre og barnet. Det eksemplifiseres ikke i forarbeidene, men det kan tenkes at det pekes på interaksjonen familiemedlemmene mellom, hvordan foreldrene fungerer nettopp som foreldre og hvordan barnet blir ivaretatt. Måten foreldrene forholder seg til hverandre og barnet på kan bidra til å hjelpe retten til å ta en riktig avgjørelse med hensyn til om overgrep har skjedd eller ikke.

---

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 57.

<sup>46</sup> Smith (2007) s. 180.

<sup>47</sup> Strandbakken (2008) s. 1.

<sup>48</sup> Rt. 1994 s. 940 og Rt. 1998 s. 562.

<sup>49</sup> Ot.prp. nr. 103. (2004-2005) s. 24-25.

Det skal videre legges vekt på overgrepets grad av voldelighet.<sup>50</sup> Her vil seksuelle overgrep ha en høy grad av voldelighet. Slike overgrep har en helt annen grad av krenkelse og alvorlighet i seg enn eksempelvis fysiske avstraffelser og lignende, selv om dette også er alvorlig.

Den største utfordringen ved slike saker, er å komme til en *riktig* avgjørelse. Det er svært sjelden partene sitter med fallende bevis for de påståtte overgrepene. På den ene siden har foreldrene rett til samvær med barna sine.<sup>51</sup> På den annen side kan det ikke tas noen sjanser i forbindelse med barn og den beskyttelse de har krav på. Det er nettopp disse situasjonene barneloven § 43 første ledd tredje punktum tar sikte på. Dette kan bety at selv ved frifinnelse eller henlagt sak kan forelderen miste retten til samvær barna sine. En slik saksgang vil i mange tilfeller også kunne medføre at vedkommende forelder blir ansett skyldig av lokalsamfunnet og samfunnet for øvrig. Dette kan igjen føre til problemer for forelderen i møte med hverdagen og daglige gjøremål. Som utgangspunkt har barnet også rett til samvær med foreldrene, og det er antatt at det er verdifullt for barnet å kjenne begge sine foreldre.<sup>52</sup> Det er lagt til grunn i rettspraksis at det i utgangspunktet skal ganske tungtveiende grunner til for å nekte samvær.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Ot.prp. nr. 103. (2004-2005) s. 24-25.

<sup>51</sup> Barneloven § 43.

<sup>52</sup> Barneloven § 42 og Ot.prp. nr. 103 (2004-2005).

<sup>53</sup> Se f. eks. Rt. 1996 s. 888 og Rt. 2010 s. 216.

### 3 Uskyldspresumsjonen

#### 3.1 Innledning

Prinsippet om at tiltalte skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist, er et grunnleggende og fundamentalt prinsipp i enhver rettsstat.<sup>54</sup> Etter vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999 er prinsippet gitt stilling som norsk formell lov gjennom en rekke internasjonale konvensjoner Norge er bundet av, jf. mrl. § 2. Denne rettigheten følger av EMK art. 6 (2), hvor det heter i den autentiske engelske versjonen at "everyone charged with a criminal offence is innocent until proven guilty according to law", og i den norske oversettelsen "enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal anses uskyldig inntil skyld er bevist etter loven". Det følger av EMDs praksis at dette er en konkretisering av kravet om rettferdig rettergang i sivile saker og straffesaker, nedfelt i art. 6 nr. 1.<sup>55</sup> Det er således et grunnleggende krav til en rettferdig rettergang. Dette prinsippet er også nedfelt i konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 nr. 2. Her er prinsippet formulert slik: "Enhver som er siktet for en straffbar handling skal anses uskyldig inntil hans skyld er bevist etter loven". Denne rettigheten gjelder for alle mennesker som blir straffeforfulgt, også for barn som forfølges strafferettslig. I henhold til barnekonvensjonen av 1989 forplikter medlemsstatene seg i art. 40 til å sikre at barn som forfølges under loven tilkjennes visse minimumsrettigheter. Det spesifiseres i BK art. 40 nr. 2 bokstav b (i) at statene blant annet skal sikre at ethvert barn som anklages for å ha begått et straffbart forhold, skal bli ansett uskyldig inntil det motsatte er bevist.

---

<sup>54</sup> Strandbakken (2003) s. 27, Aall (2007) s. 367.

<sup>55</sup> Se f.eks. *Phillips v. The UK*.

Før 1999 var også uskyldspresumsjonen et godt forankret prinsipp i norsk rett, jf. blant annet Rt. 1999 s 1363. Enkelte sider av uskyldspresumsjonen anses også som sedvanerett.<sup>56</sup> Dette gjelder ifølge teorien det strenge beviskravet i straffesaker og prinsippet om at påtalemyndigheten har bevisbyrden, noe som også kan trekkes ut av prinsippet i EMK art. 6 (2). Dette behandles nærmere under i kapittel 3.2.

Norge ble dømt for å ha krenket uskyldspresumsjonen i tre dommer som ble avsagt 11. februar 2003. Alle gjaldt erstatning, to av dem gjaldt den frifunnedes erstatningskrav mot staten for uberettiget forfølgning, og én av dem erstatningsansvar pålagt den frifunnede overfor fornærmedes etterlatte.

Norsk rettspraksis har, som nevnt innledningsvis, godtatt at tiltalte i en straffesak etter frifinnelse likevel får avgjørelsen mot seg i en erstatningssak i forbindelse med den samme handlingen. Rent juridisk begrunnes dette med at kravet til bevisets styrke er forskjellig hva gjelder det strafferettslige og det sivilrettslige. Det er antatt i norsk rettspraksis at presumsjonen ikke er til hinder for at den samme handlingen igjen tas opp til behandling i en sivil sak. Det innebærer ikke en krenkelse av Norges forpliktelser under konvensjonen at den frifunnede taper den sivile saken på bakgrunn av den samme handlingen, så lenge det skjer på en måte som ikke trekker i tvil frifinnelsen<sup>57</sup>. Dette har også EMD godtatt.<sup>58</sup> En etterfølgende samværssak berører de samme problemene, men står imidlertid også i en annen stilling enn erstatningssakene. I samværssaken dreier det seg om et annet menneske, ikke en sum penger. På en side står hensynet til en mulig uskyldig far, og at barnets beste i utgangspunktet da vil være å ha samvær med ham. På den annen side står hensynet til at far kan være en mulig overgriper og at barnets beste i disse tilfellene vil være ikke å ha samvær med ham.

---

<sup>56</sup> Strandbakken (2003) s. 129.

<sup>57</sup> Rt. 1999 s. 1363, Aall (2003) s. 249.

<sup>58</sup> Se bl.a *Y v. Norway*.

## 3.2 Innholdet i prinsippet

### 3.2.1 Innledning

Det er vanskelig å kartlegge innholdet i prinsippet ut fra ordlyden selv. For å finne frem til innholdet i prinsippet må man gå til andre kilder, spesielt praksis fra EMD.<sup>59</sup> Klager fra personer som har fått en sivil dom mot seg etter en frifinnende straffedom, er behandlet flere ganger i EMD. Det er flere konvensjonsstater som har et rettssystem som medfører at en slik ordning kan bli utfallet, slik det også påpekes i *Ringvold v. Norway*. Domstolen fremhever at ordlyden ikke kan tolkes dit hen at uskyldspresumsjonen uten videre rammer slike tilfeller, og at en slik praksis ikke er konvensjonsstridig i seg selv. Det heter:

”... in a significant number of Contracting States, an acquittal does not preclude establishing civil liability in relation to the same facts.”<sup>60</sup>

Det synes som om EMD med uttrykket ”civil liability” her gir anvisning på erstatningsrettslig ansvar, ikke sivile saker generelt. Spørsmålet blir om det kan tolkes dit hen at denne uttalelsen også kan få anvendelse i samværsaker. Svaret på dette spørsmålet vil kunne få betydning for vurderingen av om å nekte samvær på bakgrunn av mistanker om overgrep i seg selv er i strid med uskyldspresumsjonen, eller om den i utgangspunktet går klar av denne.

En praksis som går ut på å kunne frifinne i straffesaken for deretter å ilegge ansvar i en sivil sak som omhandler samme faktum, kan stride mot de flestes logikk og rettferdighetsfølelse. Allikevel er denne praksisen av jurister sett som nødvendig og godt begrunnet i de forskjellige beviskravene som gjelder i straffesaker og sivile saker. I erstatningssakene begrunnes dette med hensynet til fornærmede og at denne skal få sin oppreisning selv om ikke den mistenkte kan ilegges strafferettslig ansvar for handlingen.

---

<sup>59</sup> Se bl. a. Rt. 2005 s. 833. Se også punkt 1.2.

<sup>60</sup> *Ringvold v. Norway* avsnitt 38. For norsk rett inntatt i Rt. 1996 s. 864.

I samværssakene handler det om barn og deres behov for beskyttelse mot en overgriper når denne ikke kan ilegges ansvar strafferettslig. Den overordnede problemstillingen i de forskjellige sakstypene er den samme, det vil si om det er anledning til å dømme mot den mistenkte når personen ikke er dømt strafferettslig uten å krenke vedkommendes rett til å anses uskyldig inntil det motsatte er bevist. Dette taler for at det synet EMD gir uttrykk for i *Ringvold*-dommen også kan overføres på samværssaker. Forskjellen ligger i at det i samværssakene dreier seg om barn og det å frata en forelder retten til å kjenne barnet sitt, og i erstatningssakene er det snakk om å pålegge noen en plikt til å utbetale en viss sum med penger eller å nekte noen en oppreisning. Nektelse av samvær er ikke sivilt ansvar som sådan. Det har mer karakter av å frata noen en rett denne i utgangspunktet har. Virkningene av dette er imidlertid stort sett de samme i relasjon til vedkommendes følelse av å bli karakterisert som skyldig og ikke trodd. Om nektelse av samvær uten straffedom i disse sakene skulle anses å være konvensjonsstridig i utgangspunktet, ville det medføre at barn i visse tilfeller blir tvunget til å ha samvær med en forelder som utnytter dem på det groveste. En slik praksis synes å være svært uheldig.

Jeg antar etter dette at EMDs uttalelse også bør gjelde i samværssakene. At uskyldspresumsjonen ikke anses krenket i og med nektelse av samvær, er ikke ensbetydende med at vi ikke får rettferdige dommer. Beviskravet i strafferettspleien tilsier også at uskyldspresumsjonens grenser ikke trekkes så langt. Foreldereren som nektes samvær har mulighet til å påanke avgjørelsen gjennom hele det norske rettssystemet med tre instanser og videre til EMD dersom vedkommende ønsker det. Dette systemet er vel egnet for å komme frem til et best mulig resultat.

Spørsmålet videre blir *når* uskyldspresumsjonen anses å være krenket i disse situasjonene. Dette problematiseres og drøftes i kapittel 4.

### 3.2.2 Hvem uskyldspresumsjonen retter seg mot

Et grunnleggende spørsmål er hvem art. 6 (2) retter seg mot. For å kartlegge anvendelsesområdet for uskyldspresumsjonen må det undersøkes hvem som er vernet av denne. Ordlyden i art. 6 nr. 2 lyder ”everyone charged with(...)”. Ordlyden viser til at ”alle” omfattes av bestemmelsen og med dette er vernet av uskyldspresumsjonen. Dette er en vag ordlyd som må settes inn i en kontekst, den sier oss ikke noe spesifikt om hvem som faktisk er adressat for bestemmelsen. For å svare nøyaktig på hvem uskyldspresumsjonen retter seg mot, må spørsmålet om hvilke situasjoner prinsippet omfatter, besvares. Det kan sies at den gjelder ”alle” som befinner seg i den situasjonen ordlyden omfatter.

Det heter videre: ”(...) charged with a criminal offence(...)”. Isolert sett tilsier ordlyden ”criminal offence” at anvendelsesområdet for uskyldspresumsjonen er ”straffbare handlinger”, som det heter i den norske oversettelsen. Dette tilsier at vernet slår inn overfor den som er siktet eller står tiltalt for en straffbar handling. Dette gir oss en bedre forståelse av hvem denne bestemmelsen retter seg mot. Men hva går inn under ordlyden ”criminal offence”? Dette blir også et tolkningsspørsmål. EMDs metode er her avgjørende og uttrykkene som anvendes i EMKs bestemmelser er autonome, det vil si deres innhold skal fastsettes og utvikles av Domstolen.

For at uskyldspresumsjonen skal komme til anvendelse i en samværssak, må det enten være snakk om at det faktisk dreier seg om en ”criminal charge” som det følger av ordlyden, eller at den sivile saken er knyttet opp mot straffesaken på en slik måte at det faller innenfor ordlyden i art. 6 (2).

Det er ikke gitt ut fra ordlyden at denne grunnsetningen også gjelder i samværssaker, jf. uttrykket ”charged with a criminal offence”. Etter langvarig og fast praksis er det tre kriterier Domstolen vurderer når den avgjør om en person skal anses som ”charged with a



criminal offence” i art. 6 forstand.<sup>61</sup> Domstolen gjennomgår disse kriteriene og ser på om den sivile saken har en slik karakter at det må likestilles med vurderingen av en straffbar handling, slik at art. 6 (2) får anvendelse. De tre kriteriene de vurderer er etter norsk oversettelse hvordan forhandlingene klassifiseres i nasjonal rett, dvs. om kravet formelt sett er et straffekrav, om bestemmelsen reelt sett er av strafferettslig karakter og alvorligheten av straffen klageren risikerer.

Spørsmålet blir om uskyldspresumsjonen, etter en vurdering av Engel-kriteriene, kommer til anvendelse i samværssaker.

Dommene hvor disse vilkårene har blitt formulert og anvendt, gjelder en eller annen form for erstatning etter en frifinnelse i straffesak. Der det dreier seg om ileggelse av erstatningsansvar overfor den fornærmede eller de etterlatte, er tanken et forsøk på å gjenopprette situasjonen for dem det gjelder, og å gi fornærmede eller etterlatte en form for kompensasjon. EMD har uttalt at en annen løsning ville frarøve fornærmede eller etterlattes rett til ”access to court” etter art. 6 (1).<sup>62</sup> Der det dreier seg om erstatningskrav fra den frikjente for uberettiget forfølgning, er poenget for den straffeforfølgte å få et endelig bevis på at han faktisk er uskyldig. Nektelse av slik erstatning kan for den det gjelder, føles urettferdig og ikke som en fullstendig frifinnelse. Disse sakene synes å ha mest til felles med samværssakene der far nektes samvær. Han blir i disse sakene ikke ilagt et ansvar overfor barnet eller barna, men nektet retten han i utgangspunktet har til å omgås dem. En slik sak har, etter det jeg kan se, aldri vært oppe i EMD. Den såkalte Bjugn-saken er imidlertid et eksempel på at den frifunnede ble nektet full erstatning for uberettiget forfølgning i den norske rettssaken. Ulf Hammern, som ble strafferettslig frikjent for overgrep, ble i lagmannsretten tilkjent erstatning og noe oppreisning, men ble nektet full oppreisning for ikke-økonomisk skade han hevdet seg påført med den begrunnelse at han ikke fullt ut hadde klart å bevise sin uskyld etter strpl. § 444. Anken ble nektet fremmet for Høyesterett idet kjæremålsutvalget ikke mente lagmannsretten hadde gått feil frem ved kun

---

<sup>61</sup> *Engel and others v. The Netherlands*.

<sup>62</sup> *Ringvold v. Norway*.

å ta stilling til vilkårene i § 444. Saken ble brakt inn for EMD med påstand om brudd på uskyldspresumsjonen, noe Domstolen enstemmig sa seg enig i. Domstolen viser til at lagmannsretten har vurdert flere bevis fra straffesaken og med det begrunnet utfallet av saken på en slik måte at det sår tvil rundt Hammerns uskyld til tross for at han ble frifunnet i straffesaken.<sup>63</sup>

Det første kriteriet EMD vurderer for å avgjøre om den det gjelder er ansett å være satt under ”criminal charge”, er om kravet i saken formelt sett etter nasjonal rett er å anse som et straffekrav. Saker om fastsettelse av samvær er i norsk rett ikke karakterisert som et straffekrav. Disse sakene faller inn under sivilprosessen og behandles etter tvistelovens regler.<sup>64</sup> Ved nektelse av samvær er bestemmelsen det tas utgangspunkt i bl. § 43 første ledd annet punktum, eller eventuelt § 60 om midlertidig samvær supplert av utgangspunktet om barnets beste i § 48. Dette er ikke strafferettslige bestemmelser. De straffene som kan ilegges i norsk rett er uttømmende oppregnet i strl. § 15.

Det andre kriteriet er om prosessen reelt sett er av strafferettslig karakter, og det tredje og siste kriteriet som vurderes, er alvorligheten av den straffen klageren risikerer. Disse to henger nøye sammen og EMD behandler ved flere anledninger disse sammen.<sup>65</sup> Nektelse av samvær med hjemmel i § 43 eller § 60 er ikke ment som en straff overfor den av foreldrene som nektes dette. Straffeskyld er heller ikke et vilkår for å nekte samvær. Dette gjøres i tilfelle av hensyn til barnet i den konkrete saken. Det kan anføres at det for en far er meget alvorlig å bli fratatt samvær med sine barn. Allikevel ligger det ikke noe pønalt element i en eventuell nektelse av samvær. Dette gjøres kun av hensyn til å beskytte barnet mot mulige overgrep i fremtiden. Det vil være til barnets beste ikke å ha samvær med en far som utsetter det for overgrep.

---

<sup>63</sup> *Hammern v. Norway*.

<sup>64</sup> Barneloven § 59 tredje ledd.

<sup>65</sup> Se her *Ringvold* avsnitt 38.

Engel-kriteriene tilsier at disse tilfellene ikke faller inn under EMK art. 6 (2) slik at uskyldspresumsjonen ikke kommer til anvendelse.

Selv om det ikke dreier seg om en ”criminal charge”, i art. 6 (2) forstand, har EMD lagt til grunn, blant annet i *Ringvold v. Norway*, at hvis dette ikke er tilfelle, vurderer Domstolen om saken allikevel har en slik natur at den faller inn under uskyldspresumsjonens rekkevidde. Domstolen uttaler i avsnitt 36:

”Accordingly, the Court will examine whether the compensation proceedings in the present case give rise to a <criminal charge> against the applicant and, in the event that this was not the case, whether they were nevertheless linked to the criminal trial in such a way as to fall within the scope of Article 6 § 2”.

Hva gjelder erstatningssaker i sammenligning med samværssaker, er det andre hensyn som gjør seg gjeldende. Domstolen uttalte eksempelvis i *Ringvold v. Norway*, hvor Norge ble frifunnet for brudd på uskyldspresumsjonen, at ileggelsen av erstatningsansvar var noe helt annet enn straff, da dette primært var en mulighet for fornærmede å få et botemiddel for skadene vedkommende var påført, ikke for å straffe den antatte gjerningspersonen. I samværssaker med påstander om overgrep står retten overfor en situasjon hvor fremtiden til et barn skal avgjøres. Etter barneloven og menneskerettighetskonvensjonene plikter den å komme til en løsning hvor barnet kan befinne seg i trygge omgivelser. Samtidig står den overfor en far som i utgangspunktet har rett til å ha samvær med sine barn og som det kan påføres stor belastning dersom han uriktig nektes dette. Ettersom vi ennå ikke har fått en avklaring av rettstilstanden på dette området fra EMD, blir som nevnt spørsmålet om andre saker vedrørende art 6(2) – særlig erstatningssakene - kan ha en viss overføringsverdi til samværssakene.

Som vi har sett, blir problemstillingen her mye av den samme. Det dreier seg om vektleggelse av de straffbare handlingene vedkommende ikke er straffedømt for ved vurderingen i den sivile saken. Dette tilsier at det EMD her uttaler om at retten uttrykker

tvil vedrørende den siktedes straffskyld, også burde gjelde i saker der mistanker om overgrep kommer inn i vurderingen om fastsettelse av samvær. Det følger av plenumskjennelsen i Rt. 2005 s. 833 vedrørende det objektive straffbarhetsvilkåret i strl. § 195 tredje ledd, at selv om det ikke finnes praksis fra EMD på akkurat samme saksforhold som behandles utelukker ikke det at det kan trekkes slutninger fra praksis fra EMD.<sup>66</sup> Dette trekker i retning av at utgangspunktene Domstolen tar ved behandlingen av erstatningssakene også kan legges til grunn hva gjelder samværssakene.

Vurderingen i samværssakene, på lik linje med tilkjennelse av erstatning for uberettiget forfølgning, må være av en annen art enn vurderingen i en straffesak. Bevisene vurderes annerledes, og det skal avgjøres hva som er best for *barnet*. I samværssakene synes det nødvendig å ta i betraktning de beskyldningene som foreligger, slik at ikke barnet settes i en posisjon hvor det er risiko for overgrep. Allikevel har en far som ikke er dømt for noe straffbart forhold, krav på å bli ansett uskyldig inntil det motsatte er bevist. Dette tilsier at EMDs uttalelser i Bjugn-saken synes å kunne overføres til disse typene av saker, slik at far skal ha et vern mot uttalelser som antyder at far likevel er skyldig og således krenker uskyldspresumsjonen. Det samme må gjelde både der det foreligger en frifinnende dom, og der det aldri kom til noen straffesak. Far er ved henleggelsen ikke funnet å ha utført straffbare handlinger.

Ut fra dette kan det trekkes den slutning at uskyldspresumsjonen kommer til anvendelse også i samværssakene der retten uttaler seg om mistankene mot far.

Den neste problemstillingen blir hvorvidt uttalelsene fra retten er egnet til å så tvil om frifinnelsen, slik at det kan innebære en krenkelse av uskyldspresumsjonen. Dette drøftes i kapittel 4.

---

<sup>66</sup> Rt. 2005 s. 833 avsnitt 47.

### 3.2.3 Det materielle innhold

Praksis fra EMD viser at uskyldspresumsjonen inneholder flere forskjellige regler. For det første kan det utledes en bevisbyrderegel. Denne går ut på at påtalemyndigheten har bevisbyrden i straffesaker. Det er påtalemyndigheten som må bevise tiltaltes skyld. Den tiltalte selv må ikke bevise sin uskyld. Det er vanlig å uttrykke denne rettssetningen med det latinske *in dubio pro reo* – ved tvil til fordel for den anklagede. Dette er ansett å være kjernen i uskyldspresumsjonen.<sup>67</sup>

For det andre er det fastslått av EMD at uskyldspresumsjonen gir uttrykk for en regel om bevisets styrke i straffesaker.<sup>68</sup> Det må bevises utover enhver rimelig tvil at tiltalte er skyldig i det forholdet tiltalen gjelder.

For det tredje er det spørsmålet om uskyldspresumsjonen stiller krav, og i tilfelle hvilke, til skylddekning.<sup>69</sup> Den sentrale norske dommen på området er plenumsdommen i Rt. 2005 s. 833. EMD har imidlertid i en avvisningskjennelse i august i år kommet til et annet resultat enn Høyesterett gjorde her.<sup>70</sup> Til slutt inneholder prinsippet også en regel om hva som kan uttales om personers skyld når det ikke foreligger en dom som konstaterer skyld.

Uskyldspresumsjonen inneholder et forbud mot at den siktede behandles som skyldig i tiden før det foreligger endelig dom på at vedkommende er skyldig, og mot at den siktede likevel behandles som han er skyldig etter at det foreligger frifinnende dom. Den inneholder således begrensninger på hva offentlige myndigheter kan uttale vedrørende en persons straffeskyld før rettskraftig straffedom foreligger, og etter frifinnende dom.

Hva gjelder uttalelser om en persons straffeskyld før endelig straffedom foreligger, peker dette på behandlingen av personer som er mistenkte for en straffbar handling. Offentlige myndigheter kan

---

<sup>67</sup> Aall (2007) s. 372.

<sup>68</sup> *Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain*.

<sup>69</sup> Hika (2010) s. 516.

<sup>70</sup> *G v. The United Kingdom*.

ikke uttale seg om personens skyld på en slik måte at uskyldspresumsjonen krenkes. I forbindelse med etterforskning av lovbrudd og at mistanke oppstår, vil ofte den mistenkte plasseres i varetekt dersom vilkårene for det er tilstede, se strpl. § 171. Det følger uttrykkelig av konvensjonens art. 5 nr. 1 bokstav c at dette tillates ved mistanke. Det kan derfor ikke være i strid med art. 6 nr. 2 å anvende slike inngrep.<sup>71</sup> Enkelte virkemidler må kunne benyttes for å gjennomføre en mest mulig effektiv etterforskning og for å ivareta hensynet til sakens materielle sannhet – hensynet til en riktig dom. Regler om erstatning for utholdt varetekt og uberettiget forfølgning avhjelper dette.

De vanligste situasjonene hvor problemstillingen rundt uskyldspresumsjonen oppstår og blir tatt opp, er erstatningssakene. Det har foreløpig ikke kommet noen realitetsavgjørelse og avklaring hva gjelder denne problemstillingen i barnefordelingssaker ved fastesettelse av samvær der det er mistanke om overgrep. Det gjør seg gjeldende en del andre typer av hensyn innen barneretten contra erstatningsretten. Sakene vedrørende erstatning, om det så dreier seg om erstatning til fornærmede eller pårørende etter skadeserstatningsloven (skl.) § 3-5, eller om det er tale om å søke erstatning for uberettiget forfølgning, streifer disse i utgangspunktet den samme problematikken, nemlig om uskyldspresumsjonen er krenket. I saker om problemstillingen som er tema her, kan det også i utgangspunktet oppstå problemer med hensyn til uskyldspresumsjonens rekkevidde.

Praksis fra EMD viser at domstolen antar at presumsjonen gjelder fra mistanke oppstår til etter dom har falt. Uskyldspresumsjonen setter grenser for hva som kan uttales om en persons straffeskyld før denne har blitt funnet skyldig etter en rettferdig rettergang i samsvar med EMK art 6. Dette følger blant annet av dommen *Allenet de Ribemont v. France*. Også den som er frikjent, har krav på at ikke offentlige myndigheter på noen måte uttaler seg på en måte som trekker i tvil frifinnelsen. Dette følger blant annet av dommen *Sekanina v. Austria*.

Etter dette kan det legges til grunn at uskyldspresumsjonen gjelder fra det oppstår mistanke og til etter det foreligger endelig dom, eller saken henlegges.

---

<sup>71</sup> Aall (2003) s. 255 – 256, Aall (2007) s. 369, Strandbakken (2003) s. 32.

Nå som det er konstatert at uskyldspresumsjonen kan få anvendelse i samværsaker med påstander om overgrep, er det i det følgende forbudet mot å uttale seg om personers straffeskyld uten at det foreligger straffedom som er tema.

## 4 Forholdet til uskyldspresumsjonen ved frifinnelse, henleggelse og anmeldelse

### 4.1 Innledning

De sakene som hittil er avgjort i EMD med hensyn til uskyldspresumsjonen med Norge som part, gjelder erstatningsaker. Enten har klager blitt ilagt erstatningsansvar overfor fornærmede eller deres etterlatte, eller den tiltalte har etter frifinnelse søkt erstatning fra staten for uberettiget forfølgning i medhold av strpl. § 444. En av sakene som har vært oppe for EMD i forbindelse med påstander om overgrep, har resultert i konstatering av brudd på EMK art. 8, men Norge har på nåværende tidspunkt ikke blitt dømt for brudd på uskyldspresumsjonen i en samværssak der det foreligger mistanke om overgrep. Norge ble i *Cardenas v. Norway* dømt for krenkelse av EMK art. 8 og retten til familieliv, da Cardenas som far ble nektet samvær med sine to sønner. Forholdet til uskyldspresumsjonen ble derimot ikke realitetsbehandlet da retten fant at de nasjonale rettsmidlene rundt påstand om brudd på art. 6 (2) ikke var uttømt.<sup>72</sup> Jeg kan heller ikke se at noen andre stater har blitt dømt på dette grunnlaget i en slik sak.

I det rettslige systemet føres det en praksis med en generell målsetting om at sivile saker bør berammes innen seks måneder etter at de kommer inn til retten. Barnefordelingssakene spesielt prioriteres når disse kommer inn slik at det går raskt til hovedforhandling. Denne målsettingen følger av barneloven § 59 første ledd. For familien og barna er det viktig for å få en slik tvist avgjort så fort som mulig slik at boforholdene kan ordnes raskt. Det følger

---

<sup>72</sup> EMK art. 35 (1).



av forarbeidene til bestemmelsen at det er viktig med en rask saksbehandlingstid for å unngå ekstra påkjenninger for de involverte barna. Det heter også her at det bør være en målsetting i disse sakene at saksbehandlingstiden ikke overstiger tre til fire måneder.<sup>73</sup> Med hensyn til saksforberedelsen utføres denne også så raskt som mulig for å få partene sammen til mekling.<sup>74</sup> I de tilfellene hvor det kommer inn en anmeldelse i tillegg, er ofte enighet en umulighet. Den ene forelderen vil kanskje kreve full omsorg, og den anmeldte forelderen ønsker del i omsorgen, typisk ved samvær fordi vedkommende mener det ikke er hold i beskyldningene. Konsekvensen av dette systemet er at det ofte vil være slik at barnefordelingssaken kommer opp før den eventuelle straffesaken. Barnefordelingssaken berammes så raskt som mulig og etterforskningen i forbindelse med det anmeldte straffbare forholdet tar gjerne betydelig lenger tid. Da oppstår spørsmålet om man kan ta med i betraktning det faktum at en av foreldrene er under etterforskning, siktet eller tiltalt for et straffbart forhold ved avgjørelsen av barnefordelingssaken.

#### 4.2 Forholdet mellom straffesaker og sivile saker – beviskravet

At utfallet av to saker som springer ut av samme handling kan bli forskjellig, begrunnes juridisk sett i de forskjellige beviskravene i henholdsvis straffesaker og sivile saker. Begrepet *beviskrav* gir uttrykk for hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge før retten kan legge et bestemt faktum til grunn og dømme i henhold til det. Dette avgjøres på bakgrunn av bevisføringen under hovedforhandling.<sup>75</sup>

På strafferettens område råder et strengt beviskrav. Det vil si at det må foreligge en svært høy grad av sannsynlighet før retten kan legge det omtvistede faktum til grunn. Beviskravet er ikke lovfestet, men vi har lang tradisjon for et strengt beviskrav i straffesaker.<sup>76</sup> Det

---

<sup>73</sup> Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) punkt. 16.1.

<sup>74</sup> Tvisteloven § 8-1, barneloven § 59 annet ledd.

<sup>75</sup> Strandbakken (2003) s. 58.

<sup>76</sup> Strandbakken (2003) s. 59.

kreves at det må bevises utover enhver rimelig tvil at den tiltalte har utført den straffbare handlingen før retten kan legge faktum til grunn, kjenne vedkommende skyldig og ilegge straff. Bak det strenge beviskravet ligger hensynet til at ingen uskyldige skal dømmes.<sup>77</sup> Dette kan medføre at enkelte skyldige går fri på grunn av mangel på fellede bevis, men i en rettsstat er det bedre om ti skyldige går fri enn at én uskyldig dømmes.<sup>78</sup>

Det følger av strpl. § 3 at rettskrav fornærmede eller andre skadelidte har mot siktede, kan fremmes i forbindelse med straffesaker etter reglene i strpl. kapittel 29, som omhandler sivile krav. Vilåret for dette er at rettskravet ”springer ut av samme handling”. Ordlyden tilsier at det sivile kravet må kunne rettes mot siktede på grunnlag av den handlingen som er påtalt. Det fremkommer av Rt. 1999 s. 1363 at det med ”samme handling” må siktes til handlingen som er gjenstand for tiltalebeslutningen. Det følger av lovkommentaren til tvisteloven ved Karl Otto Thorheim at det må være årsakssammenheng mellom den straffbare handlingen og rettskravet.<sup>79</sup>

I sivile saker er ansvaret som pålegges av en grunnleggende mildere karakter, og det kan ikke under noen omstendighet ilegges straff i straffelovens forstand.<sup>80</sup> Her er beviskravet som hovedregel alminnelig sannsynlighetsovervekt, dvs. at det som kreves bevist for å dømme i en parts disfavør, er at det er mer sannsynlig at vedkommende har utført den omtvistede handlingen enn at han ikke har gjort det. I disse sakene har begge parter ansvaret for å belyse og føre bevis for hver sin side av saken.<sup>81</sup> I enkelte bestemmelser angis det et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt, men det finnes ingen generell lovbestemmelse om beviskravet i sivile saker.<sup>82</sup> Begrunnelsen bak en slik ordning i sivilprosessen er at det etter utførlige drøftelser på området er lagt til grunn at det

---

<sup>77</sup> Andenæs (2009) s. 2.

<sup>78</sup> Strandbakken (2003) s. 59.

<sup>79</sup> Thorheim (2010) note 20.

<sup>80</sup> Straffeloven § 15.

<sup>81</sup> Tvisteloven §§ 21-3 og 21-4.

<sup>82</sup> Se eksempelvis barnevernloven § 4-12 første ledd (d).

oppnås flest mulig riktige avgjørelser dersom rettsanvenderen ved avgjørelsen legger det mest sannsynlige faktum til grunn.<sup>83</sup> Her er ikke det å få en uriktig dom mot seg et like stort onde som i en straffesak.

Tema her er samværssaker. Disse sakene føres etter sivilprosessens regler, jf. bl. kapittel 7 § 59 tredje ledd. Dette er imidlertid et særegent rettsområde hvor særlige og andre hensyn enn i andre typer av sivile saker gjør seg gjeldende. Selve tvisten står om barn, og barneloven angir en del saksbehandlingsregler retten skal følge i behandlingen av disse sakene. Det utgangspunktet som er skissert over passer ikke helt i saker der det bestemmes over et barns liv; her kan det ikke antas som utgangspunkt at de fleste avgjørelser får best mulig utfall dersom retten legger det mest sannsynlige faktum til grunn. Dermed blir spørsmålet om det må gjøres unntak fra utgangspunktet om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Det foreligger sjelden reelle bevis i saker med påstander om overgrep, og det er ofte svært vanskelig å avgjøre om overgrep faktisk har skjedd eller ikke. Dersom det fremmes påstander om seksuelle overgrep i en barnefordelingssak, plikter retten å ta stilling til disse påstandene og hvilken betydning de får for avgjørelsen.<sup>84</sup> Om disse beskyldningene kan legges til grunn som riktige, avhenger av kravet til sannsynlighet. De motstridende hensynene som ligger til grunn for denne problemstillingen, vil i stor grad være styrende for hvilket beviskrav retten legger til grunn i den konkrete saken. På den ene siden står hensynet til barnets og forelderens mulighet til å ha et familieliv og kontakt med hverandre der påstandene ikke er riktige.<sup>85</sup> Lovens utgangspunkt er at det er av stor verdi for barnet å ha kontakt med begge sine foreldre uavhengig av om de bor sammen.<sup>86</sup> På den andre siden står hensynet til å beskytte barnet mot å bli utsatt for overgrep. Det følger av forarbeidene at det som hovedregel stilles krav om en sterkere grad av sannsynlighet enn alminnelig

---

<sup>83</sup> Strandbakken (2003) s. 58.

<sup>84</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) punkt. 5.3.1, Backer (2008) s. 390.

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 25.

<sup>86</sup> Barneloven § 43 første ledd første punktum.

sannsynlighetsovervekt i saker som gjelder et spesielt belastende faktum, av hensyn til den det gjelder. Det ble videre fremhevet i Rt. 1990 s. 688 at det bør kreves klar sannsynlighetsovervekt i sivile saker som gjelder straffbare forhold. Saken gjaldt en forsikrings sak der det forelå mistanker om promillekjøring. Høyesterett uttalte at det bør kreves ”solid bevis for å legge til grunn at en part har gjort seg skyldig i straffbart eller sterkt klanderverdig forhold”. I Rt. 1996 s. 864 (Ringvold), som henviser til ovennevnte sak, er det lagt til grunn at dette er et alminnelig prinsipp. Dette tilsier at uttalelsen gjelder sivile saker generelt. Ringvold-saken gjaldt en erstatningssak der en mann var frifunnet for seksuelle overgrep mot sin stedatter. Han ble dømt til å betale oppreisning til fornærmede for ikke-økonomisk skade da retten fant det sannsynlig at overgrep hadde funnet sted. Førstvoterende legger til grunn at det overfor nevnte momentet også bør være utslagsgivende i en slik type sak, selv om det gjør seg gjeldende særlige hensyn overfor fornærmede i sedelighetssaker. At dette er et alminnelig prinsipp, taler for at sannsynligheten må være høyere i saker om straffbare eller svært klanderverdige forhold enn i andre typer av saker, eksempelvis egenskaper mor eller far tilegner den andre forelderen i en samværssak for å styrke sin egen mulighet til å vinne frem.<sup>87</sup> Det følger videre av den samme dommen at et moment som taler for at det stilles strenge krav til bevisene, er at faktum i saken er ”belastende og dommen kan tenkes å få alvorlige konsekvenser for en parts moralske omdømme”. Det konkluderes med at det må stilles strengere krav til bevisene enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at en slik type handling er begått enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Samtidig kan det ikke stilles samme beviskrav som kreves etter straffeprosessens regler. Smith og Lødrup inntar samme standpunkt. Etter deres oppfatning er det klart at man her ikke kan legge til grunn samme bevisvurdering som i straffesaker.<sup>88</sup>

Etter dette kan det anføres med styrke at det bør kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å konstatere at en far har begått seksuelle overgrep i en sak om samvær, til tross for at fornærmede kan ha blitt utsatt for en særdeles krenkende handling.

---

<sup>87</sup> Strandbakken (2008) s. 2.

<sup>88</sup> Smith (2007) s. 181.

Samtidig er ikke barnerett et slikt rettsområde som erstatningsretten, hvor retten er henvist til å legge det faktum som er mest sannsynlig til grunn. Her er det andre momenter det legges vekt på og helt overordnet står hensynet til barnets beste.<sup>89</sup> Det som skal avgjøres, er hvordan et barns hverdag skal se ut. Det skal ikke idømmes ansvar i form av erstatning eller tildeles erstatning til den antatte gjerningspersonen. Det som ytterligere skiller samværssaken fra erstatningssakene, er at retten må ta standpunkt til hva som kan komme til å skje i fremtiden. I erstatningssakene dreier det seg om noe som allerede har skjedd. Derfor kan det synes noe usikkert om det kan kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt i samværssaker.

Det finnes en forholdsvis ny lagmannsrettsdom som behandler samvær ved mistanke om overgrep fra 2009, og som belyser problemstillingen.<sup>90</sup> Saken gjaldt samvær mellom far og hans tvillingdøtre på 13 år. Tvillingenes storesøster hadde fremlagt anklager mot faren om langvarig seksuelt misbruk. Det var således ikke snakk om overgrep overfor de barna han søkte samvær med. Straffesaken mot ham var tidligere blitt henlagt. Retten fant at det ikke var noen fare for misbruk av tvillingene i fremtiden, og faren ble tilkjent samværsrett. Lagmannsretten uttaler at det i det konkrete saksforholdet, hvor det var påstander om alvorlige overgrep, er tilstrekkelig med mindre enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at mistanken er reell, slik at denne får betydning for samværsspørsmålet. Retten uttaler:

”Lagmannsretten tar, under henvisning til det som ovenfor er sitert fra forarbeidene, utgangspunkt i at det da er tilstrekkelig med mindre enn sannsynlighetsovervekt for at mistanken om overgrep mot E skal kunne legges til grunn i forbindelse med avgjørelsen av samværsspørsmålet.”<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> Se eksempelvis Rt. 1994 s. 940 på side 941.

<sup>90</sup> LG-2009-202396.

<sup>91</sup> Det vises til Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 57.

Riktigheten av mistanker om seksuelle overgrep i samværssaker og vekten disse får i barnets beste-vurderingen, avgjøres som vi har sett på bakgrunn av det kravet til bevis som antas å foreligge. Dommen ble påanket til Høyesterett, men anken ble ikke tillatt fremmet etter tvl. § 30-4. Lagmannsretten finner støtte for sin uttalelse i forarbeidene til bl. § 43 hvor det heter:

”Det kan ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at mistanke om vold og overgrep skal legges til grunn. Det vil også kunne være tilstrekkelig med en mindre grad enn 50% sannsynlighet for at beviskravet kan anses oppfylt. hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge vil avhenge av de konkrete omstendighetene i saken, hvor forhold som arten av overgrep det er fare for, alvorlighetsgrad og personlige forhold hos de involverte kan få betydning. Dersom det er en risiko for alvorlige overgrep, vil det kunne tilsi at det skal mindre til for at beviskravet anses oppfylt.”

Det samme må derfor kunne legges til grunn i saker der det dreier seg om alvorlige seksuelle overgrep - dette av hensyn til barnet.

Etter konkluderes det med at det ikke er klart hva som er beviskravet i samværssaker med påstand om overgrep. Det avhenger av situasjonen. Dette støttes også av forarbeidene til endringen som ble gjort i bl. i 2006. Departementet ga uttrykk for at det ikke ønsket å lovfeste sannsynlighetskravet i samværssakene.<sup>92</sup>

Dersom retten legger disse beskyldningene til grunn som riktige, skal de inngå i barnets beste-vurderingen og retten må avgjøre hva slags vekt de i så fall skal tillegges. Det kommer frem av forarbeidene at vekten av disse opplysningene avhenger av alvorligheten av overgrepene slik retten ser det.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 29-30.

<sup>93</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 24-25.

## 4.3 Kan nektelse av samvær være i strid med uskyldspresumsjonen?

### 4.3.1 Innledning

Som vi har sett over er ikke nektelse av samvær å anse som å være ”charged with a criminal offence” i EMK art. 6 (2) forstand.

I saker om barnefordeling, og spesielt samvær, hvor far er mistenkt for å ha begått seksuelle overgrep overfor barn, står retten overfor en svært vanskelig situasjon.<sup>94</sup> Slike overgrep er ofte vanskelige å påvise, og det finnes sjelden bevis. Det blir ofte blir ord mot ord under rettssaken. Dermed er det vanskelig å vite hva som virkelig har skjedd. Retten står på den ene siden overfor en far som kan ha begått overgrep mot barna sine, men som ikke har blitt dømt for slike handlinger. Det følger av det fundamentale prinsippet i EMK art. 6 (2) at han da skal anses som om han ikke har utført den straffbare handlingen, og hovedregelen er at en forelder har rett til samvær med sine barn. På den andre siden må retten vurdere muligheten for at barn kan settes i en posisjon hvor de kan bli utsatt for overgrep fra en omsorgsperson dersom samvær tilkjennes.

Nektelse av samvær på bakgrunn av en mistanke om overgrep uten å ha en fellende dom, kan for det første medføre problemer i relasjon til uskyldspresumsjonen. Det kan for det andre medføre problemer med hensyn til retten til familieliv, jf. EMK art. 8. For det tredje kan tilkjennelse av samvær til en far som er mistenkt for overgrep, bety brudd på våre forpliktelser etter EMK art. 3 og bl. § 48 annet ledd, samt § 43 første ledd tredje punktum ved å sette barna i en situasjon hvor de kan bli utsatt for behandling barn har krav på å bli beskyttet mot. De har også krav på beskyttelse under barnekonvensjonen som gjelder på samme måte som EMK, jf. mrl. § 2.<sup>95</sup> Hovedproblemstillingen her tar bare sikte på å

---

<sup>94</sup> Se Rt. 1996 s. 864.

<sup>95</sup> Se BK art. 19.

behandle vernet far har etter uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 (2). Forholdet til artiklene 8 og 3 vil bli nevnt underveis, men ikke bli drøftet nærmere isolert sett.

Det kan tenkes flere forskjellige typetilfeller hvor uskyldspresumsjonen kan bli et tema. Begrunnet i den ovennevnte prosessen for barnefordelingssaker i rettsystemet vil det ofte føre til at barnefordelingssaken kommer opp før straffesaken til forelderen der det gjelder mistanker om overgrep mot egne barn - barna i barnefordelingssaken. Om det dreier seg om andre eller de samme barna far ønsker samvær med, må være uten betydning. Problemstillingen retten må ta stilling til, er om det er fare for at barna vil bli misbrukt i fremtiden. Videre vil det typisk dreie seg om en allerede fullført strafferettslig etterforskning eller rettssak der det dreier seg om andre barn. Nedenfor skal forholdet til uskyldspresumsjonen drøftes for ulike typetilfeller.

#### 4.3.2 Straffesaken er ennå ikke avgjort

Uskyldspresumsjonens vern inntreer ved mistanke.<sup>96</sup> Dette betyr at far har vern mot uttalelser vedrørende hans straffeskyld før han er dømt.<sup>97</sup>

Dette er muligens den vanligste og mest praktiske situasjonen i saker om samvær ved mistanke om overgrep. Som vi så over i punkt 1.1 gjør prioritetsrekkefølgen i domstolssystemet at det ofte vil bli slik at barnefordelingssaken kommer opp før straffesaken er ferdigbehandlet. Her er situasjonen den at det foreligger en anmeldelse og etterforskningen pågår eller er avsluttet. Saken kan være forestående eller verserende, men endelig dom foreligger ikke. Som konklusjonen over i punkt 3.2.3 uttrykker, kan det slutes av EMDs praksis at uskyldspresumsjonen gjelder fra mistanke oppstår til endelig frifinnende dom foreligger.

---

<sup>96</sup> Se punkt 3.2.3.

<sup>97</sup> Se bl.a *Allenet de Ribemont v. France* og *Sekanina v. Austria*.



Selve spørsmålet om adgangen til å fremlegge politidokumenter i en barnefordelingssak faller utenfor oppgaven her, men i praksis kan situasjonen bli den at eksempelvis mors prosessfullmektig nevner at far for tiden er mistenkt eller står tiltalt i en straffesak uavhengig av om spørsmålet om fremleggelse er drøftet og tatt stilling til på forhånd. Kommer dette frem under rettssaken, er skaden uansett skjedd. Hvordan skal retten stille seg til dette?

Spørsmålet som reises her, er om - og i tilfelle i hvilken grad - retten kan legge vekt på opplysninger fra etterforskningsstadiet og den pågående straffesaken mot far, altså den mistanken som foreligger uten å krenke uskyldspresumsjonen.

Det følger av påtaleinstruksen § 16-5 annet ledd at det er adgang til å legge frem og vurdere politidokumenter i sivile saker fra straffesaker som ennå pågår, dvs. som ikke er avsluttet. Videre følger det av *Allenet v. France* at art. 6 (2) ikke er begrenset til å gjelde kun ved saker som er avgjort etter behandling i rettssystemet. Dette taler for at det ikke er i strid med uskyldspresumsjonen å legge vekt på beskyldningene.

Det heter i forarbeidene til § 43 i barneloven at retten plikter å ta hensyn til mistanker om overgrep.<sup>98</sup> Dette viser at lovgiver ønsker å understreke ytterligere at hensynet til barnets beste er det sentrale i samværssaker ved mistanke om overgrep. Forarbeidene kommenterer imidlertid ikke forholdet til uskyldspresumsjonen, slik at det ikke kan legges ukritisk til grunn at lovgiver ved utarbeidelsen av denne lovbestemmelsen har hatt fokus på dette. På den annen side ble menneskerettsloven vedtatt allerede i 1999, slik at det må kunne legges til grunn at lovgiver var oppmerksom på uskyldspresumsjonen. Dette taler for at vektleggelsen av overgrepsmistanker i seg selv ikke krenker uskyldspresumsjonen. Dette støttes også av Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 57, hvor det uttales:

---

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 24.

”Hvis det er en reell risiko for at barnet blir utsatt for overgrep hos en av foreldrene, må dette få betydning for rettens avgjørelse. Det kan ikke legges vekt på enhver påstand om overgrep. Det må legges til grunn at det som et utgangspunkt må foreligge forhold som underbygger påstanden.”

Dette tilsier at det må være hold i de beskyldningene som fremsettes for at de skal kunne få betydning i samværssaken.

I dommen *Sekanina v. Austria* diskuterer EMD forholdet mellom uttalelser om mistanker før dom foreligger sammenlignet med etter at dom foreligger. Før endelig dom foreligger er det større rom for mistanker enn det er etter frifinnende dom er avsagt. Domstolen uttaler<sup>99</sup>:

”The voicing of suspicions regarding an accused’s innocence is conceivable as long as the conclusion of criminal proceedings has not resulted in a decision on the merits of the accusation. However, it is no longer admissible to rely on such suspicions once an acquittal has become final.”

Dette betyr at en som er frifunnet for straffbare handlinger nyter et sterkere vern enn de som ennå ikke har vært gjennom en forhandling i rettssystemet. Så snart tiltalte er frifunnet for handlingen han står under tiltale for, er det ikke lenger anledning til å vektlegge mistanker mot ham. Dette har gode grunner for seg ettersom uttalelser vedrørende en persons straffeskyld etter en frifinnende dom, vil så tvil om riktigheten av denne avgjørelsen og vedkommendes faktiske uskyld. Saken er da avgjort og rettskraftig.<sup>100</sup> Ved uttalelser om mistanker før hovedforhandling er gjennomført gjør ikke dette seg gjeldende i like stor grad. Den siktede har krav på ikke å bli forhånds dømt og det er fortsatt begrensninger med hensyn til hva offentlige myndigheter kan uttale om personens skyld, men dersom dette i seg selv ville representere en krenkelse av uskyldspresumsjonen, ville

---

<sup>99</sup> *Sekanina v. Austria* avsnitt 30.

<sup>100</sup> Straffeprosessloven § 15.

det være nærmest umulig å gjennomføre en etterforskning. Politiet må kunne etterforske straffbare handlinger basert på mistanker uten at dette vil krenke EMK art. 6 (2). Dette medfører at vernet er sterkere der det foreligger en frifinnende dom.<sup>101</sup> Det kan således anføres at det vil være større åpning for å trekke frem mistanker om overgrep før dom foreligger enn etter frifinnende dom er avsagt, uten å krenke uskyldspresumsjonen.

I en barnefordelingssak holdes det et saksforberedende møte for å forsøke å finne en ordning begge parter kan enes om utenfor hovedforhandling. Det er ansett å være det beste for barnet at foreldrene kommer til enighet uten hjelp fra retten for å unngå unødige konflikter en rettssak kan medføre. Finner ikke foreldrene i fellesskap frem til en løsning, kan de reise sak for retten i medhold av § 56 første ledd. Denne skal rette seg etter det som er til det beste for barnet, jf. § 48. I slike saker kan det bli spørsmål om å fastsette midlertidig samvær for far i medhold av bl. § 60 for en viss tid fremover eller frem til hovedforhandling i barnefordelingssaken er rettskraftig avgjort. Dette vil typisk kunne fremmes der det foreligger mistanke om overgrep. Bestemmelsen sikrer at det er mulighet for å fastsette en samværsordning i de tilfellene der det av hensyn til barnet og den situasjonen han eller hun er i, ikke kan vente på en hovedforhandling. Dette var tilfelle i dommen inntatt i Rt. 1994 s. 940. Anken til Høyesterett gjaldt rettsanvendelsen i lagmannsretten ved at de la til grunn at det må stilles strenge krav for samværsrett og ved å legge for stor vekt på beskyldningene om seksuelle overgrep fra motparten. Kjæremålsutvalget konstaterer med henvisning til lagmannsrettens henvisninger til Rt. 1989 s. 320 og uttalelsen om at det ikke kan tas noen risiko i slike forhold, at de ikke kan se at lagmannsretten har gitt uttrykk for feil lovtolkning. På den annen side følger det av lagmannsrettsdommen, jf. Høyesteretts uttalelser, at det også legges vekt på utgangspunktet om at barnet bør ha samvær med begge foreldrene.

I saker om samvær der det foreligger en eller annen form for mistanke om seksuelle overgrep fra den ene forelderen overfor barnet eller barna, dreier det seg stort sett om

---

<sup>101</sup> Pedersen (2006) s. 285-286.

kjennelser på midlertidig samværsrett. Saksgangen i disse sakene vil nødvendigvis bli annerledes enn i hovedforhandlingen hva gjelder bevisførselen. Kjennelsen om midlertidig samvær treffes etter det er avholdt saksforberedende møte med partene. Da legges det i praksis frem en anmodning om midlertidig kjennelse som dommeren må avsi på bakgrunn av partenes uttalelser. Her vil det nødvendigvis komme påstander fra begge partene, men ikke ført vitner eller andre bevis for å belyse faktum i saken. Avgjørelsesgrunnlaget vil derfor bli noe tynnere enn ved en fullstendig bevisførsel under en hovedforhandling. Vurderingstema vil imidlertid være det samme, nemlig om det er til barnets beste å fastsette at den av foreldrene anmeldelsen er rettet mot, ikke skal få samvær frem til hovedforhandlingen starter eller en annen tidsbestemt periode, på bakgrunn av en mistanke om overgrep. Uskyldspresumsjonen vil på denne bakgrunn også kunne bli en problemstilling i disse sakene.

Her er det vanskelig å avgjøre hvordan retten skal stille seg til påstander om overgrep. Her kan det være snakk om saker som ennå ikke er ferdig etterforsket, eller som verserer for domstolen. Hvor langt retten kan gå i å legge vekt på slike påstander må nødvendigvis avhenge av situasjonen påstandene er fremsatt under.

#### 4.3.3 Straffesaken er avgjort<sup>102</sup>

Problemstillingen her er om uttalelsene fra retten er egnet til å så tvil om riktigheten av frifinnelsen eller henleggelsen og således i strid med uskyldspresumsjonen.

Rettsgrunnlaget for nektelse av samvær er barneloven § 43 første ledd tredje punktum. Denne sier ikke noe om hvordan hensynet til far skal vektlegges. Det er en barnerettslig lov og har barnet i fokus. Forarbeidene vektlegger også hensynet til barnet som det avgjørende.<sup>103</sup> Norske domstoler er imidlertid henvist til å vurdere forholdet til EMK der

---

<sup>102</sup> Se punkt 1.3.3.

<sup>103</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005).

det er relevant i medhold av mrl. § 2, jf. § 3. De dommene vi har fra Høyesterett som vurderer nektelse av samvær der mistanker om overgrep har vært etterforsket, tar ikke opp forholdet til uskyldspresumsjonen. Disse er derfor i utgangspunktet ikke relevante for å avgjøre problemstillingen her.

Til tross for at saken om samvær oftest vil være avgjort når straffesaken kommer opp til behandling, hender det også at *straffesaken* det gjelder er avgjort tidligere. Det mest praktiske her er hvor en av partene i en sak om barnefordeling trekker frem gamle dommer, for eksempel gamle voldsdommer, narkotikadommer, eller saker om seksuelle overgrep. Stort sett vil disse dommene vedrørende overgrep mot barn relatere seg til andre barn enn de som skal plasseres i den pågående barnefordelingssaken. Som nevnt over vil situasjonen i praksis være den i slike situasjoner at mor vil ha flyttet ut med barna før det innleveres anmeldelse om overgrep. En praktisk situasjon er at straffesaken dreier seg om fars barn fra tidligere forhold. Et annet praktisk tilfelle her er at det dreier seg om andre barn, for eksempel eldre søsken, stesøsken eller andre enn de det nå skal fastsettes samvær for.<sup>104</sup>

Et mindre vanlig, men allikevel praktisk tilfelle, er at det foreligger påstander om overgrep mot barna samværsaken gjelder. Her er situasjonen den at far er frikjent, eller at saken eventuelt er henlagt på grunn av bevisets stilling. Hvordan stiller det seg med hensyn til uskyldspresumsjonen at far blir nektet samvær med barna sine begrunnet i frifinnelsen eller den henlagte saken?

Den mest sentrale og mest refererte avgjørelsen om nektelse av samvær i Norge, ser ut til å være Rt 1989 s. 320. Saken gjelder en far som var anmeldt for seksuelle overgrep mot en stedatter. Saken var henlagt av politiet etter bevisets stilling. Moren fikk den daglige omsorgen for to døtre på henholdsvis 13 og 11 år. Retten uttalte ved avgjørelsen av omsorgsspørsmålet at det i en sak om omsorg for mindreårige barn kan hevdes at det ”overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold”. Førstvoterende uttaler at dette er et

---

<sup>104</sup> Etter samtale med advokat Christian Bye.

relevant synspunkt til tross for en vanskelig bevisvurdering. Høyesterett trakk frem flere momenter som ble tatt til inntekt for at moren var best egnet som omsorgsperson, men ett av dem som ble trukket frem, var den henlagte saken vedrørende seksuelle overgrep. Denne saken gjaldt den daglige omsorgen for barna, men vanlig samvær fastsettes ofte til én kveld i uka og annenhver helg med overnatting. Dette er av betydning dersom det skal fastsettes samvær og ikke bare daglig omsorg. Retten legger vekt på tre sakkyndiges uttalelser og sier videre: ”I tillegg til de forhold som her er omhandlet, taler etter mitt syn også øvrige omstendigheter for at moren får omsorgen for barna”. Her kommer den henlagte anmeldelsen inn som et moment retten legger stor vekt på av hensyn til barna. Det tilsier at dette også burde være et relevant synspunkt når det skal fastsettes samvær, noe som også er slått fast i Rt. 1994 s. 940.

Avgjørelsene fra Høyesterett som kommer i etterkant av denne er stort sett kjennelser med svært knappe begrunnelser. Kjæremålsutvalget henviser stort sett til lagmannsrettens avgjørelse og uttaler at de ikke kan se at avgjørelsen bygger på uriktig lovtolkning. Dommen i Rt. 1989 s. 320 blir hyppig referert, og det er tydelig at utsagnet om at det ikke kan tas noen risiko i disse sakene, er lagt til grunn som riktig lovtolkning i samværs sakene ved mistanker om overgrep. Dette synes å ha mye for seg med tanke på at barnets beste er det overordnede hensyn, jf. bl. § 48.

Lagmannsrettsdommen fra 2009<sup>105</sup> gjaldt anklager om langvarig misbruk fra far mot den eldste av tre døtre, men saken var henlagt etter bevisets stilling. Far ble gitt rett til samvær med sine 13 år gamle tvillingdøtre da retten ikke fant det sannsynlig at de ville bli utsatt for overgrep ved samvær med ham. I samme dom har lagmannsretten kommentert forholdet til uskyldspresumsjonen i noen få setninger.<sup>106</sup> Her uttaler retten at far må anses uskyldig i medhold av grunnsetningen om at enhver skal anses uskyldig inntil det motsatte er bevist. Allikevel vil det etter lagmannsrettens mening ikke være i strid med uskyldspresumsjonen å legge vekt på anklagene fra storesøsteren. Det foretas ingen drøftelse rundt dette, det bare

---

<sup>105</sup> LG-2009-202396.

<sup>106</sup> Se dommen avsnitt 5.

slås fast at det ikke er noe problem. Anklager om seksuelle overgrep er svært alvorlig og bør også tas alvorlig, men far skal samtidig anses uskyldig inntil det motsatte er bevist. Retten finner støtte for sitt syn i kommentarutgaven til barneloven, en artikkel av Asbjørn Strandbakken<sup>107</sup> og saken *Sanchez Cardenas v. Norway* fra 2007 med henvisning til at retten må foreta disse vurderingene. Dette følger som nevnt også av forarbeidene. Retten må vurdere forholdet.<sup>108</sup> Denne dommen ble anket inn for Høyesterett som kort slår fast i en kjennelse at anken ikke tillates fremmet. I kjennelsen heter det at utvalget ikke kan se at saken ville bringe noe nytt til rettstilstanden eller at den ville ha noen betydning utenfor den enkelte saken.<sup>109</sup> Ettersom det ikke foreligger noen avklaring med hensyn til denne problemstillingen kan dette virke noe merkelig. Dette tyder på at Høyesterett mener at rettstilstanden er klar på dette punktet. Det er imidlertid et sammensatt forhold som må vurderes. Vi har ikke bare en forpliktelse overfor far og hans vern mot uttalelser om straffeskyld uten dom eller etter frifinnelse, vi har også forpliktelser overfor barnet som må ivaretas, jf. EMK art. 3 og BK. Art. 9 og 19. Teorien synes imidlertid å legge det synspunktet lagmannsretten gir uttrykk for til grunn.<sup>110</sup>

De nevnte norske avgjørelsene som behandler samvær med barn ved mistanke om overgrep er alle fra tidlig- og midten av 90-tallet før anvendelsen av EMK ble så utbredt som den er nå. Den nyeste dommen på området er lagmannsrettsdommen fra 2009 som så vidt nevner at vurderingen av mistanken ikke er problematisk i relasjon til uskyldspresumsjonen. Det faktum at Høyesteretts kjæremålsutvalg nektet anken over denne saken fremmet for Høyesterett tilsier at Høyesterett godtar rettstilstanden slik den er nå. Derfor kan det konkluderes med at rettstilstanden i Norge i dag er den at det ikke uten videre medfører en krenkelse av uskyldspresumsjonen å vurdere enten tidligere frifinnelser eller henleggelse og siktelse om overgrep når samvær skal fastsettes.<sup>111</sup> Dette er jeg enig i. I samværssaker

---

<sup>107</sup> Strandbakken (2008) s. 1.

<sup>108</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 24.

<sup>109</sup> HR-2010-1754-u.

<sup>110</sup> Strandbakken (2008) s. 2.

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 24 – retten må vurdere dette.

kan det ikke fastsettes like strenge retningslinjer som i andre former for sivile saker. Barneretten er særegen fordi det gjelder barns psykiske og fysiske helse, og antakelser om fremtidige situasjoner som kan oppstå. Om retten finner at det er den minste tvil om at barna kan bli utsatt for overgrep i fremtiden, burde vel dette være avgjørende. Dette til tross for at far av samfunnet kan bli sett på som skyldig selv om han kanskje ikke er det. Her må hensynet til barnets sikkerhet veie tyngre. Det må imidlertid kunne hevdes at retten må være forsiktig med hensyn til hvilke formuleringer den velger å bruke når overgrepsanklagene drøftes i domspremissene.

Ved gjennomgangen av avgjørelsene fra Høyesterett som i ettertid tar opp denne problemstillingen, ser det ut til at synspunktet om at det ikke kan tas noen risiko i disse sakene fortsatt er gjeldende rett. De fleste avgjørelsene viser til Rt. 1989 s. 320 som støtter opp under at dette er et sentralt hensyn.

Disse sakene reiser en spesielt vanskelig vurdering der det generelt finnes lite bevis. De fleste sakene er henlagt etter bevisets stilling, da politiet ikke har funnet bevist at det har skjedd noen straffbar handling.<sup>112</sup> Høyesterett har lagt til grunn at det må foretas en helt konkret vurdering.<sup>113</sup> LG-2009-202396 ble ikke tillatt fremmet for Høyesterett. Dette kan tilsi at Høyesterett selv mener rettstilstanden her er etablert i og med de siterte dommene overfor. Barnerett er et rettsområde som skiller seg fra andre ettersom det gjelder barn som rettssubjekter og deres posisjon. Barneretten generelt bærer preg av at det må foretas konkrete vurderinger i hver enkelt sak da barn er svært forskjellige og noe som er helt avgjørende overfor ett barn i én sak, kan være fullstendig uten betydning i en annen. Det taler for at det på et slikt rettsområde kan være det mest hensiktsmessige ikke å ha for bastante regler hva gjelder rettens vurdering av de konkrete forholdene i enkeltsaker. Da kan retten lett føle seg bundet av tidligere avsagte avgjørelser, og det kan være fare for at uriktige avgjørelser kan bli avsagt i fremtiden.

---

<sup>112</sup> Se de nevnte avgjørelsene fra Høyesterett.

<sup>113</sup> Rt. 1995 s. 1152.



Etter dette konkluderes det med at det ikke er i strid med uskyldspresumsjonen å vurdere påstander om overgrep i samværssaker til tross for at far ikke er funnet skyldig.

#### 4.4 Hvor skal så grensen for når uskyldspresumsjonen er krenket trekkes?

Spørsmålet blir hvor grensen går med hensyn til hvordan retten kan ordlegge seg for ikke å krenke uskyldspresumsjonen.

Sakene fra EMD som gjelder erstatningsansvar med hjemmel i strpl. § 444 synes å ha flest forbindelseslinjer til vår problemstilling. I disse sakene er den tiltalte frikjent for en straffbar handling og har i utgangspunktet krav på erstatning fra staten. Når han da nektes dette vil det kunne føles urettferdig og sannsynligvis som en form for konstatering av skyld. Det samme gjelder samværssakene. Far blir nektet en rett han i utgangspunktet har, på bakgrunn av en frikjennelse. Dette var tilfelle i saken *Hammern* fra 2003. Den tiltalte var frikjent for overgrep mot en gruppe barnehagebarn, men ble den etterfølgende erstatningssaken nektet full erstatning. Dette mente han var i strid med uskyldspresumsjonen, og fikk medhold i dette i EMD. Det må nevnes her at noe av begrunnelsen Domstolen gir for brudd på art. 6 (2) er at den frikjente selv hadde bevisbyrden for å bevise sin uskyld. Bestemmelsen i § 444 ble endret som en konsekvens av denne dommen og *O v. Norway*. Nå er bestemmelsen utformet slik at den mistenkte ikke lenger må bevise med sannsynlighetsovervekt at han ikke har begått ugjerningene han er frikjent for, for å motta erstatning. Det som er relevant her er at Domstolen legger vekt på at grunnlaget for erstatningssaken er nettopp overgrepene han er frikjent for. Da knyttes sakene særlig tett sammen og det kan tenkes en forskjell på de saker hvor overgrepsanklager er eneste argument i begrunnelsen for nektelse av samvær, og i de saker hvor dette er ett av flere argumenter. I de førstnevnte tilfellene vil straffesaken knyttes særlig tett sammen med samværssaken, og da vil uskyldspresumsjonen følgelig gjøre seg gjeldene med større tyngde. Ett av momentene som Domstolen slo ned på i *Hammern* var at Høyesterett gjentar de sakkyndiges uttalelser og summerer opp bevisene mot ham som ble fremlagt i lagmannsretten. I en samværssak vil typisk sakkyndige uttalelser være et

sentralt moment for om det legges til grunn at overgrep har skjedd. Dette er fordi det må foretas en medisinsk og ikke en juridisk vurdering. Domstolens vurdering i *Hammern* kan tyde på at retten ikke kan gi uttrykk for å legge for stor vekt på de sakkyndiges uttalelser i forbindelse med straffesaken ved avgjørelsen av samværsspørsmålet. På den annen side, hvis man trekker dette synspunktet for langt, vil konsekvensen kunne bli at retten legger mindre vekt enn ønskelig på det som i utgangspunktet er et sentralt verktøy i slike saker. I tråd med Høyesteretts praksis om at det ikke kan tas noen risiko på barnets vegne, må det imidlertid kunne legges til grunn at det må avgjøres etter dommerens skjønn hvor stor vekt det skal legges på de sakkyndige uttalelsene i den konkrete saken. Uskyldspresumsjonen bør ikke kunne legge begrensninger på denne bruken.

I *Ringvold*-avgjørelsen, som ble avsagt samme dag som Norge fikk tre andre dommer mot seg, kom EMD til at det *ikke* forelå krenkelse av art. 6 (2). Saken gjelder ileggelse av erstatningsansvar overfor fornærmede i medhold av skl. § 3-5 etter frifinnelse for seksuelle overgrep, jf. strl. §§ 192 og 195. Domstolen kom her til at uskyldspresumsjonen ikke kom til anvendelse i saken og at den således ikke var krenket. EMD gjentar utgangspunktet om at nasjonale domstoler ikke er avskåret fra å ilegge sivilt ansvar etter frifinnelse vedrørende samme faktum som lå til grunn for straffesaken. Forskjellen fra de øvrige dommene kommer frem i dommens avsnitt 38 og 39. Her gjennomgår Domstolen Engel-kriteriene nr. 2 og 3. Det heter at uttalelser om straffeskyld i den sivile saken kan medføre problemer med hensyn til art. 6 (2). Deretter går EMD konkret inn i den norske avgjørelsen og uttaler at den norske dommen, verken eksplisitt eller i realiteten, legger til grunn at vilkårene for straffansvar er oppfylt. Den norske dommen er ikke i uoverensstemmelse med straffesaken, den setter ikke til side frifinnelsen ("set aside"). Domstolen legger vekt på at det ikke var hensikten å ilegge straffeansvar, men å gi kompensasjon til fornærmede for den skaden hun var påført. Dette ligger til grunn for at det ikke dreier seg om noen "criminal charge" i denne saken og EMK art. 6 (2) kommer ikke til anvendelse. Videre drøftes det om uskyldspresumsjonen allikevel kommer til anvendelse fordi det er en nærhet mellom straffesaken og den sivile saken som gjør at det faller inn under art. 6 (2) anvendelsesområde. Det er det ikke. Saken står, i motsetning til de øvrige sakene, ikke i

direkte sammenheng med straffesaken.<sup>114</sup> EMD legger vekt på at straffesaken og avgjørelsen av erstatningskravet ikke ble behandlet samtidig i Høyesterett. Anken til Høyesterett gjaldt kun erstatningskravet fra fornærmede. En sentral forskjell mellom *Ringvold*-avgjørelsen og de sakene hvor Norge er dømt, er at Høyesterett i *Ringvold*-saken ikke behandlet straffesaken parallelt med erstatningsspørsmålet. EMD vektlegger at det i *Ringvold* ble tydeliggjort at erstatningen til fornærmede kun var ment som en oppreisning til henne og ikke en straff overfor ham. Også størrelsen på erstatningssummen (75,000 kr) var berettiget med hensyn til den skade som var påført. Dette kan være en retningslinje for hvordan grensen skal trekkes i samværssakene. I disse sakene er det overordnede hensynet hva som er best for barnet. Hensikten er ikke å straffe far, men å beskytte barnet. Dersom EMDs resonnement overføres til samværssakene taler dette for at de ved klare uttalelser i forbindelse med dette har en såpass avstand til straffesaken at det bør gå klar av uskyldspresumsjonen.

Relevante argumenter som kan trekkes ut fra disse dommene er at en vurdering av om overgrep har funnet sted er nødvendig for å ivareta hensynet til barnets beste, i bl. §§ 43 og 48 og for å overholde våre forpliktelser i EMK art. 3 og BK art. 9. Dette virker fornuftig. Det kan hevdes at barnets beste må gå foran uansett i slike situasjoner. Som vi har sett er det gjeldende rett i dag.<sup>115</sup> EMD har lagt til grunn i forbindelse med EMK art. 8 og avskjæring av samvær at terskelen er høy, men barnas interesser må gå foran.<sup>116</sup> Etter dette kan det anføres at det samme bør gjelde ved vurderingen i forbindelse med uskyldspresumsjonen.

I alle avgjørelsene fra EMD hvor Norge har blitt dømt for krenkelse av uskyldspresumsjonen, er det selve argumentasjonen rundt straffesakene og bevisene Domstolen slår ned på.

---

<sup>114</sup> Se avsnitt 41.

<sup>115</sup> Rt. 1989 s. 320.

<sup>116</sup> Se eksempelvis *Süß v. Germany*.

I kjølvannet av dommene Norge fikk mot seg i 2003, søker norske domstoler ikke å trå uskyldspresumsjonen for nær slik at denne krenkes. Allikevel ble Norge dømt for krenkelse av nettopp uskyldspresumsjonen i *Orr v. Norway* i 2008. Saken gjaldt ileggelse av erstatningsansvar overfor fornærmede etter frikjennelse for voldtekt med hjemmel i skl. § 3-5. Klageren klaget saken inn for EMD idet han mente erstatningsansvaret medførte en krenkelse av art. 6 (2). Dette var EMDs flertall enig i. Dette tilsier at det ikke skal mye til før uskyldspresumsjonen anses krenket i saker som gjelder sivilt ansvar etter frifinnende straffedom for de samme faktiske forholdene. I sin begrunnelse trekker EMD frem at nasjonale domstoler ikke er avskåret fra å ilegge sivilt ansvar etter en frifinnende dom under henvisning til et lavere beviskrav. Dette er ikke i seg selv i strid med uskyldspresumsjonen. Det som begrunner krenkelse i denne saken er at lagmannsretten baserte sin avgjørelse på alle de objektive og subjektive elementene som er av betydning for å dømme for voldtekt etter strl. § 192. Domstolen viser særlig til lagmannsrettens utførlige drøftelse av graden av ”vold” som ble benyttet under voldtekten. Selv om dette ikke kun var av strafferettslig karakter, mener den at i denne sammenhengen gikk lagmannsretten utenfor det rent sivilrettslige. Det er altså hvordan retten argumenterer som skaper problemer med hensyn til uskyldspresumsjonen. Domstolen konkluderer med at begrunnelsen lagmannsretten gir, som ble opprettholdt av Høyesterett, er egnet til å trekke i tvil den frifunnede uskyld slik at uskyldspresumsjonen er krenket.

Etter dette kan det hevdes at domstolen for å gå klar av uskyldspresumsjonen også i samværsaker bør formulere seg forsiktig. Domstolen bør, som i erstatningssakene, søke å skape et skille mellom samværsaken og straffesaken. Domstolen kan med dette også ivareta hensynet til far. Det må kunne aksepteres at retten gir uttrykk for at det foreligger sannsynlighetsovervekt i tråd med beviskravet i den konkrete saken, men det kan ikke foretas en strafferettslig vurdering av bevisene og de objektive og subjektive vilkårene for skyld.<sup>117</sup> Allikevel kan ikke dette trekkes for langt. Dersom det skal svært lite til før uskyldspresumsjonen er krenket, kan det kanskje tenkes at det er en risiko for at dommerne

---

<sup>117</sup> Se i denne retning Strandbakken (2008) s. 3.

heller vil frikjenne enn å prøve å ordlegge seg på en slik måte at det ikke vil bevege seg over i uskyldspresumsjonens anvendelsesområde.<sup>118</sup> I samværssakene vil dette bety at dommerne kanskje heller vil gi far samvær enn å formulere en slutning om at samvær nektes. Samtidig kan det heller ikke gå for langt i motsatt retning, slik at samvær kan nektes ved enhver antydning om at overgrep har skjedd. Det må også tas med i betraktningen at det også hender at mor retter slike mistanker om far for å styrke sin posisjon i barnefordelingssaken. I sakene om samvær må det overordnede vurderingstema være at det foretas en konkret vurdering ut fra det enkelte barns beste. Dette tilsier at det ikke bør trekkes en klar og absolutt grense for hva slags uttalelser retten kan komme med uten å krenke fars rett til å anses uskyldig inntil det motsatte er bevist.

Departementet ønsket ikke ved lovendringen å lovfeste kravet til sannsynlighet, nettopp fordi det må foretas en konkret vurdering av situasjonen i hver enkelt sak og hva som er til barnets beste.<sup>119</sup> Etter denne gjennomgangen synes dette å ha gode grunner for seg.

Etter dette blir min konklusjon at det er usikkert hvordan uskyldspresumsjonens rekkevidde skal trekkes i samværssaker med påstand om overgrep. Det er i alle fall ikke klargjort i rettstilstanden i dag. Etter gjennomgangen over tyder det på at det vil være i strid med uskyldspresumsjonen å gjenta bevisene som ble fremlagt i straffesaken, og på bakgrunn av dette konkludere med sannsynlighetsovervekt, også i en samværssak.

---

<sup>118</sup> Dette har vært diskutert i teorien. Se bl.a. i denne retning Strandbakken (2003) i LoR s. 246-247.

<sup>119</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 29-30.

## 5 Avsluttende bemerkninger

I mange av avgjørelsene hvor mistanker om overgrep inngår i barnets beste-drøftelsen, nevnes dette av retten, men det legges også til at andre omstendigheter også taler for at samvær skal nektes. Det er mange grunner til at samværsaker utløses, ikke bare mistanker om overgrep. Det kan tyde på at retten unngår drøftelse av forholdet til uskyldspresumsjonen ved å begrunne det i andre hensyn.<sup>120</sup> Dette kan det være flere grunner til. Jeg antar at det vil være store forskjeller på hvordan retten vurderer overgrepsanklagene fordi det for eksempel i enkelte tilfeller kan være en mor som kommer med slike anklager når saken kommer opp. Det kan være forskjell på om hun er den eneste som mener dette har skjedd og der det for eksempel har kommet bekymringsmeldinger også fra noen utenfor familien, det være seg fra skole eller barnehage eller at barnevernet har vært koblet inn. Retten må derfor ha adgang til å foreta en helt konkret vurdering ut fra situasjonen i familien det gjelder, foreldrenes egenskaper og andre barnerettslige momenter som best samlet foreldrekontakt, tilknytningen til stedet de bor, osv.

Hensynet til personene som er involverte i disse sakene, og særlig hensynet til de berørte barna, tilsier at det beste kanskje vil være ikke å ha for konkrete regler og retningslinjer om forholdet mellom mistanker om overgrep og uskyldspresumsjonen. Det spesielle i disse sakene er at en materielt feil avgjørelse vil ramme hardt, uavhengig av hvem som blir rammet. Det bør være opp til retten å ta stilling til hva som er det beste i den konkrete saken. Som på barnerettens område generelt, er hver sak svært forskjellig og det kan ikke bestemmes på forhånd hvilke hensyn som skal veie tyngst i den enkelte saken.

---

<sup>120</sup> Se momentene som er nevnt i punkt 2.1.

På dette området kan det hevdes at det ikke objektivt sett finnes noen "riktig" løsning der det råder tvil rundt riktigheten av påstander om overgrep. I disse sakene vil noen uansett tape, uavhengig av løsningen. Det er i alle fall viktig å være klar over at dette kan misbrukes dersom det lages for klare regler på området.

## **Kilderegister**

### **Lover**

Lov av 22. mai 1902 nr 10 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven)

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

Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

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

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

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

### **Forarbeider**

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

Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) *Om ny lov og endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnetrygd mv.).*

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

### **Konvensjoner**

EMK Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 1950.

BK FNs konvensjon om barnets rettigheter av 1989.

SP Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1976.



## **Høyesterettspraksis**

Rt. 1989 s. 148

Rt. 1989 s. 320

Rt. 1994 s. 940

Rt. 1990 s. 688

Rt. 1995 s. 1152

Rt. 1996 s. 864

Rt. 1996 s. 888

Rt. 1998 s. 562

Rt. 1999 s. 1363

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2003 s. 359

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2007 s. 376

Rt. 2010 s. 216

HR-2010-1754-u.

## **Underrettspraksis**

Gulating lagmannsretts dom av 5. juli 2010 LG-2009-202396

## **Avgjørelser fra EMD**

*Engel and Others v. The Netherlands* 8. juni 1976 (Appllication no.)

*Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain* 6. desember 1988 (Application no. 10590/83)

*Sekanina v. Austria* 25. august 1993 (Application no. 13126/87)

*Alenet de Ribemont v. France* 10. februar 1995 (Application no. 15175/89)

*Phillips v. The UK* 5. juli 2001 (Application no. 41087/98)

*Hammern v. Norway* 11. februar 2003 (Application no. 30287/96)  
*O. v. Norway* 11. februar 2003 (Application no. 29327/95)  
*Ringvold v. Norway* 11. februar 2003 (Application no. 34964/97)  
*Y. v. Norway* 11. februar 2003 (Application no. 56568/00)  
*Süss v. Germany* 10. november 2005 (Application no. 40324/98)  
*Sanchez Cardenas v. Norway* 4. oktober 2007 (Application no. 12148/03)  
*Orr v. Norway* 5. mai 2008 (Application no. 31283/04)  
*G v. The United Kingdom* 30. august 2011 (Application no. 37334/08)

### **Litteraturliste**

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. 4. utg. Oslo, 2009.  
Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utg. 2007.  
Backer, Inge Lorange *Barneloven kommentarutgave*. 2. utg. 2008.  
*Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*. Njål Høstmælingen ... [et al.] 1. utg. Oslo, 2008.  
Smith, Lucy og Lødrup, Peter *Barn og foreldre*. 7. utg. Oslo, 2007.  
Strandbakken, Asbjørn *Uskyldspresumsjonen "in dubio pro reo"*. Bergen, 2003.

### **Artikler**

Aall, Jørgen. *Uskyldspresumsjonen etter frifinnende dom*. I: Lov og Rett 2003, s. 249-256. (Sitert fra Lovdata).  
Strandbakken, Asbjørn. *Simpson i Strasbourg*. I: Lov og Rett 2003, s. 231-248 (Sitert fra Lovdata).  
Pedersen, Jorun I. *Uskyldspresumsjonen og uttalelser om straffeskyld før skyldspørsmålet er avgjort*. I: Tidsskrift for strafferett nr. 4 2006, s. 258-293 (Sitert fra Lovdata).  
Strandbakken, Asbjørn. *Uskyldspresumsjonen og barneretten*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2008, s. 1-3. (Sitert fra Lovdata).  
Hika, Gemetchu. *Objektivt straffansvar*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 2010, s. 505 – 545.

## **Annet**

General comment 5. oktober 2003 nr. 5 *General Measures of implementation for the Convention on the Rights of the Child (CRC/GC/2003/5)*

## **Nettdokumenter**

Thorheim, Karl. Otto *Kommentar til straffeprosessloven*. I: Norsk lovkommentar nettversjon. [siteret 14.09.2010].

## **Personlig meddelelse**

Bye, Christian. Telefonsamtale. 16 september 2011.

Bye, Christian. Telefonsamtale. 13 oktober 2011.