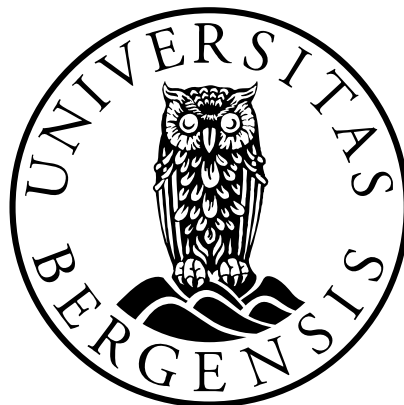


# Bevistema og beviskrav ved påstander om vold og overgrep i samværsaker etter barneloven § 48 andre ledd

Kandidatnummer: 91

Antall ord: 14 975



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021

# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>1</b>
<b>1 Innledning .....</b>	<b>3</b>
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Aktualitet .....	4
1.3 Begrepsavklaring .....	5
1.4 Metodiske betraktninger .....	6
1.5 Videre fremstilling.....	7
<b>2 Noen utgangspunkter .....</b>	<b>8</b>
2.1 Barneloven § 48.....	8
2.1.1 Avgjørelsen om samvær skal først og fremst rette seg etter det beste for barnet	8
2.1.2 Vold og overgrep som vurderingsmoment.....	10
2.1.3 En fremtidsrettet vurdering .....	12
<b>3 Rettslige bevisstema etter barneloven § 48 andre ledd .....</b>	<b>14</b>
3.1 Innledning.....	14
3.2 Bestemmelsen gjelder barnets omsorgssituasjon .....	14
3.3 "vald" .....	15
3.3.1 Ordlyden.....	15
3.3.2 Øvrige rettskilder.....	15
3.3.3 Må voldshandlingen føre til skadevirkninger på barnet? .....	16
3.4 "handsama" .....	17
3.4.1 Et vidt vilkår.....	17
3.5 Skadevirkninger.....	18
3.5.1 Ordlyd.....	18
3.5.2 Forarbeider .....	19
3.5.3 FNs barnekonvensjon artikkel 19.....	20
3.6 En oppsummering av det rettslige bevisstemaet .....	20
<b>4 Andre mulige bevisstema .....</b>	<b>23</b>
4.1 Innledning .....	23
4.2 En omsorgsperson har utsatt barnet for overgrep tidligere.....	23
4.3 Omsorgspersonen har utsatt andre for overgrep tidligere .....	25
4.4 Øvrige forhold .....	25

4.5	Oppsummering .....	26
<b>5</b>	<b>Beviskravet.....</b>	<b>27</b>
5.1	Utgangspunkter for fastsettelsen av beviskrav .....	27
5.2	Beviskravet for påstander om overgrep.....	29
5.2.1	Innledning.....	29
5.2.2	Rettskildene.....	30
5.2.3	Risiko som vurderingstema for beviskravet og andre momenter av betydning. ....	34
5.2.4	Hvilke bevistema gjelder det varierende beviskravet for? .....	38
5.2.5	Beviskravets øvre og nedre terskel.....	40
5.2.6	Hva skal til for å oppfylle beviskravet i praksis? .....	41
5.3	Oppsummering og avsluttende betraktninger.....	43
	<b>Kilderegister .....</b>	<b>45</b>
	<b>Lister over tabeller, figurer o.l.....</b>	<b>51</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Barn og foreldre har, som den klare hovedregel, en gjensidig rett til samvær med hverandre når de ikke bor sammen, jf. barneloven § 42 og § 43 første ledd.<sup>1</sup> Når foreldrene ikke blir enige om samvær seg imellom kan spørsmålet avgjøres av retten. Retten har da et selvstendig ansvar for at avgjørelsen skal rette seg etter det som er best for barnet i den konkrete saken, jf. barneloven § 48 første ledd.

Et viktig moment i vurderingen av hvilket samvær som skal fastsettes, er om barnet vil bli utsatt for vold eller overgrep. Dette er presisert i barneloven § 48 andre ledd:

"Ved avgjerda skal det takast omsyn til at barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare."

I vurderingen av hva som er til barnets beste, kan hensynet til at barnet og forelderen uforbeholdent skal få utøve sin samværsrett komme i konflikt med at barnet må beskyttes mot vold og overgrep. Etter barneloven § 43 første ledd siste punktum kan samvær nektes dersom det "ikkje er til beste for barnet", for eksempel der barnet kan bli utsatt for alvorlige forhold som vold og overgrep.<sup>2</sup> Dette tilsier at bevisvurderingen knyttet til vold og overgrep kan få store konsekvenser for både barn og forelder i den enkelte sak.

Utgangspunktet etter norsk rett er at det kreves sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn et påstått faktum i sivile saker.<sup>3</sup> Når det gjelder beviskravet for vold og overgrep, finnes det imidlertid uttalelser i forarbeidene til barneloven § 48 andre ledd som tilsier at beviskravet kan settes lavere.<sup>4</sup> Ettersom dette i så fall vil innebære et unntak fra overvektsprinsippet i sivile saker vil jeg undersøke nærmere hva beviskravet faktisk er i disse sakene. I den forbindelse er det også nødvendig å ta stilling til *hva* beviskravet knytter seg til.

---

<sup>1</sup> Lov 08.04.1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven).

<sup>2</sup> Prop. 85 L (2012-2013) s. 43.

<sup>3</sup> NOU 2001:32 A s. 459.

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

Oppgavens problemstilling er derfor hva som er bevisetema og beviskrav ved påstander om vold og overgrep i samværssaker etter barneloven § 48 andre ledd.

## 1.2 Aktualitet

Av alle saker som kom inn til tingrettene mellom 2016 og 2020 var 19 prosent saker etter barneloven.<sup>5</sup> En stor del av disse er foreldretvister som aktualiserer viktige spørsmål om hvem som skal ha foreldreansvaret for barnet, hvor barnet skal bo fast, og hvor mye samvær det skal være mellom barnet og den forelder barnet ikke bor fast sammen med. I mange av disse sakene oppstår det spørsmål om en eller begge foreldrene utsetter barnet for vold eller overgrep.

Barn er en samfunnsgruppe som er særlig utsatt for vold og overgrep. En undersøkelse fra 2019 viser at rundt 20 prosent av barn og unge mellom 12 og 16 år har opplevd fysisk eller psykisk vold fra en omsorgsperson i løpet av oppveksten.<sup>6</sup> En felles bekymring for disse tilfellene er at det er vanskelig å både avdekke og bevise overgrep som skjer i hjemmet. Dette er også fremhevet i forarbeidene til barneloven § 48 andre ledd.<sup>7</sup> Vold og overgrep i omsorgssituasjoner skjer som oftest i hjemmet, en arena som i utgangspunktet skal være trygg for barnet. Når barnet ikke kjenner seg trygg, kan det være vanskelig å si ifra. Overgrepene skjer dessuten ofte uten vitner. Den tette relasjonen mellom barn og overgriper kan føre til at barnets følelser overfor ham eller henne gjør at barnet velger å tie om det som skjer. Barn er i tillegg avhengige av sine omsorgsgivere og vet ikke nødvendigvis selv hva som er normal og god omsorg. Barn er også sårbare for manipulasjon ved å bli fortalt at det som skjer er normalt, eller ved å bli truet til taushet.

Skadevirkningene av å bli utsatt for vold og overgrep er store. Menneskers utvikling er på sitt mest sårbare når en er barn, og barndommen og ungdomstiden er en viktig tid for både fysisk og psykisk utvikling. Forskning tilsier blant annet at vold og overgrep mot barn kan "resultere i forstyrrelser i emosjonell, kognitiv og/eller atferdsmessig utvikling" og at dette gir negative konsekvenser for både helse, arbeid og personlig frihet.<sup>8</sup> Å avdekke og hindre overgrep mot barn er derfor et viktig samfunnsoppdrag. Påstander om vold og overgrep i barnesaker

---

<sup>5</sup> Se domstolenes årsrapport fra 2020: <https://www.domstol.no/arsrapport-2020/aktivitetar-og-resultat/saksavvikling-i-domstolane/#tingrettene> (lest 24.11.2021).

<sup>6</sup> Hafstad og Augusti (2019) s. 62 og 69.

<sup>7</sup> Se Ot.prp. nr. 103 (2004-2005), s. 24, 28, 30 og 56.

<sup>8</sup> Prop. 12 S (2016-2017) *Opptappingsplan mot vold og overgrep (2017-2021)*, s. 95.

innebærer følgelig ikke bare juridiske, men også en rekke menneskelige og psykososiale aspekter.

### 1.3 Begrepsavklaring

Formuleringen i barneloven § 48 andre ledd er at barnet ikke må bli utsatt for "vald eller på annen vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare". Inntil jeg har klarlagt innholdet i disse vilkårene vil jeg, for enkelthetens skyld, omtale dem som *vold og overgrep*. Dette er et uttrykk som også gjennomgående brukes i de rettskildene jeg viser til underveis.<sup>9</sup>

Oppgavens problemstilling gjelder bevistema og beviskrav. Dette er to av flere komponenter som inngår i bevisbedømmelsen i en rettssak for å vurdere om vilkårene for et rettskrav er oppfylt. Jeg vil derfor gjennomgå og avklare et par grunnleggende bevisteoretiske begreper.

Hovedregelen etter norsk rett er fri bevisbedømmelse, jf. tvisteloven §§ 21-2 og 11-2 andre ledd tredje punktum. I dette ligger at det er retten som vurderer hva som kan trekkes ut av de enkelte bevismidlene som er ført av partene og hvilket faktum som skal legges til grunn for avgjørelsen.

*Beviskravet* uttrykker hvor stor sannsynlighet det må være for å legge et faktum eller en påstand til grunn i en sak. Dette aktualiseres enten når partene er uenige om faktum, eller dersom enighet om et faktum går på bekostning av "offentlige hensyn", jf. tvisteloven § 11-4.<sup>10</sup> Dette vil være tilfellet i saker med begrenset rådighet, som i saker om barns rettsforhold etter barneloven. I slike saker har retten et selvstendig ansvar for å sørge for at avgjørelsen er til barnets beste.<sup>11</sup> Dette kan for eksempel være aktuelt dersom retten mistenker at barnet utsettes for overgrep hos en av foreldrene.

Et beviskrav knytter seg til et eller flere *bevistema* som angir hva som skal bevises for at et rettskrav skal kunne inntre. Hov definerer bevistema som "det som skal bevises" og at "[d]et en ønsker å føre bevis for, er et eller annet som har rettslig betydning".<sup>12</sup> I de fleste tilfeller vil det riktignok være samsvar mellom bevistemaet og de rettslige vilkårene i en bestemmelse.

---

<sup>9</sup> Se særlig Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 21-22.

<sup>10</sup> Lov 17.06.2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

<sup>11</sup> NOU 2001:32 B s. 706.

<sup>12</sup> Hov (2019) s. 208.

Bevistemaet er da en refleks av de rettslige vilkårene. Jerkø påpeker imidlertid at bevistemaet også vil kunne avhenge av "hvilke bevis som er fremlagt, og av hvordan partene bygger opp sin argumentasjon".<sup>13</sup> Jerkø skiller derfor mellom et *rettslig bevistema* som følger av de materielle vilkårene i en bestemmelse, og som gir anvisning på en rettsvirkning, og bevistema som partene ellers ønsker å belyse, eller som på annen måte er nødvendig for å opplyse saken. Jeg bruker oppdelingen *rettslige* og *andre bevistema* i oppgaven.

Bevisbyrden bestemmer hvem tvil om beviskravet er oppfylt skal gå utover.<sup>14</sup> I saker etter barneloven § 48 er det derimot ikke særlig naturlig å tillegge noen av partene bevisbyrden, ettersom avgjørelsen skal rette seg etter det som er best for barnet.<sup>15</sup> Drøftelser rundt bevisbyrde er derfor ikke relevant i denne oppgaven.

## 1.4 Metodiske betraktninger

Både bevistema og beviskrav ved påstander for vold og overgrep i samværssaker må fastsettes med utgangspunkt i ordlyden i barneloven § 48 andre ledd.<sup>16</sup> En umiddelbar utfordring er imidlertid at lovens ordlyd fremstår nokså utilgjengelig. Det må derfor ses hen til øvrige rettskilder for å svare på oppgavens hovedproblemstillinger. Samtidig er det sparsomt med klare og utvetydige uttalelser i rettskildene, særlig for hva som er beviskravet. Dette gir rom for å trekke på generelle betraktninger fra nærliggende rettskilder – både når det gjelder bevistema og beviskrav. Jeg vil for øvrig knytte noen korte kommentarer til særpreg ved enkelte rettskilder. Andre relevante rettskilder vil bli presentert fortløpende.

Rettspraksis på barnerettens område er omfattende, særlig fra tingrettene og lagmannsrettene. Ettersom sakene avgjøres etter hva som er barnets beste, har rettsavgjørelsene et svært skjønnsmessig og individuelt innhold og dermed begrenset overføringsverdi.<sup>17</sup> Prinsipielle avgjørelser og uttalelser fra Høyesterett vil likevel gi verdifulle tolkningsbidrag. Lagmannsrettspraksis er i hovedsak inkludert som illustrasjon for ulike problemstillinger.

---

<sup>13</sup> Jerkø (2017) s. 47.

<sup>14</sup> Skoghøy (2017) s. 911.

<sup>15</sup> Samme oppfatning i Jerkø (2017) s. 211 og Robberstad (2021) s. 144.

<sup>16</sup> Bestemmelsen ble vedtatt ved lov 07.04.2006 nr. 6 om endringer i barneloven mv.

<sup>17</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 37-38.

Internasjonale menneskerettskonvensjoner har betydning i kraft av menneskerettsloven ved at de gjelder som norsk lov.<sup>18</sup> Ved tolkningen av disse vil særlig FNs barnekomité's generelle kommentarer vedrørende tolkningen av FNs barnekonvensjon være relevante.<sup>19</sup>

## 1.5 Videre fremstilling

Før jeg drøfter bevistemaet og beviskravet etter barneloven § 48 andre ledd er det nødvendig å sette problemstillingen inn i en større sammenheng. I kapittel 2 vil jeg derfor ta for meg de overordnede rammene for når påstander om vold og overgrep er aktuelle, og hvilke rettigheter som i slike tilfeller står på spill.

I kapittel 3 ser jeg nærmere på det rettslige bevistemaet i barneloven § 48 andre ledd som beror på en tolkning av de rettslige vilkårene i bestemmelsen. I kapittel 4 undersøker jeg om det også er andre bevistema som kan være relevante ved vurderingen etter barneloven § 48 andre ledd.

Kapittel 5 handler om beviskrav. I dette kapitlet undersøker jeg hva som er beviskravet for påstander om vold og overgrep etter barneloven § 48 andre ledd, og hvilket bevistema beviskravet knytter seg til. Jeg vil også se på både begrunnelsen for og konsekvenser av beviskravet, og hva som skal til for å oppfylle beviskravet i praksis. Når det gjelder konsekvenser av beviskravet har jeg valgt å avgrense oppgaven mot problemstillinger knyttet til uskyldspresumsjonen etter EMK artikkel 6. Avgrensningen skyldes at temaet ellers ville blitt for omfattende, samt at det i hovedsak er aktuelt i relasjon til utformingen av rettens premisser.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Lov 21.05.1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven). Se særlig Convention on the Rights of the Child, 20.11.1989 (FNs barnekonvensjon); Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 04.11.1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjonen).

<sup>19</sup> HR-2020-661-S avsnitt 80.

<sup>20</sup> Se Backer (2008) s. 529.



## 2 Noen utgangspunkter

### 2.1 Barneloven § 48

#### 2.1.1 Avgjørelsen om samvær skal først og fremst rette seg etter det beste for barnet

Barneloven § 48 første ledd er plassert i barnelovens saksbehandlingskapittel og knytter seg til de overordnede rammene for hvordan saker om foreldreansvar, flytting ut av landet, fast bosted og samvær skal løses. Dette er gjort for å fremheve barnets beste som en overordnet norm for avgjørelser etter barneloven.<sup>21</sup> Barnet selv er ikke part i saken, og alle aktørene må derfor ha barnets beste for øyet, både ved avgjørelsens innhold og gjennom saksbehandlingen.<sup>22</sup> Dette er en viktig rettssikkerhetsgaranti for barnet.

Barneloven § 48 følger opp prinsippet om hensynet til barnets beste som er nedfelt i Grunnloven § 104 andre ledd og FNs barnekonvensjon artikkel 3.<sup>23</sup> Det følger også av praksis fra EMD og Høyesterett at barnets beste er et overordnet og grunnleggende hensyn i EMK artikkel 8 om retten til familieliv.<sup>24</sup> Barnets beste er et skjønnsmessig begrep med en rekke psykososiale aspekter, og innholdet i begrepet vil blant annet variere utfra hvilket område prinsippet anvendes på og fra sak til sak. Det ligger også i hensynet til barnets beste at vurderingene må foretas i tråd med oppdatert forskning på det aktuelle området.<sup>25</sup> Etter barneloven § 48 første ledd vil vurderingen rette seg etter hva som er best for *det enkelte barnet*, og vil følgelig måtte bero på både skjønnsmessige og konkrete momenter.

Avgjørelsen om samvær skal "først og fremst skal rette seg etter" det som er best for barnet, jf. barneloven § 48 første ledd. Dette tilsier at barnets beste skal være overordnet for rettsprosessen. I praksis er det imidlertid kun der barnets beste ikke gir anvisning på noen entydig løsning at andre hensyn kan vektlegges.<sup>26</sup> Etter tvisteloven § 11-4 har partene

---

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 82.

<sup>22</sup> Se for eksempel Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

<sup>23</sup> Lov 17.05.1814 om Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

<sup>24</sup> Se for eksempel Strand Lobben m.fl. mot Norge [GC] 2019, nr. 47283/13, avsnitt 207; HR-2020-661-S avsnitt 77 og 78.

<sup>25</sup> Se Prop. 85 L (2012-2013) s. 44 og Stråtveit og Herskind (2021) s. 25.

<sup>26</sup> Se Rt. 1984 s. 728 og Rt. 1985 s. 179.

begrenset rådighet i saker om barns rettsforhold.<sup>27</sup> Domstolen kan da sette hensynet til barnet foran partenes interesser både når det gjelder avgjørelsens innhold og vedrørende sakens opplysning.<sup>28</sup>

Barnets beste er det overordnede vurderingstemaet for hvilket samvær som skal fastsettes i det konkrete tilfellet. Samværsretten er en gjensidig rett for barn og foreldre til å opprettholde personlig forbindelse og kontakt med hverandre når de ikke bor sammen. Dette følger av både barnelovens §§ 42 og 43 første ledd og FNs barnekonvensjon artikkel 9 nr. 3. I Rt. 2010 s. 216 fremheves det at loven "bygger på en generell presumsjon for at det er et gode for et barn å ha kontakt med begge foreldrene".<sup>29</sup> Etter EMK artikkel 8 har både barnet og foreldrene rett til familieliv. Hvordan partene løser det når foreldrene ikke bor sammen er et privatrettslig anliggende. Der staten regulerer hvordan spørsmålet skal løses, for eksempel gjennom en domsavgjørelse, vil en avgjørelse om samværsrett imidlertid være et inngrep i retten til familieliv. Et slikt inngrep må være hjemlet i lov, forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig.<sup>30</sup> Det er ikke tvil om at hensynet til barnet er et legitimt formål.<sup>31</sup>

Retten kan etter barneloven fastsette en rekke ulike samværsordninger som kan tilpasses barnets beste i det konkrete tilfellet. I tillegg til å fastsette et gitt antall dager med samvær for forelderen, jf. barneloven § 43 andre ledd andre punktum, kan det oppstille samvær med *vilkår*, jf. barneloven § 43 tredje ledd. Et slikt vilkår kan være at samværet skjer med privat tilsyn.<sup>32</sup> Også andre vilkår kan være aktuelle, for eksempel å avlegge rusprøver, å motta behandling for psykiske lidelser, eller å gjennomgå kurs og veiledning.<sup>33</sup> Det kan også bestemmes at samvær skal skje under tilsyn av en offentlig oppnevnt person, jf. barneloven § 43a.<sup>34</sup> I ytterste konsekvens kan retten fastsette at det "ikkje skal vere samvær" der samvær "ikkje er til beste for barnet", jf. barneloven § 43 første ledd siste punktum. I likhet med barneloven § 48 første ledd er vurderingstemaet knyttet til barnets beste. Det fremheves i forarbeidene at "[i] saker der domstolene etter en bevisvurdering legger til grunn at barnet har vært utsatt for eller vitne til alvorlige forhold som vold og overgrep og det er fare for

---

<sup>27</sup> NOU 2001:32 B s. 706-707.

<sup>28</sup> Se for eksempel Stråtveit og Herskind (2021) s. 34.

<sup>29</sup> Rt. 2010 s. 216 avsnitt 32.

<sup>30</sup> Dette er særlig fremhevet i forarbeidene til ny barnelov. Se NOU 2020:14 s. 211.

<sup>31</sup> Barns rett til familieliv og kontakt med sine foreldre er blant annet foreslått fremhevet som en grunnleggende rettighet, i ny § 1-4, i forslaget til ny barnelov, jf. NOU 2020:14 s. 410.

<sup>32</sup> Prop. 85 L (2012-2013) s. 47.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Se nærmere om ulike former for offentlig tilsyn (*støttet og beskyttet*) i Prop. 85 L (2012-2013) s. 87.

gjentakelse eller retraumatisering av barnet, må gjeldende rett forstås slik at det ikke skal fastsettes samvær, heller ikke med tilsyn".<sup>35</sup> Dette tilsier at resultatet av bevisvurderingen for om det foreligger vold og overgrep, etter barneloven § 48 andre ledd, kan få tilnærmet direkte konsekvenser for om samvær skal nektes eller ikke.

## 2.1.2 Vold og overgrep som vurderingsmoment

Etter barneloven § 48 andre ledd skal det "[v]ed avgjerda tas hensyn til at barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare". Bestemmelsen ble vedtatt i 2006 og er ifølge forarbeidene en "presisering av gjeldende rett og kan også utledes av [barneloven] § 48 første ledd om at alle avgjørelser og saksbehandlingen først og fremst skal rette seg etter det som er best for barnet".<sup>36</sup> Momentet er med andre ord et av flere forhold som kan vektlegges ved vurderingen av hvilken samværsordning som vil være til barnets beste etter første ledd. Tilføyelsen hadde til hensikt å sikre at "alvoret i skadevirkningene barnet kan bli påført gis tilstrekkelig oppmerksomhet" og "at hensynet til barnet tillegges tilstrekkelig vekt i de situasjonene hvor det er vanskelig eller umulig å ta stilling til om overgrep har skjedd eller vil komme til å skje".<sup>37</sup>

Barneloven § 48 andre ledd kan grovt sett deles i to. Den ene delen angir de rettslige vilkårene som må oppfylles for at bestemmelsen skal kunne anvendes, mens den andre delen angir rettsvirkningene av at bevistemaet er oppfylt.

Rettsvilkårene følger av vilkårene om at "barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare". Det er denne delen av bestemmelsen som angir hva som skal bevises for at rettsvirkningene skal inntre, det vil si det rettslige bevistemaet. Dette kan kort oppsummeres som at barnet ikke må bli utsatt for *vold og overgrep*.<sup>38</sup>

Barnets rett til beskyttelse mot vold og overgrep er videre en grunnleggende menneskerettighet og følger av FNs barnekonvensjon artikkel 19. Grunnloven § 104 tredje ledd tar også sikte på sikre denne rettigheten gjennom et vern om barns "personlige

---

<sup>35</sup> Prop 85 L (2012-2013) s. 43.

<sup>36</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Se begrunnelse i begrepsavklaringen i kapittel 1.3.

integritet".<sup>39</sup> Innholdet i barneloven § 30 tredje ledd, og dermed også barneloven § 48 andre ledd, tilstreber å harmonere med FNs barnekonvensjon artikkel 19 og denne bestemmelsen vil følgelig være retningsgivende for tolkningen av barneloven § 48 andre ledd.<sup>40</sup> Det nærmere innholdet og nyansene i bevisetemaet etter barneloven § 48 andre ledd vil gjennomgås i kapittel 3.

Rettsvirkningene av barneloven § 48 andre ledd er at det "[v]ed avgjerda skal [...] takast omsyn til" at barnet ikke må utsettes for vold eller overgrep. Dette er følgelig et av flere vurderingsmomenter i spørsmålet om hvilket samvær som vil være til barnets beste. Andre relevante momenter kan være best mulig samlet foreldrekontakt, foreldrenes personlige forutsetninger og egenskaper, stabile og trygge oppvekstvilkår, og barnets ønske.<sup>41</sup> I utgangspunktet vil vekten av de ulike momentene variere utfra de konkrete omstendighetene i saken. I forarbeidene til barneloven § 43 fremgår det likevel at "[h]ensynet til å beskytte barn mot vold, overgrep, psykisk mishandling og det å være vitne til vold må [...] få *avgjørende* betydning i foreldretvister etter barneloven" (min kursivering).<sup>42</sup>

Barnets rett til beskyttelse mot vold og overgrep er også ansett som en grunnleggende menneskerettighet som medfører visse forpliktelser for staten. Statens ansvar for beskytte barn mot vold og overgrep, slik det fremgår av FNs barnekonvensjon artikkel 19, følger av sikreplikten, jf. FNs barnekonvensjon artikkel 2. FNs barnekonvensjon artikkel 19 gir uttrykk for en absolutt rettighet som staten ikke kan gjøre inngrep i. Sikreplikten innebærer også at staten må treffe tiltak for å blant annet forebygge, reparere og etterforske menneskerettighetsbrudd mellom individer. I vårt tilfelle vil domstolen i hovedsak ta sikte på å treffe en avgjørelse som skal forebygge fremtidige overgrep mot barnet.<sup>43</sup> Regulering av beviskravene for vold og overgrep kan være et slikt forbyggende tiltak. Ettersom det her er tale om en grunnleggende og absolutt rettighet for barnet, uten mulighet for lovlige inngrep, må plikten til å iverksette slike forebyggende tiltak antas å være vidtrekkende.<sup>44</sup> Samtidig innebærer forebyggende tiltak at staten ikke nødvendigvis vet hvordan situasjonen vil utarte

---

<sup>39</sup> Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 188 og 193. I utredningen til ny barnelov er også barnets rett til vern mot vold, overgrep og annen hensynsløs atferd foreslått fremhevet som en grunnleggende rettighet for barnet i ny § 1-3, jf. NOU 2020:14 s. 410.

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 36.

<sup>41</sup> Se blant annet barneloven § 31 om plikten til å høre hva barnet mener, samt andre relevante momenter i barneloven § 43 andre ledd.

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

<sup>43</sup> Se kapittel 2.1.3.

<sup>44</sup> Se Oppedal (2008) s. 114.

seg. Dette tilsier at statens skjønnsmargin er noe videre for denne vurderingen, og at de ikke nødvendigvis kan holdes ansvarlig dersom det forebyggende tiltaket slår feil.

Det kan imidlertid ikke være tvil om at staten har en vidtrekkende plikt til å sikre at barn ikke blir utsatt for vold og overgrep ved fastsettelsen av samvær i en domsavgjørelse. Dette må imidlertid veies mot barnet og forelderens rettigheter etter EMK artikkel 8 og Grunnloven § 102, slik at samværsordningen ikke utgjør et uforholdsmessig inngrep i deres rett til familieliv. En samværsordning som er til barnets beste vil måtte tilstrebe en ordning som i størst mulig grad ivaretar familiens rett til samvær, samtidig som det gjennomføres uten at barnet utsettes for risiko for vold og overgrep. Rettskildene må imidlertid forstås slik at dersom samvær ikke kan gjennomføres uten at barnet vil utsettes for vold og overgrep, kan samvær heller ikke fastsettes.

### **2.1.3 En fremtidsrettet vurdering**

Vurderingen etter barneloven § 48 første ledd gjelder hvilken samværsordning som vil være best for barnet. I HR-2020-1843-A fremgår det at vurderingen tar "sikte på å finne den løsningen som må antas å være best for barnet i tiden fremover".<sup>45</sup> Dette innebærer at dommeren må forsøke å forutse hva som vil kunne skje ved ulike samværsordninger, også for vurderingen av vold og overgrep etter barneloven § 48 andre ledd. Det er altså tale om en *fremtidsrettet vurdering*.

Ved denne fremtidsrettede vurderingen kan en tenke seg tilfeller som vil være bra for barnet på både kort og lang sikt. Barnets beste gir imidlertid anvisning på en *konkret helhetsvurdering*. Dette tilsier at en avgjørelse som vil være til barnets beste på kort sikt, ikke nødvendigvis er det på lang sikt, og motsatt. I forarbeidene fra 2012-2013 fremgår det at barnets beste på kort sikt bør være avgjørende.<sup>46</sup> I forarbeidene til ny barnelov understreker imidlertid barnelovutvalget at den kortsiktige virkningen av en avgjørelse ikke alltid bør gå på bekostning av virkningen på lengre sikt.<sup>47</sup> En bør derfor foreta en bred vurdering av hvordan samværsordningen vil virke på både kort og lang sikt, men slik at de kortsiktige virkningene av avgjørelsen vil få større vekt i helhetsvurderingen.

---

<sup>45</sup> HR-2020-1843-A avsnitt 34.

<sup>46</sup> Prop. 85 L (2012-2013) s. 43.

<sup>47</sup> NOU 2020:14 s. 214.

En fremtidsvurdering er langt mer usikker enn en ren bevisvurdering av fortidige forhold. Det er derfor behov for noen retningslinjer for hva retten kan legge vekt på ved denne vurderingen. Søvig skriver følgende om fremtidsrettede vurderinger etter den tidligere sosialtjenesteloven §§ 6-2 og 6.2a:<sup>48</sup>

"At siktemålet er fremtidsrettet, må etter mitt syn være avgjørende. Det vil være ulogisk å basere seg på fortidig materiale, når en skal etablere det faktiske grunnlaget for en avgjørelse, som skal avverge fremtidige negative konsekvenser. [...] Samtidig vil enkelte forhold innebære en rent bevismessig (historisk) vurdering, for eksempel spørsmål om hvilke hjelpetiltak som faktisk har vært utprøvd."<sup>49</sup>

Fortidige forhold vil derfor i *utgangspunktet* ikke være særlig relevant i vurderingen av hva som er til barnets beste. I forarbeidene fra 2012-2013 fremhever Skjørten at "barnas opplevelse av her-og-nå-situasjonen samt tidligere erfaringer får betydning i vurderinger av barnets beste".<sup>50</sup> Uttrykket "her-og-nå" gir indikasjoner på at det er en glidende overgang fra barnets situasjon, slik det fremgår av bevisene, og hvordan barnet også vil ha det fremover.<sup>51</sup> Dette tilsier at fortidige forhold, og særlig tidsnære forhold, vil være relevant, om ikke nødvendig, for vurderingen. Dette kan gi oss informasjon om hvilken situasjon barnet har vært i og/eller befinner seg i, og hvilke konkrete behov barnet har. Dette vil være relevant dersom det også forteller oss noe om hva som vil skje fremover. Det som har skjedd før kan også skje igjen. Dette kan sammenliknes med Søvigs eksempel om "hvilke hjelpetiltak som faktisk har vært utprøvd". Det som har fungert før vil kunne fungere igjen, og motsatt.

---

<sup>48</sup> Lov 13.12.1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (opph.).

<sup>49</sup> Søvig (2007) punkt 8.1.2.

<sup>50</sup> Prop. 85 L (2012-2013) s. 45.

<sup>51</sup> Samme oppfatning i Bendiksen og Haugli (2021) s. 28.

# 3 Rettslige bevistema etter barneloven § 48 andre ledd

## 3.1 Innledning

Et rettslig bevistema følger av de rettslige vilkårene i en bestemmelse.<sup>52</sup> I dette kapitlet vil jeg fastlegge innholdet i vilkårene etter barneloven § 48 andre ledd og dermed også avgjøre *hva* det er som skal bevises. Bestemmelsen kan som nevnt i kapittel 2.1.2 deles i to. Jeg behandler i dette kapitlet de rettslige vilkårene som knytter seg til at "barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare". Denne formuleringen har jeg til nå omtalt som at barnet ikke må bli utsatt for *vold eller overgrep*. Jeg vil i det følgende foreta en rettslig analyse av vilkårene for å forsøke fastlegge det rettslige bevistemaet mer presist.

## 3.2 Bestemmelsen gjelder barnets omsorgssituasjon

Før jeg går i gang med tolkningen av de rettslige vilkårene er det behov for å klarlegge hvem barnet skal beskyttes mot. Ordlyden er taus, og det må derfor tas stilling til om forelderen kan holdes ansvarlig for ethvert mulig overgrep barnet kan utsettes for. Det er stort sett forelderen, som part i saken, som kan forsvare seg mot påstander om overgrep, og forelderen har ikke nødvendigvis kontroll over enhver som kan utgjøre en mulig trussel mot barnet. Det kan derfor fremstå som urimelig om forelderen skal bære risikoen for at hvem som helst kan utsette barnet for overgrep. Det er derfor fremhevet i forarbeidene at det er "barnets totale omsorgssituasjon som må vurderes" og at det vil kunne "tillegges vekt ikke bare om en forelder utøver vold eller overgrep, men også hvis en ny samlivspartner gjør det".<sup>53</sup> Samme oppfatning er lagt til grunn i FNs barnekonvensjon artikkel 19 som retter seg mot "foreldre, verge(r) eller eventuell annen person som har omsorgen for barnet". Barnets beskyttelsesvern etter bestemmelsen er derfor begrenset til omsorgssituasjonen, hvor barnet hovedsakelig eksponeres for omsorgspersoner i form av foreldre og eventuelt nye samlivspartnere.

---

<sup>52</sup> Se kapittel 1.3.

<sup>53</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

## 3.3 "vold"

### 3.3.1 Ordlyden

En alminnelig språklig forståelse av "vold" tilsier en mer eller mindre brutal bruk av fysisk makt. Store norske leksikon definerer imidlertid vold som "fysiske eller psykiske overgrep for å tvinge gjennom sin vilje, eller for å få utløp for aggresjon" og tilføyer at "justisdepartementet definerer vold som et uttrykk for grove krenkelser av grunnleggende menneskerettigheter som det er en offentlig oppgave å bekjempe".<sup>54</sup> Ettersom barn er særlig sårbare og har et sterkere vern, kan et voldsbegrep i tråd med justisdepartementets definisjon tilsa at det skal mindre til for at en handling mot et barn regnes som vold enn samme handling mot en voksen person. Justisdepartementets definisjon tilsier også at "vold" omfatter både fysiske og psykiske krenkelser. Tilsvarende legges til grunn ved tolkningen av FNs barnekonvensjon artikkel 19 hvor uttrykket *vold* anses å dekke alle de forholdene som bestemmelsen skal beskytte mot, inkludert fysisk og psykisk vold.<sup>55</sup> En vid forståelse av voldsbegrepet er også lagt til grunn av Barne- og likestillingsdepartementet. De fremhever at "[v]old kan forstås som et mønster av overgrep og manipulerende adferd som kan være fysisk, psykisk, emosjonell, økonomisk og/eller seksuell, som overgripere bruker mot deres partnere og/eller barn".<sup>56</sup> Dette illustrerer at vold har et vidt innhold som gir rom for tolkning.

### 3.3.2 Øvrige rettskilder

I forarbeidene til barneloven § 48 andre ledd fremheves både fysisk og psykisk vold som overgrep barnet må beskyttes mot.<sup>57</sup> I utredningen til de samme forarbeidene vises det til at voldsbegrepet typisk tar utgangspunkt i hvilken skaderisiko handlingen medfører, men at det også omfatter handlinger som får en person til å handle mot sin vilje.<sup>58</sup> Arbeidsgruppen og departementet lander imidlertid på en formulering av barneloven § 48 andre ledd som er tilsvarende barneloven § 30 tredje ledd første punktum av hensyn til sammenheng i loven.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> [www.snl.no/vold](http://www.snl.no/vold) (lest 04.11.2021).

<sup>55</sup> Generell kommentar nr. 13 avsnitt 19.

<sup>56</sup> Barne- og likestillingsdepartementet (2008) s. 9.

<sup>57</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 21-22.

<sup>58</sup> NOU 2003:31 s. 34.

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 27.



I følge forarbeidene til barneloven § 30 må voldsbegrepet forstås likt som i straffeloven, som gjelder fysisk vold, slik at det er sammenheng mellom hvordan begrepene skal forstås.<sup>60</sup> Barn må likevel, i både strafferetten og barneretten, ha et bedre vern enn voksne mot fysiske krenkelser. Dette ble i forarbeidene til barneloven § 30 begrunnet med "barns sårbarhet og det uproporsjonale forholdet [...] mellom barn og foreldre i makt og styrkeforhold".<sup>61</sup> Den nedre terskelen for voldsbegrepet i barneloven § 30 ble illustrert slik: "Handlinger som er ment å avverge at barnet eller andre skader seg rammes ikke av tredje ledd, så lenge handlingen står i forhold til den faren som skal avverges".<sup>62</sup>

Selv om tolkningen av FNs barnekonvensjon kan tale for at "vald" må tolkes vidt vil ikke en snevrere tolkning nødvendigvis føre til motstrid mellom FNs barnekonvensjon artikkel 19 og barnelovens bestemmelser. Det alternative vilkåret i barneloven § 48 andre ledd, og § 30 tredje ledd, åpner imidlertid for å omfatte også andre handlinger.<sup>63</sup> Jeg legger derfor til grunn at "vald" må tolkes snevert, slik at det kun gjelder fysisk vold mot barnet, av hensyn til sammenheng i rettssystemet.

### **3.3.3 Må voldshandlingen føre til skadevirkninger på barnet?**

Bestemmelsens ordlyd oppstiller krav til årsakssammenheng mellom "på anna vis bli handsama" og skadevirkningene av den aktuelle handlingen. Det er imidlertid uklart om det også stilles krav til skadevirkninger ved "vald". Ordlyden kan forstås på begge måter.

Et sentralt formål med bestemmelsen er imidlertid å fremheve skadevirkninger barnet kan bli påført.<sup>64</sup> Det gir da god sammenheng å også oppstille et krav til årsakssammenheng ved vold. Den praktiske betydningen av å oppstille et årsakskrav er imidlertid ikke stor da det fremgår av forarbeidene at blant annet fysisk vold "*er* skadelig for barns helse, både fysisk og psykisk" (min kursivering).<sup>65</sup> Retten kan derfor i stor grad presumere at fysisk vold vil føre til skade på barnet, eller at det i det minste er "fare" for skade på barnet. Jeg kommer tilbake til det nærmere innholdet i skadevilkårene nedenfor.

---

<sup>60</sup> Ot.prp. nr. 8 (1986-1987) s. 7-8. Fulgt opp i Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 24 og 38. Se blant annet lov 20.05.2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 271. Andre forhold, som psykisk vold, fanges likevel opp av straffeloven § 282 om "mishandling i nære relasjoner".

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 104 (2008-2009) s. 36.

<sup>62</sup> *Ibid.* s. 72

<sup>63</sup> Se kapittel 3.4.

<sup>64</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

<sup>65</sup> Prop. 85 L (2012-2013) s. 26.

## 3.4 "handsama"

### 3.4.1 Et vidt vilkår

Ordlyden "på anna vis bli handsama" er vid og peker på alle andre måter å behandle barnet på enn de som omfattes av voldsbegrepet, det vil si fysisk voldsutøvelse. Ordlyden gir i utgangspunktet få begrensninger for hva som vil kunne omfattes, men ordet "handsama" gir likevel inntrykk av at det bør kreves en aktiv handling fra omsorgspersonen.

Forarbeidene gir mer veiledning. Her fremheves flere måter å behandle barnet på – i tillegg til fysisk vold – som vil omfattes av bestemmelsen. Dette er psykisk vold, omsorgssvikt, seksuelle overgrep, samt det å være vitne til vold.<sup>66</sup> Å være vitne til vold utgjør en belastning på barnet som vil kunne karakteriseres både som psykisk vold og omsorgssvikt.<sup>67</sup>

Etter FNs barnekonvensjon artikkel 19 må det treffes tiltak for å beskytte barnet mot "fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk, vanskjøtsel eller forsømmelig behandling, mishandling eller utnytting, herunder seksuelt misbruk". FNs barnekomité fremhever at de aktuelle handlingene ikke utgjør en uttømmende liste over hva som vil kunne omfattes av bestemmelsen.<sup>68</sup>

De fleste forholdene som fremheves er aktive handlinger. Vanskjøtsel (omsorgssvikt) og forsømmelig behandling peker i større grad på selve *situasjonen* for barnet fremfor en konkret aktiv handling fra omsorgspersonen. Å være vitne til vold i familien er en form for psykisk vold mot barnet som kan utgjøre en omsorgssituasjon for barnet som er å karakterisere som "alvorlig omsorgssvikt".<sup>69</sup> Også her er det selve *situasjonen* som gjør at barnet er "vitne til" volden. Dette tilsier at det ikke kan stilles et strengt krav til omsorgspersonens aktive i rolle, men at også passivitet vil omfattes av "handsama"-vilkåret.

I prinsippet kan en derfor tenke seg at nærmest enhver måte å opptre overfor barnet, både aktivt og passivt, vil fanges opp av lovens formulering. "[H]andsama"-vilkåret er imidlertid begrenset av at det må føre til at barnet utsettes for skadevirkninger.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 21-22, 29 og 56.

<sup>67</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 22; Barne- og likestillingsdepartementet (2008) s. 9.

<sup>68</sup> Se Generell kommentar nr. 13 avsnitt 19.

<sup>69</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 22.

<sup>70</sup> Se kapittel 3.5.

## 3.5 Skadevirkninger

### 3.5.1 Ordlyd

Det er ikke tilstrekkelig å føre bevis for at handlingsvilkårene "vald" eller "på anna vis bli handsama" er oppfylt. Bestemmelsen stiller også krav til at disse handlingsalternativene fører med seg skadevirkninger for barnet.<sup>71</sup>

Et av hovedformålet med å tilføye bestemmelsen i barneloven § 48 andre ledd var å "sikre at alvoret i skadevirkningene barnet kan bli påført gis tilstrekkelig oppmerksomhet".<sup>72</sup> Hva som ligger i disse skadevirkningene finner vi først og fremst i lovtekstens formulering om at "den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare".<sup>73</sup>

Ordlyden "den fysiske eller psykiske helsa" er vid og omhandler menneskets evne til å prestere og fungere fysisk og psykisk. Verdens helseorganisasjon definerer helse som "en tilstand av fullstendig fysisk, psykisk og sosialt velvære og ikke bare fravær av sykdom eller lidelser".<sup>74</sup> Jeg vil i det følgende omtale dette vide begrepet som barnets *helse*.

Barnets helse må ikke bli utsatt for "skade". En alminnelig språklig forståelse tilsier at barnets helse eller deler av denne blir ødelagt. Med et helsebegrep som dekker både fysisk, psykisk og sosialt velvære må også "skade" antas å rekke tilsvarende vidt. Også ordet "fare" knytter seg til skader på barnets helse. Ordlyden tilsier at det er mulig at en skade som enda ikke har manifestert seg vil inntre. Dette kan formuleres som at noe er *egnet* til å skade barnets helse.

Vilkårene "skade" og "fare" knytter seg til de samme skadevirkningene, men gir likevel uttrykk for en ulik vurdering. Bruken av ordet "fare" sikter til noe mer usikkert; at det er en *mulighet* for skade i fremtiden. Ordet "skade" er på sin side mer konkret og beskriver noe som har skjedd eller som med sikkerhet kommer til å skje. Ettersom det er tale om en fremtidsrettet vurdering kan det stilles spørsmål ved om det er hensiktsmessig å skille mellom "skade" og "fare [for skade]" på barnets helse. Skaden vil uansett ikke ha manifestert seg, og bruk av vilkåret "fare" vil kunne favne om en større del av denne usikkerheten ved

---

<sup>71</sup> Se kapittel 3.3.3.

<sup>72</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

<sup>73</sup> Barneloven § 48 andre ledd.

<sup>74</sup> Verdens helseorganisasjon: <https://www.fn.no/om-fn/fns-organisasjoner-fond-og-programmer/verdens-helseorganisasjon-who> (lest 03.11.2021).

fremtidsvurderingen. Derfor kan vilkåret om "skade" eller "fare" etter mitt syn bedre formuleres som handlinger og situasjoner som er *egnet til* å skade barnets helse. Dette begrepet favner i større grad om den usikkerheten som særpreger fremtidsvurderingen.

### 3.5.2 Forarbeider

I forarbeidene fra både 2004-2005 og 2012-2013 vises det til veldokumenterte kortsiktige og langsiktige skadevirkninger som følge av handlinger som fysisk og psykisk vold, og omsorgssvikt.<sup>75</sup>

Forarbeidene beskriver barn som utvikler posttraumatiske stresslidelser og tillegger seg aggressive væremåter, som også senere kan komme til uttrykk gjennom vold mot egne barn. I tillegg beskrives skader i form av at barnet utvikler angst, har psykosomatiske plager, gledesløshet, vondt i magen, sover dårlig eller har dårlig selvbilde. Andre konsekvenser er ifølge forarbeidene at barnet får "atferds- og emosjonelle problemer, og at det får konsekvenser i forhold til sosial, relasjonell og kognitiv utvikling og fungering".<sup>76</sup>

Omsorgssvikt kan ifølge forarbeidene "føre til at barnet kan bli traumatisert og dermed utvikle psykiske og fysiske vansker".<sup>77</sup> Videre uttales at det er en "høy sammenheng" mellom traumatiske hendelser i omsorgssituasjonen og psykiske plager.<sup>78</sup> I boken *De minste barnas stemme* illustreres den særlige sårbarheten til små barn. Det fremgår at "både handlinger som skremmer og skader, og fravær av utviklingsmessig nødvendige handlinger [er] en fare for barnets helse og utvikling".<sup>79</sup> Dette gir en god oppsummering av hva uttrykket omsorgssvikt er ment å omfatte, og at det særlig for de minste barna kreves både støtte, oppfølging og omsorg fra foreldrene for å unngå skadevirkninger. Dette kan tilsi at terskelen for hva som anses som omsorgssvikt, men også andre krenkelser, er lavere for små barn enn for eldre barn fordi de vil ta større skade av situasjonen.

Forarbeidene gir i utgangspunktet ikke anvisning på hvilken alvorlighetsgrad eller hyppighet som må kreves for at en handling eller situasjon skal være egnet til å skade barnet. Dette må avgjøres konkret i det enkelte tilfellet. Terskelen må nok i utgangspunktet settes lavt ettersom

---

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 30 og Prop. 85 L (2012-2013) s. 26.

<sup>76</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 22.

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> Sjøvold og Furuholmen (2015) s. 68.

det er tilstrekkelig at det må utgjøre en "fare" for skade på barnet. Enkeltstående og rent bagatellmessige handlinger vil likevel kunne falle utenfor dersom det er lite egnet til å skade barnet.

### 3.5.3 FNs barnekonvensjon artikkel 19

FNs barnekonvensjon artikkel 19 viser ikke uttrykkelig til hvilke skadevirkninger barnet skal beskytte mot, men fremhever konkrete forhold som må antas å føre til skade på barnet.<sup>80</sup> FNs barnekomité fremhever særlig at voldsbruk, i vid forstand, mot barn har en ødeleggende virkning for deres overlevelse og utvikling som er vernet i FNs barnekonvensjon artikkel 27 nr. 1.<sup>81</sup> Av konkrete virkninger pekes det også her på ulike helse-, utviklings- og atferdsmessige konsekvenser som hukommelsestap, angst og forsinket utvikling, og at vold avler vold.<sup>82</sup> Skadevirkningene er med andre ord langt på vei sammenfallende med de som fremheves i forarbeidene til barneloven. Søvig tar til orde for at bestemmelsen, i sin helhet, skal verne barnet mot *uforsvarlige oppvekstforhold*.<sup>83</sup> Dette tilsier at *forsvarlig* kan være en retningsgivende nedre terskel.

Ut fra ovennevnte kan det ikke være tvil om at fysisk og psykisk vold, å være vitne til vold, samt å bli utsatt for omsorgssvikt er handlinger og situasjoner som er *egnet til* å skade barnets helse. Dette tilsier at det vil være tilstrekkelig å vise til at barnet vil bli utsatt for disse handlingene. Dersom det er tale om andre typer handlinger må en imidlertid foreta en mer konkret vurdering, i lys av oppdatert forskning på området, for å avdekke om handlingen eller situasjonen er egnet til å skade barnets helse.

## 3.6 En oppsummering av det rettslige bevistemaet

Barneloven § 48 andre ledd fastsetter at "barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare". I dette kapitlet har jeg gått nærmere inn på de ulike vilkårene bestemmelsen består av. Dermed er det også sagt noe om hva det skal føres bevis for i tilfelle det er fremsatt påstander om at

---

<sup>80</sup> Se nærmere kapittel 3.4.1.

<sup>81</sup> Generell kommentar nr. 13 avsnitt 15.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> Søvig (2009) s. 135.

barnet vil bli utsatt for vold eller overgrep, eller retten selv finner det nødvendig å undersøke om slike forhold kan finne sted.

For det første må det finnes bevist at barnet vil bli utsatt for en handling eller situasjon ved et fremtidig samvær. For det andre må disse handlingene eller situasjonene være egnet til å skade barnets helse. Det rettslige bevistema kan derfor *generelt* formuleres som om barnet vil bli utsatt for handlinger eller situasjoner som er egnet til å skade barnets helse.

Vurderingen av hvilke handlinger og situasjoner som er egnet til å skade barnet vil i praksis ofte vil gli over i hverandre og påvirke hverandre. Det ligger for eksempel i uttrykket psykisk vold at det er tale om handlinger som typisk fører til skade på barnet. En kan derfor spørre seg om det er nødvendig å oppstille et slikt toleddet bevistema.

Jeg har i de foregående kapitlene vist til at fysisk og psykisk vold, samt omsorgssvikt *er* egnet til å skade barnets helse. Skadeevnen er i disse tilfellene på mange måter innbakt i uttrykkene. Det vil da kunne være tilstrekkelig å oppstille et *konkret* bevistema for om barnet vil bli utsatt for fysisk eller psykisk vold, eller omsorgssvikt.

Spørsmålet er om det finnes en forenklet formulering som også omfatter tilfeller som *ikke* karakteriseres som fysisk eller psykisk vold, eller omsorgssvikt.

Jeg har tidligere brukt uttrykket *vold og overgrep* når jeg har omtalt hva barnet skal beskyttes mot. Ordet *overgrep* peker på en fysisk eller psykisk krenkelse av en svakere eller forsvarsløs person, eller dennes rettigheter.<sup>84</sup> Handlinger som fører til skade på barnet må anses som fysiske eller psykiske krenkelser, og vil følgelig kunne kalles *overgrep*. I likhet med ordet "handsama" gir *overgrep* imidlertid indikasjoner på at det er tale om en aktiv handling, som for eksempel fysisk og psykisk vold, og enkelte former for omsorgssvikt. I forarbeidene fremgår det at innføringen av barneloven § 48 andre ledd "tar særlig sikte på vold og overgrep, men også annen omsorgssvikt omfattes".<sup>85</sup> Dette støtter at uttrykket *vold og overgrep* ikke nødvendigvis er dekkende for alle de tilfeller barneloven § 48 andre ledd er ment å omfatte.

En annen løsning er å snu om på vurderingen og spørre *om barnet vil bli utsatt for helseskade* i sin omsorgssituasjon. Det vil etter mitt mening utgjøre et mer presist bevistema enn

---

<sup>84</sup> <https://ordbok.uib.no/overgrep> (lest 02.12.2021).

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

*overgrep* da det vil omfatte flere tilfeller som bestemmelsen er ment å ramme. En vurdering knyttet til om barnet vil bli utsatt for helseskade krever imidlertid inngående kunnskap om hvordan ulike handlinger og situasjoner vil kunne påvirke barnet. En slik vurdering vil følgelig være lettere for en sakkyndig å vurdere enn en dommer. Faren ved et slikt bevistema er at det kan bli lettere for en dommer å legge en sakkyndigs vurdering mer eller mindre ukritisk til grunn. Dette ville ikke vært heldig.<sup>86</sup> Bruk av *helseskade* som et rettslig bevistema bør derfor avgrenses til de tilfellene hvor man ikke kan knytte vurderingen til mer eller mindre konkrete *overgrep*.

Hovedvekten av de forholdene barneloven § 48 andre ledd dekker er tross alt ulike former for det som karakteriseres som *overgrep*. Jeg vil derfor for enkelthetens skyld, og med forbehold om at også andre helseskadelige forhold kan omfattes av bestemmelsen, formulere det rettslige bevistemaet som et spørsmål *om barnet vil bli utsatt for overgrep*.

---

<sup>86</sup> Se Haugli og Nordhelle (2014) s. 99 flg.

## 4 Andre mulige bevistema

### 4.1 Innledning

Bevistemaet er ofte det samme som de materielle vilkårene en lovregel gir anvisning på. Et bevistema kan også avhenge av den konkrete saken, herunder hvordan partene bygger opp sin argumentasjon og hvilke bevis som er fremlagt. Jerkø deler bevistema inn i faktiske forhold som rettsreglene knytter direkte virkninger til, og faktiske forhold som ikke gir direkte rettsvirkninger.<sup>87</sup>

Vi har til nå sett på det rettslige bevistemaet som knytter seg til om barnet vil bli utsatt for overgrep. Det rettslige bevistemaet er en fremtidsvurdering for hvilke virkninger ulike former for samvær vil kunne få for barnet. Utgangspunktet er derfor at det å bevise fortidige handlinger ikke gir noen rettsvirkninger. Det er imidlertid vanskelig å vurdere fremtiden uten å bygge på erfaringer fra fortiden. Fortidige forhold og erfaringer vil derfor kunne ha avgjørende betydning i den grad det kan si noe om fremtiden.<sup>88</sup> På den måten kan slike faktiske forhold utgjøre selvstendige bevistemaer. Hvilke bevistemaer som oppstilles i retten vil variere utfra de konkrete omstendighetene i saken og partenes påstander. Jeg vil i det følgende se på enkelte forhold som ifølge rettskildene typisk vil være relevante bevistema.

### 4.2 En omsorgsperson har utsatt barnet for overgrep tidligere

I forarbeidene til barneloven § 48 andre ledd fremgår det at hensikten med tilføyelsen var "å sikre at hensynet til barnet tillegges tilstrekkelig vekt i de situasjonene hvor det er vanskelig eller umulig å ta stilling til om overgrep har skjedd eller vil komme til å skje".<sup>89</sup> Overgrep som *har skjedd* kan derfor være et relevant bevistema ifølge forarbeidene, i tillegg til om overgrep vil skje i fremtiden – som er det rettslige bevistemaet. I fremtidsvurderingen retten må foreta, kan det at en omsorgsperson har utsatt barnet for overgrep tilsi at det er en fare for

---

<sup>87</sup> Jerkø (2017) s. 47-48.

<sup>88</sup> Se kapittel 2.1.3.

<sup>89</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.



gjentakende overgrep.<sup>90</sup> Hvorvidt den fortidige handlingen eller situasjonen kan begrunne at barnet vil bli utsatt for overgrep også i fremtiden beror på rettens bevisvurdering.

En omsorgspersons fortidige overgrep mot barnet regnes som et relevant bevistema også etter rettspraksis. Her er det også ofte tale om overgrep mot barnet som en frykter vil gjenta seg. I Rt. 2011 s. 1572 fremstår det som et relevant bevistema om "far har spesielle problemer med aggresjonskontroll [overfor barna]".<sup>91</sup> Jeg forstår domspremissene slik at fars aggresjonsproblemer knyttet seg til om han hadde utøvd fysisk eller psykisk vold overfor barna. Høyesterett la imidlertid til grunn at det "i dag ikke er en slik risiko for at far skal utøve vold mot barna at samvær av den grunn må begrenses".<sup>92</sup> Også i Rt. 2010 s. 216 bygget vurderingen på om far hadde "forgrepet seg seksuelt på [barnet]", som ble besvart benektende.<sup>93</sup>

I LB-2020-126917 hadde tingretten "konkret vist til at [...] far har utsatt barnet for seksuelle overgrep" og på bakgrunn av dette "konkludert med at det foreligger en reell risiko for seksuelle overgrep ved samvær hos far". I LB-2019-177355 ble det funnet bevist at far hadde truet barna med "ris på rumpa" og ved et tilfelle tatt et av barna hardt i armen, som må karakteriseres som fysiske og psykiske overgrep. Lagmannsretten kom likevel til at det ikke var risiko for vold mot barna ettersom faren "har erkjent [forholdene] og er tydelig på at dette ikke skulle skjedd". I samme dom var det også et relevant bevistema om far hadde utsatt mor for fysisk og psykisk mishandling under samlivet. Dette utgjør et mellomtilfelle ettersom det både er tale om overgrep mot *barnet*, ved at barnet er vitne til vold i omsorgssituasjonen, og mot *andre*.<sup>94</sup> Retten kom imidlertid til at overgrepene ikke ville gjenta seg.

Rettspraksis illustrerer at omsorgspersonens fortidige overgrep mot barna er et relevant bevistema for å avdekke om barnet vil bli utsatt for fremtidige overgrep, og utgjør en sentral del av begrunnelsen for om det rettslige bevistemaet er oppfylt eller ikke.

---

<sup>90</sup> Se Backer (2008) s. 529. Gjentakelsesfare brukes også som hovedargument for når det skal avskjæres samvær, jf. Prop. 85 L (2012-2013) s. 43.

<sup>91</sup> Rt. 2011 s. 1572 avsnitt 44.

<sup>92</sup> *Ibid.* avsnitt 46.

<sup>93</sup> Rt. 2010 s. 216 avsnitt 39.

<sup>94</sup> Se kapittel 3.4.1 om å være vitne til vold.

### 4.3 Omsorgspersonen har utsatt andre for overgrep tidligere

Det finnes en rekke eksempler fra rettspraksis på at også overgrep begått mot *andre* er relevant for vurderingen av om barnet vil bli utsatt for overgrep i fremtiden.

Rt. 2013 s. 1329 gjaldt spørsmål om samvær mellom far og datter. Mor påstod at det måtte legges til grunn at far hadde forgrepet seg på stedatter, og at det dermed var risiko for at dette også kunne skje mot datteren. Høyesterett, med støtte i lagmannsrettens bevisvurdering, kom til at ingen av disse påstandene kunne legges til grunn "med tilstrekkelig grad av sannsynlighet".<sup>95</sup> Det måtte derimot legges til grunn at far "ikke ha[dde] begått seksuelle overgrep" mot datteren.<sup>96</sup> Dommen må forstås slik at dersom far *hadde* begått overgrep mot stedatteren, kunne dette etter en nærmere bevisvurdering begrunnet at det også var risiko for overgrep mot eget barn. Overgrep mot stedatteren var følgelig et relevant bevis tema.

I LF-2020-75865 var far tidligere straffedømt for seksuelle overgrep mot *andre* barn, herunder sine egne. Faren hadde imidlertid ikke begått overgrep mot barnet det nå ble tvistet om. Retten kom likevel til at det var "risiko for at far vil forgripe seg seksuelt på [barnet]". LF-2016-193838 ga derimot motsatt resultat. Det ble funnet bevist at far hadde begått overgrep mot to jenter under 16 år, noe han også var straffedømt for. Det forelå imidlertid ikke risiko for at han ville gjøre dette mot eget barn.

### 4.4 Øvrige forhold

Andre forhold, enn dem som så langt er nevnt, kan også være relevant å bevise ved vurderingen av om barnet vil bli utsatt for overgrep i fremtiden.

LG-2015-167620 gir et eksempel på dette. Saken gjaldt spørsmål om samvær mellom en far og to barn. Lagmannsretten la her til grunn at far var involvert i og brukte "barnepornografisk nettovergrepsmateriale".<sup>97</sup> Spørsmålet var om disse forholdene ved faren kunne utgjøre en risiko for at barna ville bli utsatt for krenkelser gjennom eksponering for eller involvering i

---

<sup>95</sup> Rt. 2013 s. 1329 avsnitt 44.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> Bruk av barnepornografi ligger muligens på grensen til å være et overgrep mot barn, men det er særlig produksjon av slikt materiale som anses å føre til skade på barna, jf. Generell kommentar nr. 13 avsnitt 29 og 31.

denne aktiviteten,<sup>98</sup> eller i verste fall bli utsatt for "kontaktovergrep" (seksuelle overgrep). Retten konkluderte med at farens befatning med barnepornografi utgjorde en risiko for at barna kunne bli utsatt for seksuelle overgrep, selv om verken de selv eller andre var blitt utsatt for liknende eller andre typer overgrep tidligere.

## 4.5 Oppsummering

Hvorvidt en kan legge til grunn at barnet vil bli utsatt for overgrep vil avhenge av den konkrete bevisvurderingen. Vi ser i både forarbeider og rettspraksis at bevisvurderingen ofte vil bygge på om en finner bevist forhold som kan begrunne en fremtidig risiko for overgrep. Dette vil særlig være tilfelle der en omsorgsperson har utsatt barnet for overgrep tidligere, men også omsorgspersonens overgrep mot *andre* kan etter omstendighetene være et relevant bevistema. Disse forholdene kan imidlertid ikke anses uttømmende, og hva som vil kunne utgjøre relevante bevistema må bero på de omstendighetene i den konkrete saken. Kriteriet for *andre bevistema* kan derfor formuleres som forhold en *antar* har en sammenheng med fremtidige overgrep mot barnet.

---

<sup>98</sup> Karakteriseres som "vold gjennom informasjons- og kommunikasjonsteknologi" i Generell kommentar nr. 13 avsnitt 31.

# 5 Beviskravet

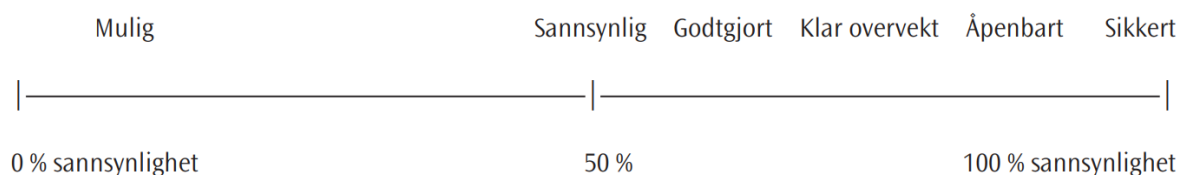
## 5.1 Utgangspunkter for fastsettelsen av beviskrav

Beviskravet angir terskelen for når et faktum kan anses bevist og dermed bli lagt til grunn for domsavgjørelsen. Hvilket faktum som skal bevises bestemmes av bevistemaet. Beviskravet vil derfor være uløselig knyttet til et bevistema.<sup>99</sup>

Det finnes flere bevistema for påstander om vold og overgrep etter barneloven § 48 andre ledd. Det rettslige bevistemaet gir konkrete rettsvirkninger i form av at forholdet må tas hensyn til ved avgjørelsen, mens øvrige bevistema kan være nødvendige, eller i det minste relevante, for å ta stilling til om det rettslige bevistemaet er oppfylt. Slike ikke-rettslige bevistema vil være avhengig av faktum i den aktuelle saken.<sup>100</sup>

Hvilket beviskrav som skal legges til grunn i en sak er stort sett regulert av ulovfestede regler, med mindre beviskravet er presisert i lovteksten. Hovedregelen i norsk sivilprosess fremheves i barnelovens forarbeider. Her fremgår det at "retten skal legge til grunn det faktum som fremstår mest sannsynlig (mer enn 50 prosent), det såkalte overvektsprinsippet".<sup>101</sup>

Sannsynlighetsbegrepet er gjennomgående lagt til grunn i norsk rett og kan skjematisk stilles opp på en skala fra 0 til 100 prosent. Skoghøy legger terskelen for simpel sannsynlighetsovervekt til formuleringen "sannsynlig".<sup>102</sup> Skalaen er illustrert slik av Skoghøy:



Figur 1<sup>103</sup>

<sup>99</sup> Se kapittel 1.3.

<sup>100</sup> Jerkø (2017) s. 47.

<sup>101</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 24. Se også Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II); NOU 2001:32 A s. 459.

<sup>102</sup> Pedersen og Skoghøy (2020) s. 288.

<sup>103</sup> *Ibid.*

Det er noe uklart hva *sannsynlighet* egentlig innebærer. Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisbedømmelse som tilsier at dommeren vurderer hva han eller hun mener at bevisene tilsier, jf. tvisteloven § 21-2 og § 11-2. Sannsynlighetsbegrepet bør derfor knytte seg til – og begrenses av – de bevisene som er ført og den kunnskapen dommeren sitter med i saken.<sup>104</sup>

I en forlengelse av dette kan det påpekes at rettens avgjørelse, herunder opplysning av saken, må være forsvarlig, jf. tvisteloven § 1-1. Dette gjelder særlig i saker med begrenset rådighet, slik som saker om barns rettsforhold, jf. tvisteloven § 11-4. Prinsippet tilsier at det stilles krav til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. I saker etter barneloven fremhever Kjølberg og Johansen at "[d]ersom saken ikke er tilstrekkelig opplyst, er det større risiko for at avgjørelsen ikke sikrer barnets beste".<sup>105</sup> Hva som er tilstrekkelig opplyst, og dermed forsvarlig, vil imidlertid kunne variere fra sak til sak. Det vil etter omstendighetene også kunne spille inn på hva retten anser som sannsynlig i den konkrete saken. I en lite opplyst sak kan tenkes at det skal mindre til av bevis for å påvirke sannsynlighetsvurderingen, og motsatt.<sup>106</sup> Dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 5.2.6.

Overvektsprinsippet bygger på en forutsetning om at partenes interesser er likeverdige og at det vil føre til at flest mulig avgjørelser blir korrekt.<sup>107</sup> I enkelte tilfeller er det derimot grunnlag for å oppstille unntak fra overvektsprinsippet, enten der lovgiver uttrykkelig har tatt stilling til at det må gjelde et annet beviskrav, eller der begrunnelsen for overvektsprinsippet ikke slår til og det ellers er rettskildemessig grunnlag for å fravike hovedregelen.

Skoghøy har oppstilt tre kategorier som kan begrunne adgang til å fravike overvektsprinsippet. For det første kan overvektsprinsippet fravikes dersom de personlige konsekvenser av en uriktig dom vil være vesensforskjellig for partene. For det andre ved spørsmål om særlig belastende faktum, og for det tredje dersom særlige bevissikringshensyn gjør seg gjeldende.<sup>108</sup> Jerkø sammenfatter imidlertid de to første kategoriene som konsekvenser av en uriktig dom.<sup>109</sup> Gjennomgående for unntakene er at overvektsprinsippet ikke egner seg for å ivareta partenes interesser på en likeverdig måte. Unntakene bygger slik

---

<sup>104</sup> Se formuleringen om at "retten skal legge til grunn det faktum som *fremstår* mest sannsynlig" (min kursivering), jf. Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 24.

<sup>105</sup> Kjølberg og Johansen (2006) s. 179. Liknende betraktninger i HR-2021-270-U avsnitt 10.

<sup>106</sup> Denne betraktningen kan sammenliknes med det Strandberg omtaler som *robusthet*. Se Strandberg (2012) s. 515 flg.; Jerkø (2017) s. 373 flg.

<sup>107</sup> Se NOU 2001:32 A s. 459; Skoghøy (2017) s. 914; Eckhoff (1943) s. 66.

<sup>108</sup> Skoghøy (2017) s. 933-937.

<sup>109</sup> Jerkø (2017) s. 256 flg.

sett på en rettferdighetstankegang. Det er særlig unntak på grunn av personlige konsekvenser av en uriktig dom, herunder om det legges til grunn et belastende faktum, som er aktuelt ved spørsmål om overgrep etter barneloven § 48 andre ledd.

Et belastende faktum er forhold som er sterkt klanderverdig og som kan gi store konsekvenser for en parts moralske omdømme, som for eksempel å konstatere at noen har begått et alvorlig straffbart forhold.<sup>110</sup> Dette hensynet gjelder særlig der det konstateres at forelderen har utsatt barnet for overgrep. Et belastende faktum vil også kunne utgjøre et inngrep i retten til privatliv etter EMK artikkel 8. Dette var tilfellet i *Sanchez Cardenas mot Norge* da retten hadde uttrykt mistanke om at en far hadde begått seksuelle overgrep mot sine to barn.<sup>111</sup> Dette ble ansett som stigmatiserende og hadde negativ innvirkning på hans sosiale liv og familieliv, i tillegg til å gå utover hans fysiske og psykiske helse. Faktumet som ble lagt til grunn hadde følgelig store og belastende personlige konsekvenser for faren.

En vurdering av hva som vil skje i fremtiden kan etter omstendighetene også være belastende. Det ligger imidlertid i fremtidsvurderingens natur at dette ikke vil være like belastende ettersom en ikke konstaterer at vold eller overgrep *har skjedd*, men bare at det *kan skje*. Det er følgelig kun ved fortidsvurderingen at belastende faktum vil få betydning ved fastsettelsen av beviskravet.

En uriktig dom som feilaktig bygger på at barnet *ikke* vil bli utsatt for overgrep, vil føre til store konsekvenser for barnet ved at det nettopp *vil* bli utsatt for overgrep. En uriktig dom som feilaktig bygger på at barnet *vil* bli utsatt for overgrep fører også til store konsekvenser for både barnet og forelderen ved at det naturlig nok vil påvirke vurderingen av samværsordningen, og i verste fall avskjære all videre kontakt mellom barn og forelder.<sup>112</sup>

## 5.2 Beviskravet for påstander om overgrep

### 5.2.1 Innledning

Jeg vil nå se nærmere på hvilket beviskrav som skal legges til grunn ved påstander om overgrep. Jeg har funnet det mest hensiktsmessig å først presentere det mest sentrale

---

<sup>110</sup> Se Jerkø (2017) s. 257.

<sup>111</sup> *Sanchez Cardenas mot Norge* [J] 2007, no. 12148/03.

<sup>112</sup> Se kapittel 2.1.

rettskildematerialet i kapittel 5.2.2. Deretter vil jeg forsøke å formulere beviskravet og dets innhold slik jeg mener det er rettskildemessig grunnlag for i kapittel 5.2.3. Først i kapittel 5.2.4 vil jeg ta stilling til hvilke bevistema beviskravet faktisk knytter seg til da jeg først på dette stadiet i oppgaven har tilstrekkelig oversikt over *hva* beviskravet er, og begrunnelsen for dette. Jeg går så nærmere inn på grensene for beviskravet i kapittel 5.2.5. Avslutningsvis, i kapittel 5.2.6 ser jeg på hva som skal til for å oppfylle beviskravet i praksis, i lys av kravene til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag og sakens opplysning.

## 5.2.2 Rettskildene

Barneloven § 48 andre ledd ble innført i 2006. Før dette var verken bevistemaene eller beviskravet for overgrep lovregulert. Rettstilstanden berodde da på høyesterettspraksis.

Blant de første høyesterettsdommene som tok stilling til påstander om overgrep, var Rt. 1989 s. 320 og Rt. 1994 s. 940. Disse gjaldt påstander om seksuelle overgrep. Høyesterett uttalte at det i slike saker "overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold" på vegne av barnet.<sup>113</sup> Om et "slikt forhold" retter seg mot om barnet *har blitt* eller *vil bli* utsatt for overgrep fremgår ikke klart av premissene. I Rt. 1995 s. 1152 var spørsmålet om datteren ville utsettes for en "urimelig risiko" for seksuelle overgrep ved samvær med faren.<sup>114</sup> Også Rt. 1998 s. 1876 og Rt. 2001 s. 937 gjaldt seksuelle overgrep. Her ble det uttalt at "risikoen er liten" og at det ikke forelå noen "konkret risiko" for overgrep mot barnet.<sup>115</sup> Førstnevnte dom retter seg mot den fremtidige risikoen ved samvær, mens Rt. 2001 s. 937 kan tolkes slik at det gjelder både fremtidig og fortidige forhold. Her ser vi at Høyesterett brukte uttrykket *risiko* til å vurdere påstandene om seksuelle overgrep, og at vurderingen knytter seg til både fortidige og fremtidige forhold for barnet.

*Ordlyden* i barneloven § 48 andre ledd er ikke angitt med sikte på å oppstille et beviskrav. Etter forarbeidene ville ikke en bundet beviskravsregel i ordlyden være hensiktsmessig da vurderingen uansett vil avhenge av et sammensatt faktum og en rekke ulike momenter.<sup>116</sup> Barnelovens ordlyd har dermed begrenset rettskildemessig verdi for angivelsen av beviskravet.

---

<sup>113</sup> Rt. 1989 s. 320, s. 326 og Rt. 1994 s. 940, s. 941.

<sup>114</sup> Rt. 1995 s. 1152, s. 1154.

<sup>115</sup> Rt. 1998 s. 1876, s. 1881 og Rt. 2001 s. 937, s. 939.

<sup>116</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 27.

Ordlyden gir etter min mening likevel en viss veiledning gjennom formuleringene om at barnet ikke må bli "utsett" for overgrep. Ordet "utsett" tilsier at barnet befinner seg i en risikofylt situasjon. Ordlyden kan derfor forstås som en risikovurdering ved at barnet ikke skal plasseres i en situasjon som innebærer en risiko for overgrep mot ham eller henne. Videre kan ordlyden om at barnet "ikkje *må* bli utsett for" overgrep tilsa at dette er noe retten ikke under noen omstendigheter kan tillate at skal skje (min kursivering). Overført til spørsmålet om beviskrav kan det tale for at det bør settes et lavt beviskrav for påstander om at barnet vil bli utsatt for overgrep ved samvær.

I forarbeidene til barneloven § 48 andre ledd var arbeidsgruppens mandat blant annet å "vurdere hvorvidt det er behov for en klargjøring av hvilke beviskrav som skal legges til grunn i barnefordelingssaker der det fremkommer påstander om overgrep mot barnet, herunder fysisk og psykisk vold mot barnet, og ved å la barnet være vitne til vold".<sup>117</sup>

I gjennomgangen av gjeldende rett argumenterte arbeidsgruppen for at utviklingen i høyesterettspraksis – fra at det "overhodet ikke kan tas noen risiko" til at det ble stilt krav om en "urimelig" eller "konkret" risiko – ga inntrykk av å bevege seg i retning av "en større grad av sannsynlighetsovervekt".<sup>118</sup> En slik heving av beviskravet ga etter arbeidsgruppens vurdering grunn til bekymring. Den nedre grensen i Høyesteretts formuleringer er ikke bestridt i forarbeidene. I senere forarbeider oppfattes imidlertid uttrykket "urimelig" som et relativt begrep utfra hvilke konsekvenser risikoen gjaldt, og ikke som et mer eller mindre fastsatt beviskrav. Dermed kan selv en lav grad av sannsynlighet utgjøre en "urimelig risiko" dersom mistanken gjelder alvorlige forhold, som seksuelle overgrep.<sup>119</sup>

Arbeidsgruppen foreslo imidlertid å *ikke* innta en beviskravregel i bestemmelsens ordlyd, men drøftet likevel konsekvensene bak mulige beviskrav.<sup>120</sup> Beviskravet ble også adressert i departementets merknader. Jeg går nærmere inn på disse da det utgjør en mer eller mindre uttrykkelig formulering av beviskravet og dets innhold. Departementet uttalte følgende:

"Hensikten med tilføyelsen er videre å sikre at hensynet til barnet tillegges tilstrekkelig vekt i de situasjonene hvor det er vanskelig eller umulig å ta stilling til om overgrep har skjedd eller vil komme til å skje. Hvis det er en *reell risiko* for at barnet

---

<sup>117</sup> *Ibid.* s. 9.

<sup>118</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 26 og 27.

<sup>119</sup> Prop. 85 L (2012-2013) s. 66.

<sup>120</sup> Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 5.2.3.



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. Det kan ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at mistanke om vold og overgrep skal legges til grunn. Det vil også kunne være tilstrekkelig med en mindre grad enn 50 prosent sannsynlighet for at beviskravet kan anses oppfylt. 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."<sup>121</sup>

Et sentralt formål med innføringen av barneloven § 48 andre ledd var med andre ord å kunne avdekke, eller i det minste legge tilstrekkelig vekt på, vold og overgrep i situasjoner hvor det er "vanskelig eller umulig å ta stilling til om overgrep har skjedd eller vil komme til å skje".<sup>122</sup>

I neste setning blir "*reell risiko*" stilt som krav for når en påstand om overgrep skal få betydning i avgjørelsen. Videre kan det ikke "legges vekt på enhver påstand om overgrep" og "som et utgangspunkt må [det] foreligge forhold som underbygger påstanden". Dette henviser til et minstekrav av hva som skal til for å oppfylle beviskravet i praksis.

Setningen deretter omhandler den øvre terskelen av hva som kan stilles som beviskrav. Det fremgår at det "ikke [kan] kreves sannsynlighetsovervekt for at mistanke om vold og overgrep skal legges til grunn". Uttalelsen tilsier at det aldri kan bli aktuelt å fastsette beviskravet i tråd med overvektsprinsippet. Dette er i tråd med tidligere uttalelser i forarbeidene om at en ønsket å unngå at det ble lagt til grunn at barnet *ikke* ble utsatt for overgrep når dette var like sannsynlig som at overgrep fant sted.<sup>123</sup> Da ville ikke kravet til sannsynlighetsovervekt være oppfylt for påstanden om overgrep. Videre vil det ifølge den siterte forarbeidsuttalelsen "også kunne være tilstrekkelig med en mindre grad enn 50 prosent sannsynlighet". I lys av forrige setning må dette forstås som en presisering av at også en sannsynlighetsgrad *under* 50 prosent kan være tilstrekkelig for å legge til grunn påstanden om overgrep. Uttalelsene i

---

<sup>121</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

<sup>122</sup> Se også Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 24, 28 og 30.

<sup>123</sup> *Ibid.* s. 29.

proposisjonen tilsier derfor at den øvre terskelen for beviskravet vil være 50 prosent sannsynlighet.

I innstillingen til barneloven § 48 andre ledd formuleres imidlertid beviskravet som at "hensynet til å ivareta barnets sikkerhet kan tilsi at sannsynlighetsovervekt anses tilstrekkelig eller at overvektsprinsippet fravikes slik at det kreves en mindre grad av sannsynlighet enn 50 % for å legge påstanden om overgrep til grunn av retten".<sup>124</sup> Komiteens flertall legger derfor opp til at et unntak fra overvektsprinsippet ikke er absolutt, men heller at barnets sikkerhet "kan tilsi" at det må kreves sannsynlighetsovervekt, eller eventuelt lavere sannsynlighet. Komiteens uttalelse stenger altså ikke for at det kan kreves mer enn sannsynlighetsovervekt for slike påstander. Komiteens begrunnelse er imidlertid knapp og innstillingens sammendrag fra proposisjonen inneholder ikke den konkrete passusen fra proposisjonen som jeg nå gjennomgår.<sup>125</sup>

I de neste setningene i proposisjonen fremhever departementet hva som vil kunne påvirke sannsynlighetsgraden i beviskravet. Dette 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". At det er de konkrete omstendighetene i saken som er avgjørende gir god sammenheng med det overordnede vurderingstemaet om barnets beste, som gir anvisning på en konkret og skjønnsmessig vurdering. I siste setning fremhever departementet at dersom det er en "risiko for alvorlige overgrep, vil det kunne tilsi at det skal mindre til for at beviskravet skal anses oppfylt". Dette kan forstås som en presisering av forrige setning om at alvorlige overgrep tilsier at det må være et lavere beviskrav.

Etter lovendringen i 2006 har ikke domstolene i like stor grad tatt stilling til beviskravet. Risikobegrepet er imidlertid en gjenganger.

I Rt. 2010 s. 216 var det i lagmannsretten lagt til grunn at far ikke hadde forgrepet seg seksuelt på barnet. Lagmannsretten viste til Rt. 1989 s. 320 om at det "overhodet ikke kan tas noe risiko i et slikt forhold". For Høyesterett påstod moren likevel at det måtte legges vekt på at en ikke kan "utsette barnet for noen risiko for overgrep". Dette sikter til fremtidsvurderingen og det rettslige bevisstemaet for barneloven § 48 andre ledd. Høyesterett uttalte imidlertid at den samværsordningen som ble etablert ville "sikre [barnet] fullt ut mot en

---

<sup>124</sup> Innst. O. 35 (2005-2006) s. 17.

<sup>125</sup> Se den nærmere vurderingen av beviskravets øvre terskel i kapittel 5.2.5.

eventuell risiko for seksuelle overgrep, og det er derfor ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn i denne anførselen fra [mor]".<sup>126</sup>

I Rt. 2011 s. 1572 var det spørsmål om far hadde brukt vold mot barna, men retten fant at "det ikke er grunn til å anta at far har spesielle problemer med aggresjonskontroll".<sup>127</sup> Uttrykket "grunn til å anta" må sies å ligge under sannsynlighetsovervekt, som kan tyde på at Høyesterett har anvendt et lavere beviskrav for spørsmålet om fortidige overgrep mot barna. Høyesterett uttalte videre at det "ikke er en slik risiko for at far skal utøve vold mot barna", som peker på fremtidsvurderingen.<sup>128</sup>

I Rt. 2013 s. 1329 var det spørsmål om far hadde forgrepet seg på stedatter, slik at det dermed også kunne skje mot datteren. Høyesterett konstaterte at ingen av påstandene "med tilstrekkelig grad av sannsynlighet kunne legges til grunn".<sup>129</sup> Retten fant derimot bevist at far "ikke har begått seksuelle overgrep mot [datteren]".<sup>130</sup> Høyesteretts begrunnelse er knapp og uttrykket "tilstrekkelig grad av sannsynlighet" brukes fremfor risikobergrepet som ellers er brukt i rettspraksis. Ved vurderingen av mors omsorgsevne legger Høyesterett imidlertid til grunn at det "ikke lar seg gjøre å avkrefte at det foreligger en risiko for overgrep [fra far]" og at det følgelig vil "medføre en åpenbar belastning for mor, og dermed også for [datterens] omsorgssituasjon".<sup>131</sup> Formuleringene til Høyesterett kan i det minste tilsi at den grad av sannsynlighet som legges til grunn for vurderingen av overgrep ligger høyere enn at det "ikke lar seg gjøre å avkrefte at det foreligger en risiko for overgrep".

I lagmannsrettspraksis er påstander om overgrep et stadig tilbakevendende tema. Også her blir det lagt til grunn at retten må foreta en vurderingen av *risikoen* for overgrep.<sup>132</sup>

### **5.2.3 Risiko som vurderingstema for beviskravet og andre momenter av betydning**

---

<sup>126</sup> Rt. 2010 s. 216 avsnitt 39.

<sup>127</sup> Rt. 2011 s. 1572 avsnitt 44.

<sup>128</sup> *Ibid.* avsnitt 46.

<sup>129</sup> Rt. 2013 s. 1329 avsnitt 44.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> *Ibid.* avsnitt 48.

<sup>132</sup> Se for eksempel LB-2021-54863, LB-2021-1722, LB-2020-28301, LF-2020-75865, LB-2019-17355.

Uttrykket risiko går igjen som et overordnet krav til hvilke påstander som kan legges til grunn ved påstander om overgrep. Jeg vil derfor se nærmere på hvordan dette uttrykket kan brukes for å fastlegge et beviskrav.

*Risiko* beskriver sannsynligheten for at en konsekvens skal inntre.<sup>133</sup> Risiko vil da bestå av to variabler: betydningen av konsekvensen og hvor stor sannsynlighet det er for at denne vil inntre. I dagligtalen brukes risiko helst om noe som vil skje i fremtiden, men det kan også brukes som en vurdering av mulige konsekvenser av et gitt faktum.<sup>134</sup>

I høyesterettspraksis blir risiko formulert som et slags beviskrav. Før 2006 ble risikobegrepet typisk moderert gjennom tilleggsformuleringer som "overhodet ikke", "liten", "konkret" og "urimelig". De første formuleringene er egnet til å gi en viss pekepinn på hvor på sannsynlighetsskalaen beviskravet ble lagt. Formuleringen "urimelig" kan imidlertid forstås som både et variabelt begrep, på samme måte som risiko, eller som uttrykk for en høyere terskel enn de øvrige begrepene.<sup>135</sup> I nyere rettspraksis brukes i større grad bare "risiko", og da særlig av Høyesterett.

I lagmannsrettspraksis ser vi imidlertid noen eksempler på at risikobegrepet blir moderert. I LG-2015-167620 brukes formuleringene "konkret og reell risiko" og "reell og konkret fare". I lagmannsrettsdommen, som Rt. 2010 s. 216 bygger på, brukes uttrykket "overhodet ikke kan tas noen risiko".<sup>136</sup> Bruk av ordet risiko som terskel for når et forhold skal legges til grunn gir etter min mening lite veiledning i disse sakene. Det er særlig når risiko brukes med tilleggsformuleringer at det gir en viss veiledning for beviskravet. Mitt inntrykk av rettspraksis er at *risiko* brukes både som en beviskravterskel, men også som en et slags vurderingstema for beviskravet uten at det nærmere innholdet blir klarlagt.

Dersom risiko skal brukes om et beviskrav, etter modellen om en sannsynlighetsskala, må det imidlertid knytte seg til en konkret sannsynlighetsgrad, for eksempel 30 eller 50 prosent.<sup>137</sup>

Da vil den konkrete risikovurderingen gi anvisning på hvilken sannsynlighetsgrad som kreves i det konkrete tilfellet, på bakgrunn av hvor alvorlige konsekvensene av en gitt hendelse er.

En slik forståelse følger også av passusen som er gjengitt i kapittel 5.2.2 hvor det fremgår at

---

<sup>133</sup> <https://no.wikipedia.org/wiki/Risiko> (lest 28.11.2021).

<sup>134</sup> I erstatningsretten foretas det risikovurderinger av *skadeevnen* til skadevolders fortidige handlinger, jf. Hagstrøm og Stenvik (2019) s. 104.

<sup>135</sup> Se kapittel 5.2.2.

<sup>136</sup> LF-2009-40095

<sup>137</sup> Se kapittel 5.1.

"[h]vilken 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".<sup>138</sup> Disse momentene forteller oss også noe om hvilke konsekvenser en uriktig dom kan få for partene dersom barnet blir eller vil bli utsatt for overgrep, som igjen kan ha betydning for beviskravsterskelen.

Dette kan sammenliknes med gjennomgangen i kapittel 5.1 om hva som begrunner unntak fra beviskravet. Jeg vil derfor i det følgende se nærmere på hva som, mer generelt og i lys av de til nå fremhevede momentene, er konsekvenser av – og begrunnelsen for – er variert beviskrav for påstander om overgrep. Jeg vil illustrere dette gjennom å se på hva som, basert på et uriktig faktum, er konsekvensene av en uriktig dom i begge retninger.

Konsekvensene av at det feilaktig legges til grunn at *barnet vil bli utsatt for overgrep* er at det vil kunne påvirke hvilken samværsordning retten vil fastsette, og at det vil utgjøre et belastende faktum for forelderen dersom begrunnelsen bygger på en gjentakelsesfare.<sup>139</sup>

Avgjørelsen av hvilken samværsordning som skal fastsettes utgjør et inngrep i både barnet og forelderens rett til familieliv, jf. EMK artikkel 8. Som redegjort for i kapittel 2.1.1 har staten imidlertid en rett til å gjøre et slikt inngrep dersom det er formåls- og forholdsmessig. En konstatering av at vold eller overgrep har skjedd er videre belastende for den mistanken retter seg mot.<sup>140</sup> Dette kan også ses på som en type "personlige forhold" hos en av de involverte, og hvordan det vil påvirke ham eller henne kan derfor spille inn som et argument for et lavere beviskrav.<sup>141</sup>

Konsekvensene av at det feilaktig legges til grunn at *barnet ikke vil bli utsatt for overgrep* kan resultere i at barnet blir satt til å ha samvær med en overgriper. Som gjennomgått i kapittel 3.5 kan dette føre til både større og mindre, og kortsiktige og langsiktige, skader på barnet. I tillegg vil det være et brudd på barnets rett til beskyttelse mot overgrep etter både Grunnloven § 104 tredje ledd og FNs barnekonvensjon artikkel 19. I forarbeidene er det fremhevet at både arten og alvorlighetsgraden av overgrepene kan få betydning for beviskravet.<sup>142</sup> Dette tilsier at jo mer alvorlige overgrep det er tale om, jo lavere bør beviskravet settes. Dette kan illustreres med at det ble fastsatt et svært lavt beviskrav i sakene som gjaldt seksuelle overgrep, som

---

<sup>138</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

<sup>139</sup> Se nærmere i kapittel 2.1.2 og 5.1.

<sup>140</sup> Se Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 29.

<sup>141</sup> *Ibid.* s. 56.

<sup>142</sup> *Ibid.*

klart må karakteriseres som et alvorlig overgrep.<sup>143</sup> Momentet "personlige forhold hos de involverte" kan også knyttes til barnet. Som vist til i kapittel 3.5.2 kan barnets lave alder tale for at overgrepene gjør større skade. Også andre forhold som gjør barnet sårbar må kunne vektlegges. Dette tilsier også at alvorlighetsgraden må vurderes konkret i de enkelte tilfellene.

I den konkrete avveiningen av beviskravet må konsekvensene av en feilaktig domsavgjørelse veies mot hverandre. Det er likevel lagt til grunn visse føringer i både forarbeider og internasjonale rettskilder.

Arbeidsgruppen illustrerer avveiningen av hensynene bak beviskravet slik:

"Hvis uriktige påstander om overgrep fra den ene part legges til grunn innebærer det en alvorlig urett mot den andre part og barnet. Dersom slike påstander medfører riktighet og ikke legges til grunn, er det likeledes en alvorlig urett mot denne part og barnet som kan utsettes for fortsatte overgrep. Det er en vanskelig avveining som innebærer alvorlige konsekvenser for de involverte og en uriktig avgjørelse er tragisk i begge retninger."<sup>144</sup>

Uttalelsen bekrefter at vektleggingen av et uriktig faktum vil gi store konsekvenser i begge retninger. Arbeidsgruppens konklusjon er imidlertid at en uriktig dom "slik at barnet får [...] samvær med en forelder som utsetter det for overgrep" er verre enn at det avskjæres eller begrenses samvær på uriktig grunnlag.<sup>145</sup>

At interessene må veie ulikt følger også av menneskerettighetene hvor hensynet til å beskytte barnet mot vold og andre krenkelser er en absolutt rettighet, mens foreldrene og barnets rett til familieliv *kan* gjøres inngrep i.<sup>146</sup> Avveiningen tilsier at jo mer alvorlige overgrep det er tale om, jo strengere plikt har staten til å handle for å unngå at slike overgrep gjentar seg. Resultatet er at staten – avhengig av overgrepets alvorlighetsgrad – kan ha en omfattende plikt til å gjøre inngrep i retten til familieliv. Dette ser vi også igjen ved at forarbeidene peker på at det er alvorlighetsgraden av *overgrepene* som er med på å bestemme beviskravet, og ikke de øvrige konsekvensene.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> Se Rt. 1989 s. 320 og Rt. 1994 s. 940.

<sup>144</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 28.

<sup>145</sup> *Ibid.* s. 29-30.

<sup>146</sup> Se nærmere i kapittel 2.1.

<sup>147</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

*Risiko* gir med dette anvisning på den vurderingen som må foretas for å fastlegge beviskravet. Vi kan da tale om et varierende beviskrav generelt sett – som kan formuleres som en risikovurdering – og et mer eller mindre fastsatt beviskrav i de konkrete tilfellene. Risiko som vurderingstema for beviskravet har store likhetstrekk med både forarbeidsuttalelsene om hva som kan påvirke sannsynlighetsgraden, og begrunnelsen bak unntak fra overvektsprinsippet. Rettesnoren for hvilket beviskrav som skal fastsettes vil i en risikovurdering nettopp bero på hva som vil være konsekvensen av en uriktig dom.

#### **5.2.4 Hvilke bevistema gjelder det varierende beviskravet for?**

I kapittel 3 og 4 har jeg kartlagt det rettslige og andre mulige bevistema der retten skal ta stilling til påstander om overgrep. Det rettslige bevistemaet er om barnet vil bli utsatt for overgrep i fremtiden. Andre bevistema kan knytte seg til om det er begått overgrep mot barnet eller andre tidligere, eller om det foreligger andre forhold som kan begrunne at barnet vil bli utsatt for overgrep.

Ordlyden i barneloven § 48 andre ledd, som kan sies å gi uttrykk for et variert beviskrav i tråd risikobegrepet, retter seg hovedsakelig mot om barnet vil bli utsatt for overgrep i fremtiden. Ettersom også forarbeidene særlig tar sikte på å drøfte beviskravet tilknyttet denne bestemmelsen er det ikke tvil om at beviskravet gjelder for om barnet vil bli utsatt for overgrep i fremtiden.

Forarbeidene synes å knytte beviskravet til både fortidige og fremtidige overgrep mot barnet. Proposisjonen tok sikte på å klargjøre beviskravet for "påstander om overgrep mot barnet".<sup>148</sup> Påstander trenger ikke nødvendigvis bare å rette seg mot at barnet vil bli utsatt for overgrep i fremtiden, men kan også gjelde påstander om at barnet har blitt utsatt for overgrep. At beviskravet også skal gjelde påstander om at barnet *har blitt* utsatt for overgrep følger av begrunnelsen for drøftelsen av beviskravet om at det kan være "vanskelig eller umulig å ta stilling til om overgrep har skjedd eller vil komme til å skje".<sup>149</sup> I tillegg ligger det en fortidsvurdering i spørsmålet om det er "reell risiko for at barnet blir utsatt for overgrep hos en av foreldrene".<sup>150</sup> At barnet *blir* utsatt for overgrep er en nåtidsvurdering, men må nødvendigvis knytte seg til bevis om at barnet *har* blitt utsatt for overgrep, og gjerne i nær

---

<sup>148</sup> *Ibid.* s. 9.

<sup>149</sup> *Ibid.* s. 56.

<sup>150</sup> *Ibid.*

fortid. Gjennomgangen i kapittel 5.2.2 viser at rettspraksis både før og etter 2006 knyttet risikovurderingen til både fortidige og fremtidige overgrep *mot barnet*.

I Rt. 2013 s. 1329 oppstår det imidlertid spørsmål om det anvendes et lavt beviskrav *også* for de påståtte overgrepene mot stedatteren, altså ikke mot barnet. Uttalelsen "tilstrekkelig grad av sannsynlighet" gir imidlertid ingen veiledning og det kan følgelig ikke trekkes noen endelige slutninger i retning av et lavt eller variert beviskrav *også* for overgrep mot *andre* enn barnet selv.

I LF-2020-75865 og LF-2016-193838, som er omtalt i kapittel 4.3, legges det *også* til grunn at far har begått overgrep mot *andre*, og det vurderes om dette utgjør en fremtidig "risiko" for overgrep mot egne barn. Lagmannsrettene formulerer ikke et beviskrav knyttet til overgrepene som er begått mot *andre* og det kan derfor heller ikke her anses å være holdepunkter for å legge til grunn et variert beviskrav, slik det er fremlagt i forarbeidene.

Dette støttes *også* av begrunnelsen for et variert beviskrav.<sup>151</sup> Det er særlig hensynet til å beskytte *barnet selv* mot overgrep som aktualiseres i disse sakene. Selv om andre forhold, som gjennomgått i kapittel 4, *også* kan begrunne at barnet vil bli utsatt for overgrep må det anses å være en tettere tilknytning mellom overgrep som har skjedd *mot barnet* enn overgrep mot *andre*.<sup>152</sup>

Etter dette kan jeg ikke se at det er rettskildemessig grunnlag for at det varierte og dynamiske beviskravet skal gjelde for andre bevistema enn de som gjelder *fortidige* eller *fremtidige overgrep mot barnet selv*. Jeg avgrenser derfor den videre drøftelsen min til beviskravet for disse bevistemaene.

Hva gjelder selve vurderingen av hvilket beviskrav som skal fastsettes har jeg ikke sett noen avgjørende grunn til å skille mellom vurderingene av beviskravet for fortidige og fremtidige overgrep mot barnet.<sup>153</sup> En forskjell er imidlertid at hensynet til et belastende faktum står sterkere ved vurderingen av fortidige forhold enn ved fremtidsvurderingen. Gjennomgangen i kapittel 5.2.3 viser imidlertid at dette hensynet i stor grad må vike for å beskytte barnet mot overgrep. Dersom det likevel skulle være en prinsipiell, men minimal, forskjell mellom

---

<sup>151</sup> Se kapittel 5.2.3.

<sup>152</sup> Se kapittel 4.

<sup>153</sup> Sml. kapittel 5.2.3.



beviskravene må dette være at beviskravet i det konkrete tilfellet vil kunne settes noe lavere ved fremtidsvurderingen enn ved fortidsvurderingen.

### 5.2.5 Beviskravets øvre og nedre terskel

Beviskravet kan som nevnt variere, og det er derfor hensiktsmessig å avklare rammene for beviskravet. Beviskravets øvre terskel er ikke klar. Ordlyden i barneloven § 48 andre ledd om at barnet ikke "må" bli utsatt for overgrep gir anvisning på at beviskravet for fremtidsvurderingen er svært lavt. Proposisjonens uttalelser tilsier at beviskravet ikke kan settes til over 50 prosent sannsynlighet, mens innstillingens formuleringer ikke setter noen øvre grense og må derfor forstås slik at det er adgang til å fastsette også et strengere beviskrav enn sannsynlighetsovervekt. Av gjennomgangen i kapittel 5.2.3 følger det at det er konsekvensene for de involverte partene, og særlig barnet, som i størst grad er styrende for fastleggelsen av beviskravet. Proposisjonens begrunnelse om at hensynet til barnet må veie tyngre enn hensynet til forelderen tilsier også at konsekvensene neppe kan tilsi at det må stilles krav til sannsynlighetsovervekt eller et skjerpet beviskrav.<sup>154</sup> Komiteen begrunner imidlertid ikke sitt synspunkt. Deres uttalelse kan likevel tilsi at det ikke kan oppstilles et *absolutt* krav til 50 prosent sannsynlighet for påstander om overgrep mot barnet.

Jeg kan imidlertid vanskelig se for meg at en uriktig påstand om overgrep vil være så belastende, eller ha så store konsekvenser for forelderen og barnet, at det vil være aktuelt å stille et strengere krav enn 50 prosent sannsynlighet. I disse tilfellene vil konsekvensene av en uriktig dom være mindre for forelderen, særlig i form av at det ikke er tale om like belastende faktum. Hensynet til at barnet må beskyttes vil imidlertid fortsatt være tungtveiende, selv om det er tale om mindre alvorlige overgrep. Som en klar hovedregel må det derfor legges til grunn at der en påstand om overgrep er like sannsynlig som det motsatte, må denne påstanden legges til grunn, slik at beviskravet for overgrep mot barnet ikke er høyere enn 50 prosent.<sup>155</sup> Skoghøy har ingen klar formulering på dette ettersom "sannsynlig" knytter seg til simpel sannsynlighetsovervekt.

Beviskravets nedre terskel er noe enklere å fastlegge. Både ordlyd, forarbeider og rettspraksis, særlig lagmannsrettspraksis og rettspraksis før 2006, støtter et lavt beviskrav for alvorlige

---

<sup>154</sup> De menneskerettslige rammene trekker også i samme retning, jf. kapittel 5.2.3.

<sup>155</sup> Dette er også lagt til grunn i blant annet LB-2021-67508 og Backer (2008) s. 473.

overgrep.<sup>156</sup> Den nedre terskelen, slik det er formulert i rettspraksis, må antas å ligge der det "overhodet ikke kan tas noen risiko".<sup>157</sup> I juridisk teori har Skjørten tolket denne uttalelsen som et beviskrav på rundt 10 prosent sannsynlighet.<sup>158</sup>

LG-2015-167620, som også er omtalt i kapittel 4.4, gjaldt spørsmål om samvær mellom far og to barn (C og D). Far var i en tilståelsesdom dømt for besittelse av barnepornografisk materiale og spørsmålet var om det forelå risiko for overgrep mot barna. Risikoen for overgrep knyttet seg blant annet til om barna kunne bli utsatt for seksuelle overgrep fra far. Beviskravet for kontaktovergrep kan illustrere den nedre beviskravsterskelen. Ved den konkrete vurderingen kom lagmannsretten til at risikoen for kontaktovergrep var "svært lav" for D, og "nærmest null" for C. Det ble konkludert med at det forelå en "konkret og reell fare for at D vil utsettes for seksuelle overgrep", men ikke for C. Den konkrete vurderingen tilsier derfor at beviskravet for seksuelle overgrep lå mellom en risiko som var "nærmest null" og "svært lav". I tillegg bruker lagmannsretten uttrykket *fare fremfor risiko*. *Fare* må i større grad kunne peke på et lavt beviskrav, men det kan spørres om retten bevisst anvender dette begrepet fremfor *risiko*.

I tillegg har vi formuleringen i Rt. 2013 s. 1329 om at det "ikke lar seg gjøre å avkrefte at det foreligger en risiko" for overgrep. Dette ble ikke ansett tilstrekkelig for vurderingen av overgrep, men var tilstrekkelig til å utgjøre et vesentlig moment for vurderingen av mors omsorgsevne. Jeg ser imidlertid ikke noen grunn til at denne formuleringen skal rokke ved tolkningen om en laveste terskel på rundt 10 prosent.

Dersom vi ser på Skoghøys sannsynlighetsskala ser vi at han plasserer beviskravet "mulig" nokså langt nede på sannsynlighetsskalaen. *Mulig* kan derfor tenkes å være en god formulering for beviskrav som går ned mot 10 prosent sannsynlighet.

## 5.2.6 Hva skal til for å oppfylle beviskravet i praksis?

For å oppfylle beviskravet må det faktum som skal finnes bevist oppnå en viss grad av sannsynlighet. I kapittel 5.1 var jeg inne på at sannsynligheten må knytte seg til den kunnskapen dommeren innehar og som er fremlagt i saken. Dette innebærer at det i en lite

---

<sup>156</sup> Se kapittel 5.2.2.

<sup>157</sup> Se særlig Rt. 1989 s. 320 og Rt. 1994 s. 940.

<sup>158</sup> Se Haugli (2000) s. 320-321. Gjengitt i Søvig (2009) s. 147 og Lindboe (2012) s. 62.

opplyst sak kan tenkes at det skal mindre til av bevis for å påvirke rettens sannsynlighetsvurdering, og motsatt. Dette gjør seg særlig gjeldende i saker med påstander om alvorlige overgrep hvor beviskravet kan være nede i 10 prosent sannsynlighet. Avgjørelsen må imidlertid bygge på et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, jf. tvisteloven § 1-1. I det følgende drøfter jeg hvilke krav som må stilles til avgjørelsesgrunnlaget for å oppfylle beviskravet for de to bevistemaene.

I forarbeidene fra 2012-2013 fremgår det at det, særlig for alvorlige overgrep som vold og seksuelle overgrep, er "viktig at sakene belyses bredt før domstolen avgjør spørsmålet om samvær".<sup>159</sup> Formålet om at en skal kunne ta hensyn til overgrep som kan være "vanskelig eller umulig" å ta stilling til, tilsier imidlertid at det ikke kan stilles strenge krav til avgjørelsesgrunnlaget.<sup>160</sup> Departementet fremhevet i sin vurdering, tidligere i de samme forarbeidene, at utfordringen om å avdekke overgrep "særlig gjelder seksuelle overgrep, men fysisk mishandling og annen omsorgssvikt kan også være vanskelig å dokumentere".<sup>161</sup> Samme sted uttales at det kan være "[e]nda vanskeligere [...] å avgjøre om det er fare for overgrep i framtiden".<sup>162</sup> Dette tilsier at i de tilfellene hvor det er særlig vanskelig å avdekke overgrep, nettopp fordi det foreligger få opplysninger om saken, kan det ikke stilles strenge krav til avgjørelsesgrunnlaget.

Det følger av forarbeidene til barneloven § 48 andre ledd at det i *utgangspunktet* må kreves mer enn bare en påstand om overgrep.<sup>163</sup> Dette tilsier samtidig at en påstand *kan* være tilstrekkelig. I den forbindelse er det viktig at retten avdekker falske beskyldninger slik at disse ikke får avgjørende betydning for domsresultatet.<sup>164</sup>

Et middel for å avdekke falske beskyldninger, og dermed også om barnet har blitt eller vil komme til å bli utsatt for overgrep, er å sørge for at temaet er grundig belyst. Det følger av både hensynet til barnets beste, men også av forarbeidene, at opplysningene som innhentes må være i tråd med oppdatert forskning og kunnskap.<sup>165</sup> Ifølge forarbeidene er det derfor "nødvendig at domstolen oppnevner tradisjonell sakkyndig etter barneloven § 61 første ledd nr. 3 for å få saker der det er problematisk knyttet til vold og seksuelle overgrep forsvarlig

---

<sup>159</sup> Jf. Prop. 85 L (2012-2013) s. 44.

<sup>160</sup> Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56.

<sup>161</sup> *Ibid.* s. 29.

<sup>162</sup> *Ibid.*

<sup>163</sup> *Ibid.* s. 56.

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> Se kapittel 2.1.1 og Prop. 85 L (2012-2013) s. 44.

belyst".<sup>166</sup> Den sakkyndige vil ofte kunne snakke med barnet, som kan være nødvendig for at barnet skal bli hørt, jf. barneloven § 61 nr. 4 andre punktum, samt foreta en psykologisk vurdering av den fremtidige risikoen for overgrep. Ved mindre alvorlige påstander fremgår det at retten "kan" oppnevne en sakkyndig, jf. barneloven § 61 nr. 3 andre punktum.

I tillegg til rettsoppnevnte sakkyndige vil det ofte være nødvendig å innhente komparentopplysninger fra andre som innehar relevante opplysninger om barnet.<sup>167</sup>

Kvaliteten av komparentopplysningene kan variere fra sak til sak. Det er likevel verdt å merke seg at det siden 2006 har blitt et økt fokus på kompetanseheving for vold og overgrep i samfunnet.<sup>168</sup> Slik kompetanseheving, både i og utenfor domstolen, er fremhevet av Barne- og likestillingsdepartementet som viktig for å "bidra til at sakene fanges opp, opplyses og behandles best mulig for å ivareta hensynet til barnets beste".<sup>169</sup>

Retten har følgelig en rekke muligheter til å opplyse saken, og har – i tråd med alvorligheten i saken – også en plikt til å innhente relevante opplysninger. Dette, samt kravet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, gjør det etter mitt syn mindre betenkelig med et lavt beviskrav for påstander om alvorlige overgrep.

### 5.3 Oppsummering og avsluttende betraktninger

Jeg har nå gjennomgått hva som må være beviskravet for barneloven § 48 andre ledd.

Rettskildene som gir uttrykk for selve beviskravet er knappe og må utfylles med øvrige hensyn. De viser til et variert og dynamisk beviskrav for påstander om overgrep. Hvilket beviskrav som skal fastlegges i den konkrete saken beror på en risikovurdering hvor konsekvensene av at barnet vil bli utsatt for overgrep bestemmer hvilken sannsynlighetsgrad som må kreves. Et viktig poeng er at hensynet til et belastende faktum, som taler for et skjerpene beviskrav ellers i sivilprosessen, må vike for hensynet til å beskytte barnet.

Beviskravet knytter seg til bevisemaene om overgrep mot barnet har skjedd *eller* vil skje.<sup>170</sup>

Jeg har videre landet på at beviskravet strekker seg fra et krav på rundt 10 prosent sannsynlighet for de mest alvorlige overgrepene, til et krav om 50 prosent sannsynlighet for

---

<sup>166</sup> Prop. 85 L (2012-2013) s. 44.

<sup>167</sup> Barne- og likestillingsdepartementet (2008) s. 25 flg. Dette kan være alt fra å prate med familiemedlemmer og lærere til å innhente eventuelle politirapporter og journalutskrifter der det foreligger.

<sup>168</sup> Se særlig Prop. 12 S (2016-2017) *Opptrappingsplan mot vold og overgrep (2017-2021)* i sin helhet.

<sup>169</sup> Barne- og likestillingsdepartementet (2008) s. 5.

<sup>170</sup> Se kapittel 5.2.4.

mindre alvorlige overgrep. Dette anses også å best ivareta begrunnelsen bak beviskravet om at konsekvensene av en uriktig dom er verst dersom det fører til at barnet blir utsatt for overgrep ved samvær. Dette stiller imidlertid krav til at saken opplyses bredt.

En løsning om et varierende beviskrav er imidlertid lite forutberegnelig for partene, og enda mindre når avgjørelsen ikke uttrykkelig tar stilling til hvilken sannsynlighetsgrad beviskravet knytter seg til. Risikovurderingen er imidlertid en krevende øvelse som må tilpasses de konkrete omstendighetene i saken, og som dermed har begrenset overføringsverdi til øvrige saker. Dette gjør at det kan være lettere for dommeren å kun oppstille et spørsmål om det foreligger *risiko for overgrep* mot barnet, for så å drøfte og avveie de konkrete omstendighetene fortløpende i premissene. Dette gjelder særlig fremtidsvurderingen som bygger på fortidige forhold, i tillegg til annen kunnskap og forskning. Selv om en fint kan si at det er 50 prosent sannsynlighet for at noe vil skje i fremtiden, er det muligens like naturlig å omtale fremtiden i form av en risiko. Dette vil i større grad fange opp usikkerheten som er en uunngåelig følge av fremtidsrettede vurderinger. For vurderingen av de fortidige handlingene, som beror på en klassisk bevisvurdering, kan det imidlertid være hensiktsmessig å anvende festnede uttrykk som kan plasseres på en sannsynlighetsskala, som for eksempel *mulig og like sannsynlig*.<sup>171</sup>

---

<sup>171</sup> Se Skoghøys sannsynlighetsskala i kapittel 5.1.

# Kilderegister

## Norske lover

Lov 07.04.2006 nr. 6 om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.).

Lov 17.06.2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Lov 20.05.2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

Lov 21.05.1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov 08.04.1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven).

Lov 13.12.1991 nr. 81 om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven). Opphevet ved lov 24.06.2011 nr. 30.

Lov 17.05.1814 om Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

## Norske forarbeider og andre offentlige dokumenter

NOU 2020:14 Ny barnelov. Til barnets beste.

Prop. 12 S (2016-2017), Proposisjon til Stortinget (forslag til stortingsvedtak), Opptrappingsplan mot vold og overgrep (2017-2021).

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

Dok. nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

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

Barne- og likestillingsdepartementet. Informasjonshefte: Barnefordelingssaker der det er påstander om vold. Psykologfaglig informasjon til dommere, advokater og sakkyndige, 2008.

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

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

NOU 2003:31 Retten til et liv uten vold.

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

NOU 2001:32 Bind A og Bind B, Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

Ot.prp. nr. 8 (1986-1987) Om lov om endring i barneloven § 40 (vold og annen mishandling av barn).

## **Norske rettsavgjørelser**

### **Høyesterett**

HR-2021-270-U

HR-2020-1843-A

HR-2020-661-S

Rt. 2013 s. 1329 A

Rt. 2011 s. 1572 A

Rt. 2010 s. 216 A

Rt. 2001 s. 937

Rt. 1998 s. 1876

Rt. 1995 s. 1152

Rt. 1994 s. 940

Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II)

Rt. 1989 s. 320

Rt. 1985 s. 179

Rt. 1984 s. 728

## **Underrettspraksis**

LB-2021-67508

LB-2021-54863

LB-2021-1722

LB-2020-28301

LB-2020-126917

LF-2020-75865

LB-2019-177355

LF-2016-193838

LG-2015-167620

LF-2009-40095

## **Internasjonale rettskilder**

**Konvensjoner og FNs barnekomité's generelle kommentarer**



Convention on the Rights of the Child, 20.11.1989 (FNs barnekonvensjon).

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 04.11.1950 (Den europeiske menneskerettskonvensjon).

Generell kommentar nr. 13 (2011), Barnets rett til frihet fra alle former for vold, 18.04.2011.

### **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)**

Strand Lobben m.fl. mot Norge, nr. 47283/13, dom i storkammer, 10.11.2019.

Sanchez Cardenas mot Norge, no. 12148/03, dom i kammer, 04.10.2007.

## **Litteratur**

### **Juridisk litteratur**

Backer, Inge Lorange, *Kommentarutgave til barneloven*, 2. utg., Universitetsforlaget 2008.

Bendiksen, Lena R.L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 4. utg., Universitetsforlaget 2021.

Eckhoff, Torstein, *Tvilsrisikoen (bevisbyrden)*, Tanum 1943.

Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2019.

Haugli, Trude og Grethe Nordhelle, "Sikker i sin sak? Om barn, sakkyndighet og rettssikkerhet" *Lov og rett*, nr. 2 2014, s. 89-108.

Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utg., Universitetsforlaget 2000.

Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 4. utg., Papinian 2019.

Jerkø, Markus, *Bevisvurderingens rettslige rammer*, Universitetsforlaget 2017.

Kjølberg, Gunn-Mari og Sigrid Reds Johansen, *Barnfordelingstvister: Håndbok i barnerettslige emner*, Fagbokforlaget Vimostad og Bjørke 2006.

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utg., Universitetsforlag 2012.

Oppedal, Mons, "Vold og seksuelle overgrep i avgjørelser etter barneloven" *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, nr. 2 2008, s. 107-122.

Pedersen, Jussi Erik og Jens Edvin A. Skoghøy, *Grunnleggende sivilprosess*, Universitetsforlaget 2020.

Robberstad, Anne, *Hvem har bevisbyrden?*, Universitetsforlaget 2021.

Sjøvold, Mette Sund og Kristin G. Furuholmen, *De minste barnas stemme*, Universitetsforlaget 2015.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utg., Universitetsforlaget 2017.

Strandberg, Magne, *Beviskrav i sivile saker*, Fagbokforlaget 2012.

Stråtveit, Maria Cabrera og Ane Fuglesang Herskind, *Foreldretvister etter barneloven*, Gyldendal 2021.

Søvig, Karl Harald, *Barnets rettigheter på barnets premisser - utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett*, En utredning gjort på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet, Bergen 2009.

Søvig, Karl Harald, *Tvang overfor rusmiddelavhengige: Sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, Fagbokforlaget 2007.

## **Forskningsartikler**

Hafstad, Gertrud Sofie og Else-Marie Augusti. *Ungdoms erfaringer med vold og overgrep i oppveksten: En nasjonal undersøkelse av ungdom i alderen 12 til 16 år*. NKVTS, Oslo 2019.

## **Nettsider**

Domstolene: <https://www.domstol.no/arsrapport-2020/aktivitetar-og-resultat/saksavvikling-i-domstolane/#tingrettene> (lest 24.11.2021).

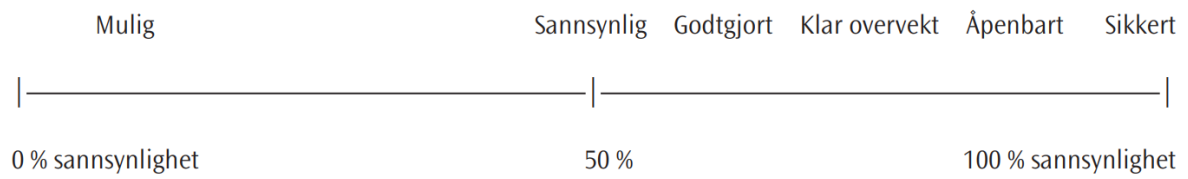
Universitetet i Bergen: <https://ordbok.uib.no/overgrep> (lest 02.12.2021)

Store norske leksikon: [www.snl.no/vold](http://www.snl.no/vold) (lest 04.11.2021).

WHO: <https://www.fn.no/om-fn/fns-organisasjoner-fond-og-programmer/verdens-helseorganisasjon-who> (lest 03.11.2021)

Wikipedia: <https://no.wikipedia.org/wiki/Risiko> (lest: 28.11.2021)

# Lister over tabeller, figurer o.l.



Figur 1: sannsynlighetsskala for beregning av beviskrav, jf. Jussi Erik Pedersen og Jens Edvin A. Skoghøy, *Grunnleggende sivilprosess*, Universitetsforlaget 2020, s. 288.