

UiO  **Det juridiske fakultet**

Hvordan verner det norske rettssystemet barn mot vold fra foreldre?

Kandidatnummer: 211

Leveringsfrist: 10.04.13

Antall ord: 39 689



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	4
1.1	Oppgavens tema.....	4
1.2	FNs barnekonvensjon	6
1.3	Definisjoner	10
1.4	Avgrensning.....	12
1.5	Videre fremstilling.....	13
2	TYPETILFELLER.....	14
3	BEVISKRAV OG BEVISTEMA	20
3.1	Generelt om beviskrav	20
3.1.1	Beviskravet i straffesaker	21
3.1.2	Beviskravet i sivile saker.....	22
3.2	Beviskrav i saker med påstand om vold i nære relasjoner.....	24
3.2.1	Straff vs. sanksjon?.....	25
3.3	Generelt om bevistema	27
4	NORSK RETTS VERN AV BARN MOT VOLD.....	30
4.1	Saker etter barneloven	30
4.1.1	Generelt om beviskrav etter barneloven.....	31
4.1.2	Generelt om bevistema etter barneloven	36
4.1.3	Barneloven § 48.....	36
4.1.4	Barneloven § 30.....	43
4.1.5	Barneloven § 36.....	47
4.1.6	Barneloven § 43.....	49
4.1.7	Barneloven § 60 første og annet ledd	55
4.1.8	Barneloven § 60 a.....	60
4.1.9	Barnelovens regler i sammenheng.....	64

4.2	Saker etter straffeloven	66
4.2.1	Kort om straffbarhetsvilkårene	66
4.2.2	Straffeloven § 228	68
4.2.3	Straffeloven § 219	70
4.2.4	Straffeloven § 229	75
4.2.5	Medvirkning etter straffeloven §§ 219, 228 og 229	76
4.2.6	Beviskrav	81
4.3	Saker etter straffeprosessloven	82
4.3.1	Straffeprosessloven § 3	82
4.3.2	Straffeprosessloven § 222 a	91
4.3.3	Straffeprosessloven § 184 annet ledd, jf. § 171	95
4.4	Straff i sammenheng	98
4.5	Saker etter barnevernloven	100
4.5.1	Barnevernloven § 4-1	101
4.5.2	Barnevernloven § 4-2	104
4.5.3	Barnevernloven § 4-3 første ledd	106
4.5.4	Barnevernloven § 6-4 annet og tredje ledd	110
4.5.5	Barnevernloven § 4-4 første og annet ledd	117
4.5.6	Barnevernloven § 4-6	120
4.5.7	Barnevernloven § 4-12	128
4.5.8	Barnevernloven § 4-19 første og annet ledd	138
4.5.9	Barnevernloven § 4-21 første ledd	145
4.5.10	Barnevernlovens regler i sammenheng	149
4.6	Norsk retts vern	150
5	FORSLAG TIL ENDRING AV BARNELOVEN M.V.	152
6	AVSLUTNING	154
7	KILDER	155

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Denne oppgaven handler om rettssystemets vern av barn som er utsatt for vold av foreldrene sine. Dette betegnes også som vold i nære relasjoner.

Vold i nære relasjoner er et alvorlig samfunnsproblem. I mange hjem blir barn utsatt for vold av foreldre eller andre som har omsorg for dem. Enten kan volden være rettet direkte mot barnet, både fysisk og/eller psykisk, eller rettet indirekte mot barnet gjennom at barnet opplever vold mot andre.

I senere tid har forskning vist at barn som blir utsatt for vold eller er vitne til vold kan få traumer som påvirker den fysiske og psykiske utviklingen til barnet.¹ Dette kan både være som følge av volden, men også den utrygge tilværelsen volden skaper i hjemmet. Når barnet opplever utrygghet er det viktig at trygghet gjenoprettes. Barn som ikke lever med vold kan også oppleve utrygghet, men ofte vil denne tryggheten gjenoprettes med kontakt og trøst fra foreldrene. Dette søker barn normalt hos foreldrene sine. Barn som lever med vold kan oppleve den voldsutøvende forelderen som utrygg og skummel. Videre vil den voldsutsatte forelderen kunne bli handlingslammet som følge av situasjonen, og ikke evne å gi barnet nødvendig omsorg. Barnet er redd og har i denne situasjonen behov for trøst, men er overlatt til seg selv. Dersom barnet ikke får gjenopprettet tryggheten gjennom trøst fra noen av foreldrene kan dette få store konsekvenser for barnets utvikling, særlig der dette pågår over tid. Traumatet til barnet blir dermed forsterket ved at det verken får omsorg eller kontakt fra foreldrene.²

¹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 22 og 23

² Psykologspesialistene Stig Torsteinson og Judith van der Weele i Domstoladministrasjonens film ”Til barnets beste – behandlingen av barnelovsaker med volds- og overgrepssproblematikk”

Forskning viser at barn som vokser opp i et utrygt hjem, får fysiske og psykiske skader. Hjernene er for eksempel ikke ferdig utviklet når vi blir født, og i de første leveårene til et menneske har kontakt med andre mennesker og trygg og god omsorg mye å si for den videre utviklingen. Dersom barnet er utrygt og stresset vil hormonet kortison frigjøres, som fører til en forgiftning av hjernenettverket. Dette hemmer veksten av hjernen. Dersom barnets trygghet gjenopprettes, vil det dannes nye nettverk som fører til utvikling av hjernen. Dette viser hvor viktig det er at barn som lever i et hjem med vold blir beskyttet mot volden og flyttet til trygge omgivelser.³

Redselen og stresset fører også til at barnet får nedsatt immunforsvar og stressrelaterte sykdommer. I ot.prp.nr.103 (2004-2005) til endring av barneloven er skadevirkningene som er påvist ved nyere forskning opplistet. Jeg siterer listen i det følgende for å belyse hvor store skader det enkelte barn kan få: ”Angst og depresjon, angst for tap av mor, angst for at de selv skal rammes, krav til seg selv om å ta på seg beskytterrollen overfor mor, krav til seg selv om å avlede situasjonen, voldsatferd overfor andre, psykosomatiske symptomer/traumesymptomer, konsentrasjonsvansker/skoleproblemer, språkproblemer, forsinket utvikling, læringsvansker, permanent beredskap for volden de vet kommer, de vet bare ikke når, økt risiko for selv å utvikle voldsatferd (bl.a ved å utvikle en positiv holdning til vold), lavere sosial kompetanse, tilpasningsvansker, tilbaketrekkingstrategier og sinne og avmakt.”⁴

Barn har vanskelig for å si i fra om det som skjer hjemme, i hovedsak på grunn av lojalitet til og avhengighet av foreldrene. Når volden skjer bak lukkede dører og barnet ikke sier i fra, er det vanskelig å oppdage for barnehage, skole, helsepersonell og barneverntjenesten. Det er også et problem at barn ikke alltid blir trodd.

³ Psykologspesialistene Stig Torsteinson og Judith van der Weele i Domstoladministrasjonens film ”Til barnets beste - behandlingen av barnelovsaker med volds- og overgrepssproblematikk”

⁴ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 22 og 23

Tid er en viktig faktor når det er snakk om å beskytte barn mot vold. Først og fremst for å forhindre at nye overgrep skjer. Det andre er viktigheten av å bringe barnet inn i trygge relasjoner som kan hjelpe barnet med å bygge seg opp. Psykologspesialist Judith van der Weele har uttalt om dette at det som er ”ødelagt i relasjoner kan heles i relasjoner”⁵. Dette tydeliggjør viktigheten av å gi barnet beskyttelse umiddelbart, og gi barnet mulighet til å knytte nye relasjoner som kan bidra til å videre utvikling.⁶

I norsk rett har vi mange regler som skal verne barn mot vold i hjemmet. Dette er Norge forpliktet til etter FNs barnekonvensjon⁷. Disse reglene er i hovedsak hjemlet i straffeloven, straffeprosessloven, barnevernloven og barneloven⁸.

Spørsmålet er om disse reglene effektivt verner barn mot vold?

1.2 FNs barnekonvensjon

FNs barnekonvensjon trådte i kraft 2. september 1990 og ble ratifisert av Norge 8. januar 1991. Selv om FN konvensjonene om sosiale og politiske rettigheter (SP) og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) også gjelder for barn, så FN behovet for en konvensjon som skulle gi barn et ekstra vern. Dette ble begrunnet i at barn ikke kan ivareta rettighetene sine på samme måte som voksne, og derfor trengte særskilte regler om vernetiltak og omsorgstiltak.

⁵ Psykologspesialist Judith van der Weele i Domstoladministrasjonens film ”Til barnets beste”

⁶ Psykologspesialistene Stig Torsteinson og Judith van der Weele Domstoladministrasjonens film ”Til barnets beste”

⁷ FNs konvensjon om barnets rettigheter

⁸ Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10, Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25, Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr. 100 og Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr. 7

FN-konvensjonene er folkerettslige regler. For at de skal kunne anvendes direkte i Norge kreves det en særlig gjennomføringsakt. FNs barnekonvensjon er gjennomført i norsk rett gjennom lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.

I utgangspunktet gjelder konvensjoner kun mellom det folkerettslige organet og staten. Staten blir gjennom traktaten pålagt å ha rettigheter i lovgivningen som følger av konvensjonen. Dersom dette ikke oppfylles, vil konsekvensen kunne være at staten må stå til ansvar for det folkerettslige organet.

Etter menneskerettsloven § 3 skal ”Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 ... ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.”. Dette er en semikonstitusjonell forrangsbestemmelse som gir bestemmelsene som er inkorporert gjennom menneskerettighetsloven forrang over andre norske lover vedtatt etter Grunnloven § 76, men ikke forrang med grunnlovs rang. Dette betyr at Stortinget kan oppheve forrangsbestemmelsen ved endring av formell lov.

Den relevante bestemmelse for denne oppgaven i barnekonvensjonen er artikkel 19, som omhandler barns rett til å bli beskyttet mot alle former for vold.

Etter artikkel 19 er norske myndigheter forpliktet til å treffe ”alle egnede lovgivningsmessige, administrative, sosiale og opplæringsmessige tiltak for å beskytte barnet mot alle former for fysisk eller psykisk vold, skade eller misbruk...”.

Denne artikkelen forplikter Norge til å ha lovbestemmelser som verner barn mot vold og å ha et rettssystem som gjør håndhevelsen av disse reglene effektiv. Det hjelper ikke å ha regler som beskytter barn mot vold, dersom systemene og håndhevelsen ikke fungerer slik at reglene faktisk gir beskyttelse i praksis.

Problemstillingen er hva som ligger i barnekonvensjonens begrep om ”vold”?

Det utdypes ikke nærmere hva som menes med vold i barnekonvensjonen. For å sikre at barnekonvensjonens forpliktelser blir gjennomført av konvensjonspartene, er det opprettet en komité gjennom barnekonvensjonens artikkel 43. Denne kalles FNs barnekomité. Blant mye annet utarbeider komitéen generelle kommentarer om tolkninger av konvensjonen.

I 2011 utga komitéen en generell kommentar om artikkel 19, General comment No. 13 (2011), The right of the child to freedom from all forms of violence, der begrepet vold tolkes i relasjon til barnekonvensjonen.⁹

Det følger av kommentaren at all vold skal være forbudt, uten unntak: ”No exceptions. The Committee has consistently maintained the position that all forms of violence against children, however light, are unacceptable. “All forms of physical or mental violence” does not leave room for any level of legalized violence against children.”¹⁰

Dette standpunktet utdypes, gjennom en ikke-uttømmende liste av grupperinger og eksempler.

For det første omfattes ”physical violence”¹¹. Dette inkluderer fysisk avstraffelse, tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling og fysisk mobbing.

Deretter listes ”Corporal punishment”, fysisk avstraffelse, som eget punkt. Komitéen definerer fysisk avstraffelse som “any punishment in which physical force is used and intended to cause some degree of pain or discomfort, however light.”, enhver fysisk kraft som er brukt eller ment til å bruke for å volde smerte eller ubehag, selv om den er liten.

⁹ Committee on the Rights of the Child, General comment No. 13 (2011)

¹⁰ Ibid. avsnitt 17.

¹¹ Ibid. avsnitt 22.

Videre eksemplifiserer komitéen: ”Most involves hitting (“smacking”, “slapping”, “spanking”) children, with the hand or with an implement a whip, stick, belt, shoe, wooden spoon, etc. But it can also involve, for example, kicking, shaking or throwing children, scratching, pinching, biting, pulling hair or boxing ears, caning, forcing children to stay in uncomfortable positions, burning, scalding, or forced ingestion. In the view of the Committee, corporal punishment is invariably degrading.”¹²

Eksemplene viser at komitéen faktisk mener *alle former* for fysisk vold, ved at alt fra ukonfortable stillinger til slag, klaps og brennmerking omfattes.

Også psykisk vold er omfattet av barnekomitéens definisjon av vold. Det følger av kommentaren at ”Neglect or negligent treatment” er vold, og at komitéen definerer dette som: ”the failure to meet children’s physical and psychological needs, protect them from danger, or obtain medical, birth registration or other services when those responsible for children’s care have the means, knowledge and access to services to do so.” Følgelig er altså van-skjøtsel eller forsømmelig behandling vold.

Videre faller ”mental violence”, mental vold, inn under konvensjonen. Komitéen forklarer dette som ”psychological maltreatment, mental abuse, verbal abuse and emotional abuse or neglect”.¹³ Eksempler på disse typene vold er å få barnet til å tro at det er verdiløst, skrem-sel, trusler, ignorering, favorisering, ydmykelse, såring, plassere barnet i isolat, la barnet være vitne til vold og mobbing.

Norge har gjennom å ratifisere FNs barnekonvensjon forpliktet seg til å beskytte alle barn mot alle former for fysisk og psykisk vold, uansett hvor stor eller liten volden er.

¹² Committee on the Rights of the Child, General comment No. 13 (2011) avsnitt 24.

¹³ Ibid. avsnitt 21.

1.3 Definisjoner

Jeg vil i det følgende definere hovedbegrepene som anvendes i denne oppgaven.

Rettssystem

Med rettssystem menes den norske lovgivende, dømmende og utøvende makt, som tilsammen vedtar, praktiserer og håndhever norske lover.

Barn

Etter Barnekonvensjonen er barn definert som ”ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivning som gjelder for barnet.” I Norge samsvarer myndighetsalder med barnekonvensjonens definisjon, jf. vergemålsloven § 1-2.

Barn er derfor alle mennesker under 18 år.

Fysisk vold

Jeg vil anvende barnekonvensjonens forståelse av fysisk vold. Kort definert omhandler dette fysisk avstraffelse, tortur, fysisk mobbing, slag, klaps, spark, bitt, å tvinge barnet til å være i en bestemt posisjon, umenneskelig eller nedverdiggende behandling med videre.

Psykisk vold

Det følger av barnekonvensjonen at psykisk vold blant annet er fysisk vanskjøtsel, psykologisk eller emosjonell vanskjøtsel, forsømmelse av barns fysiske eller psykiske syke, pedagogisk forsømmelse og avståelse, få barnet til å tro at det er verdiløst, skremsel, trusler, ignorering, favorisering, ydmykelse, såring, plassere barnet i isolat og mobbing.

Også det å være vitne til vold anses for å være psykisk vold.

Vold

Der kun begrepet ”vold” anvendes, menes både fysisk og psykisk vold som definert ovenfor.

Barnesak etter barneloven

Barneloven kommer til anvendelse der foreldrene til et barn er i konflikt vedrørende foreldresansvar, fast bosted og samværsrett. Loven er privatrettslig.

Barnevernssak etter barnevernloven

Barnevernloven regulerer forholdet mellom barnevernet og private. Slike saker kalles barnevernssaker. Formålet med loven er etter barnevernloven § 1-1 ”å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid” og ”å bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår.”.

Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp betyr i følge Ot.prp.nr.69 (2008-2009) at ”å vokse opp med sine biologiske foreldre anses å være det beste for barn.”

Bevis

Bevis kan i følge Hov defineres etter tvisteloven § 21-1 som ” Reglene om bevis gjelder det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.”¹⁴

Beviskrav

Reglene om beviskrav sier noe om hvilken grad av sikkerhet som kreves for å legge et gitt faktum til grunn ved tvil.

Bevistema

I følge Robberstad er bevistema etter tvistelovens femte del ”den del av det faktiske grunnlaget for avgjørelsen som skal bevises, jfr § 21-1.”¹⁵ Etter dette er bevistemaet det faktum som må foreligge for at en bestemt følge skal inntreffe.

¹⁴ Hov (2009) s. 51

¹⁵ Robberstad (2009) s. 220

Påstand og anførsel

I litteraturen og forarbeider om temaet vold i nære relasjoner som er anvendt brukes ofte begrepet ”påstand”. For eksempel er det ofte snakk om ”påstander om vold”. I tvistelovens § 9-2 annet ledd c) omtales en påstand som det som ”angir det domsresultat saksøkeren krever”. Det er i følge Hov ”en angivelse av hvilket domsresultat parten mener retten skal komme til.”¹⁶ I for eksempel en sak om foreldreansvar, kan påstanden være ”Marte Kirkerud skal alene ha foreldreansvaret for Lars Kirkerud”. Det er ikke i denne sammenheng begrepet er anvendt i litteraturen.

I litteraturen og forarbeider passer bruken av ”påstand” mer med begrepet ”anførsel”. ”Anførsel” kan i følge Robberstad¹⁷ ha en vid og en snever betydning. Den vide er ”ethvert argument som brukes i en rettslig sammenheng”, mens den snevre er ”argumentene for at et krav er begrunnet eller ikke”. Anførsel kan etter dette forstås som et argument som begrunner kravet. For eksempel vil en ”påstand” om vold i saken til Marte Kirkerud, som nevnt ovenfor, være en anførsel eller argument for at Marte Kirkerud skal bli tilkjent foreldreansvaret.

I det følgende anvendes begrepet ”påstand”, fordi dette er gjennomgående i litteratur og forarbeider om temaet vold i nære relasjoner. Det presiseres imidlertid at betydningen av bruken er anførsler eller argumenter.

1.4 Avgrensning

Det vil bli avgrenset mot annen omsorgssvikt enn fysisk og psykisk vold.

¹⁶ Hov (2009) s. 49

¹⁷ Robberstad (2009) s. 36

1.5 Videre fremstilling

Problemstillingen er om Norge tilfredsstillende oppfyller kravene til Barnekonvensjonen artikkel 19 om barns rett til vern mot vold, både lovgivningsmessig, ved implementering og praktiseringen av reglene.

For å belyse dette vil jeg bruke tre typetilfeller av vold i hjemmet. Typetilfellene vil bli presentert i det følgende.

Videre vil det redegjøres for anvendelsesområde og praktiseringen av hjemlene som skal beskytte barn mot vold.

2 Typetilfeller

Det er særlig tre typetilfeller jeg fokuserer på i oppgaven.

Typetilfelle 1) Begge foreldrene utsetter barnet for vold.

Typetilfelle 2) En av foreldrene utøver vold mot den andre og/eller barnet, og den andre evner å beskytte barnet.

Typetilfelle 3) En av foreldrene utøver vold mot den andre og/eller barnet, og den andre evner ikke å beskytte barnet mot volden.

Jeg skal i det følgende gi en kortfattet beskrivelse av hvordan rettssystemet verner barn mot vold i disse tre typetilfellene.

Typetilfelle 1) Begge foreldrene utsetter barnet for vold.

Dersom begge foreldrene utsetter barnet for vold, hvordan kan barnet vernes da?

Dersom begge foreldrene utøver vold mot barnet er det i utgangspunktet barnevernet som kan beskytte barnet. Det er barnevernloven som regulerer på hvilke måter barnevernet kan beskytte barnet.

For at barnevernet skal kunne beskytte et barn, må barnevernet få informasjon om at det utsettes for vold. Det er mange tilfeller der et barn ikke sier i fra om at det utsettes for vold. Det er menneskene som treffer barnet i særlige situasjoner eller i hverdagen, som da kan ha mulighet til å forstå at barnet utsettes for vold.

For det første gjelder dette offentlig myndigheter og særlige yrker etter § 6-4 annet og tredje ledd. Offentlige myndigheter og yrkesgrupper som ansatte på skoler, barnehage, sykehus mv. har opplysningsplikt til barnevernet uten hinder av taushetsplikt.

For det andre gjelder dette øvrig familie, naboer og andre som er kjenner barnet i privat sammenheng. I utgangspunktet har ikke disse en plikt til å melde fra til barnevernet. Enkelte særlig alvorlige forbrytelser er det likevel straffbart ikke å melde i fra til politiet eller barnevernet om. Slik særlig alvorlig forbrytelse kan være vold i nære relasjoner etter straffeloven § 219. Straffebudet er hjemlet i straffeloven § 139, der det er straffbart å ”unnlate...å anmelde til politiet eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling eller følgene av den, på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen vil bli eller er begått.”.

Når barnevernet får melding om at det er mistanke om at et barn utsettes for vold, skal barnevernet etter barnevernloven § 4-2 snarest og senest innen 1 uke gjennomgå og avgjøre om saken skal undersøkes videre etter barnevernloven § 4-3.

Dersom det er akutt fare for at barnet blir vesentlig skadelidende ved å være i hjemmet skal barnevernet fatte akuttvedtak om midlertidig plassering utenfor hjemmet etter barnevernloven § 4-6 annet ledd. Akuttvedtaket gir barnevernet umiddelbar mulighet til å plassere barnet utenfor hjemmet. Vedtaket skal sendes fylkesnemnda for godkjenning etter barnevernloven § 7-11. Vedtaket kan påklages etter barnevernloven § 7-1.

Dersom barnevernet gjennom sin videre undersøkelse finner at det er forhold som tilsier at barnet må beskyttes fra foreldrene, kan barnevernet fremme forslag for fylkesnemnda om vedtak om omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12. Dersom vedtak blir fattet vil omsorgen for barnet overføres til barnevernet. Barnet vil gjennom vedtaket få en mer varig plassering i fosterhjemmet enn ved akuttvedtak.

Fylkesnemnda vil i vedtaket om omsorgsovertakelse også fatte vedtak om samvær. Foreldrene og barnet har i utgangspunktet rett til samvær etter barnevernloven § 4-19. Likevel kan fylkesnemnda beslutte at foreldrene ikke får ha samvær, eventuelt samvær med tilsyn, eller at foreldre ikke får vite hvor barnet befinner seg, dersom dette ikke vil være til det beste for barnet etter § 4-19 annet ledd. I saker om vold i familien kan barnet både bli utsatt for nye

fysiske eller psykiske overgrep på samvær, og i tillegg oppleve retraumatisering.

For å beskytte barnet mot nye overgrep kan tilsyn avhjelpe. Dette er likevel ikke en vanttett beskyttelse, da det er eksempler på at foreldrene eksempelvis bortfører barnet i forbindelse med samvær, på tross av tilsyn. Tilsyn vil heller ikke forhindre retraumatisering.

I tillegg kan samvær føre til at foreldrene får informasjon om hvor barnet bor, enten av barnet, eller ved å følge etter barnet.

Dersom vilkårene for omsorgsovertakelse ikke lenger er oppfylt skal i utgangspunktet vedtaket oppheves, jf. § 4-21. Opphevelse av omsorgsovertakelsesvedtaket krever at foreldrene med overveiende sannsynlighet kan gi barnet forsvarlig omsorg. I tillegg kan ikke barnet ha fått slik tilknytning til mennesker og miljø at det kan føre til alvorlige problemer for barnet å bli tilbakeført. De strenge vilkårene for tilbakeføring gir barnet vern ved at fylkesnemnda skal være sikre på at foreldrene kan gi god nok omsorg til barnet. Ikke bare skal foreldrene bevise at barnet ikke vil bli utsatt for vold. I tillegg skal foreldrene bevise at de med stor grad av sannsynlighet kan gi barnet nødvendig omsorg.

Barnet vil også vernes av strafferetten. Foreldrene kan anmeldes, tiltales og straffes etter straffeloven §§ 219, 228 eller 229.

Vernet i strafferetten ligger hovedsakelig i at foreldrene kan frihetsberøves og på den måten ikke ha muligheten til å være i kontakt med barnet. Dette kan for det første skje ved varetektsfengsling. Vilkaene for varetektsfengsling er de samme som for pågripelse etter straffeprosessloven § 171, jf. § 184 annet ledd. For det første må foreldrene ”med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder”. Videre må ett av fire vilkår være oppfylt. Det må enten være fare for flukt, fare for bevisforspillelse, fare for gjentakelse eller begjæring fra siktede.

For det andre kan foreldrene bli straffet. Da vil de måtte sone fengselsstraff, og kan heller ikke da ha kontakt med barnet. I denne perioden vil barnevernet ha omsorgen for barnet, om ikke andre familiemedlemmer har det.

Endelig vil påtalemyndigheten kunne beslutte besøksforbud etter straffeprosessloven § 222a. En slik beslutning er straffbar å bryte etter straffeloven § 342. Dette vil kunne være et insentiv for foreldrene til ikke å oppsøke barnet eller barnets beredskapshjem.

Typetilfelle 2) En av foreldrene utøver vold mot den andre forelder og/eller barnet, og den andre forelder beskytter barnet.

Hvordan kan den ikke-voldsutøvende forelder beskytte barnet mot den voldsutøvende forelder?

I et tilfelle der den ene forelder ønsker å beskytte barnet fra den voldsutøvende forelder kommer barneloven til anvendelse. Begrunnelsen for dette er at det er en konflikt mellom foreldrene.

For å akutt beskytte barnet fra den voldsutøvende forelder kan den ikke-voldsutøvende forelder flytte fra den voldsutøvende forelder.

Videre må det bes om at retten fatter en midlertidig kjennelse for at den ene forelder skal ha foreldreansvar og fast bosted for barnet midlertidig, og kunne nekte den voldsutøvende forelder samvær, frem til det foreligger dom i sak etter barneloven. Foreløpig kjennelse kan fattes etter barneloven § 60 første ledd. Etter § 60 første ledd tredje punktum kan retten også fatte midlertidig avgjørelse før saken er reist. Endelig kan retten fatte midlertidig avgjørelse etter § 60 annet ledd om at den andre forelder forbys å komme til eiendommen der barnet bor.

Videre kan den ikke-voldsutøvende forelder bo på sperret adresse.

Den ikke-voldsutøvende forelder kan anmelde den voldsutøvende forelder for overtredelse av straffeloven §§ 219, 228 og/eller 229, og den ikke-voldsutøvende forelder kan kreve besøksforbud etter 222 a, til beskyttelse av seg selv og/eller barnet.

Dersom voldsutøveren blir dømt til straff og fengslet vil ikke voldsutøveren kunne ha fysisk kontakt med den ikke-voldsutøvende forelder eller barnet i perioden. Men i det øyeblikk den domfelte slipper ut på permisjon eller har sonet ferdig, vil den ikke-voldsutøvende forelder måtte opprettholde beskyttelsen av barnet på andre måter.

Dersom det er vanskelig for den ikke-voldsutøvende forelder å beskytte barnet mot den voldsutøvende kan den ikke-voldsutøvende forelder be barnevernet om hjelp. Barnevernet plikter å hjelpe forelder for at barnet skal ha tilstrekkelig grad av trygghet og omsorg. Dette følger av barnevernlovens formål i § 1-1 og hjelpetiltak etter § 4-4.

Typetilfelle 3) En av foreldrene utøver vold mot den andre forelder og/eller barnet, og den andre forelder evner ikke å beskytte barnet.

Hvordan beskyttes barnet der den ene forelder utøver vold, og den andre forelder ikke evner å beskytte barnet?

Dersom den ikke-voldsutøvende forelder ikke evner å beskytte barnet, skal barnevernet bidra for å hjelpe barnet. Barnevernet kan kun bidra med hjelp dersom forelder ber om bistand eller samtykker til bistand. Dette følger av barnevernloven § 4-4.

Dersom barnevernet enten vurderer situasjonen slik at hjelpetiltak ikke vil fungere eller dersom hjelpetiltak faktisk ikke fungerer, og den andre forelder gjennom å ikke beskytte barnet gjør at barnet ikke er i tilstrekkelig god omsorgssituasjon, kan barnevernet fatte tiltak som i typetilfelle 1. Grunnlaget vil være at ingen av foreldrene gir tilstrekkelig omsorg til barnet, dog på svært ulik måte.

Typisk vil situasjonen være at den ikke-voldsutøvende forelderen enten går tilbake til den voldsutøvende forelderen, eller ikke evner å unngå å ha kontakt med den voldsutøvende forelderen og dermed eksponerer barnet for en risiko.

Dersom omsorgen for barnet overføres til barnevernet etter vedtak av fylkesnemnda vil det være mulig med en tilbakeføring til den ikke-voldsutøvende forelderen, som i typetilfelle 1), dersom denne ordner sin egen situasjon og evner å løsrive seg fra den voldsutøvende forelderen. Dette følger av barnevernloven § 4-21.

Avsluttende forklaring

Disse tre typetilfellene vil anvendes gjennom oppgaven for å illustrere hvordan hjemlene for vern av barn mot vold fungerer i de ulike situasjonene.

3 Beviskrav og bevistema

3.1 Generelt om beviskrav

Reglene om beviskrav angir hvor stor grad av sikkerhet som må foreligge for at en faktisk anførelse skal kunne legges til grunn for et vedtak eller en dom, dersom det foreligger tvil. I følge Graver er det ”fruktbart å operere med tre grader av sannsynlighetskrav: alminnelig sannsynlighetsovervekt (sannsynlig), overveiende sannsynlig (« godgjort » eller « åpenbart ») og sikkert (ingen rimelig tvil).”¹⁸

I norsk sivilprosess er utgangspunktet alminnelig sannsynlighetsovervekt. Prinsippet har ikke hjemmel i lov eller forarbeider, men er utformet gjennom rettspraksis. I følge prinsippet skal ”det mest sannsynlige faktum legges til grunn”. Regelen kalles også overvektprinsippet. Denne regelen er i følge Hov naturlig i saker der ”partenes interesser er ensartet og direkte motstående”¹⁹, slik det er i sivile saker.²⁰ Dette er uttrykk for at partene i utgangspunktet har like forutsetninger for å få løst saken. Regelen er et utslag av et rettferdighetsprinsipp, der det faktum som er mest sannsynlig skal legges til grunn.

I straffeprosessen er beviskravregelen strengere enn i sivilprosessen. Kravet for å dømmes til straff er at faktum må være ”bevist utover enhver rimelig tvil”, og der ”enhver rimelig tvil skal komme tiltalte til gode”²¹. Dette betyr at dersom det er *en viss mulighet* for at det er en annen forklaring på det som er skjedd skal den tiltalte frifinnes - selv om det er mest sannsynlig at den tiltalte utførte den straffbare handling. Hovedhensynet bak det strenge beviskravet er det er bedre å la ti skyldige gå fri, enn én uskyldig bli straffet. Dette er i mot-

¹⁸ Graver (2004) s. 467

¹⁹ Hov (2009) s. 45

²⁰ Ibid. s. 44

²¹ Ibid. s. 45

setningen til sivile saker der partene har like forutsetninger og tar saken til domstolen fordi de ønsker en løsning av tvisten.

I teorien er beviskravreglene ofte eksemplifisert ved prosentangivelse. Alminnelig sannsynlighetsovervekt er 51% sannsynlighet, mens sikker sannsynlighet er opp mot 95%. Sannsynlighetsangivelsene brukes ikke i praksis, men gir en viss pekepinn på hvor sikkert faktum må være for å legge det til grunn.

I norsk rett har ulike rettsområder forskjellige beviskrav og grader av ”strenghet”. De ulike lovbestemmelsene som skal verne barn mot vold er både privatrettslige og offentligrettslige, og har blant annet derfor ulike beviskravregler. Et tilfelle der et barn er utsatt for og/eller vitne til vold i hjemmet vil kunne reguleres av flere av disse lovbestemmelsene, og det vil da bli lagt ulik vekt på påstanden (eller anførselen) om vold. Dersom beviskravet er strengt skal det mer til for å legge påstanden til grunn enn om beviskravet er svakt.

Jo strengere beviskrav desto mer skal til for å gjennomføre inngripende tiltak som verner barnet mot volden. Valg av beviskrav og utformingen av beviskravet kan på grunn av dette ha betydning for hvilket vern barn har mot vold i hjemmet.

Jeg vil i det følgende presentere de ulike beviskravreglene nærmere, for så å gå mer spesifikt inn på hvordan beviskravreglene fungerer i saker etter barneloven, barnevernloven og straffeloven.

3.1.1 Beviskravet i straffesaker

Hovedregelen om ”bevist utover enhver rimelig tvil” gjelder for alle straffbarhetsbetingelsene. Det gjelder altså i forhold til om den straffbare handling er utført og om den tiltalte har gjennom utføringen utviste tilstrekkelig grad av skyld. For frifinnelse er det nok at det foreligger en rimelig mulighet for at ikke tilstrekkelig grad av skyld var til stede, selv om det mest sannsynlig var det.

Er den voldsutøvende i familien tiltalt for vold etter straffeloven § 219 skal domstolen finne det bevist utover enhver rimelig tvil at det er begått handlinger etter gjerningsbeskrivelsen i § 219 for å dømme til straff.

Selv på strafferettens område er det noen tilfeller der beviskravet ikke er fullt så strengt som hovedregelen. Dette er ved mindre alvorlige lovbrudd, der konsekvensen av straff er mindre enn ved alvorlige forbrytelser. Dette gjør at hensynet bak regelen ikke gjør seg gjeldende i like stor grad. Andenæs uttaler om temaet at: ”Det kan likevel neppe være tvil om at det i praksis skjer en viss gradering av hva som betraktes som en «rimelig tvil». En dommer vil kreve en høyere grad av visshet for å domfelle for drap enn for trafikkforseelse. En slik praksis kan også ha gode grunner for seg. Når verken frihet eller ære står på spill, veier hensynet til å unngå uriktige domfellelser ikke fullt så tungt i forhold til ønsket om en effektiv rettshåndhevelse som ved alvorlige lovbrudd.”²² Dette illustrerer hvor mye hensynene bak beviskravreglene har å si for utformingen og praktiseringen av reglene.

3.1.2 Beviskravet i sivile saker

I sivilprosessen er hovedregelen sannsynlighetsovervekt. Faktum anses altså som bevist dersom det anses som det mest sannsynlige. Hjemmelen er rettspraksis.

Denne hovedregelen har imidlertid unntak. Lovgiver bruker ulike begreper for å beskrive variasjoner i sannsynlighetsgraden som kreves. Variasjonene kan være svakere og sterkere enn overvektprinsippet. Variasjoner kan for det første komme til uttrykk gjennom ordlyden eller forarbeidene. I ordlyden vil dette ofte komme til uttrykk gjennom begreper som setter en høyere eller lavere terskel. Et eksempel på et slikt begrep fremkommer i barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav d. Etter denne må det være ”overveiende” sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd. Her gir lovgiver uttrykk for at beviskravet må være strengere enn hovedregelen.

²² Andenæs (2010) s. 161

Videre kan variasjoner følge av forarbeidene. Lovenes fragmentariske karakter gjør at ikke alt lovgiver har ment at skal følge av en lovtekst uttrykkelig fremkommer av ordlyden. Selv om ikke beviskravet er uttrykkelig fremhevet kan det følge av forarbeidene at det ved tvil må kreves større eller mindre grad av sannsynlighet. For eksempel er dette tilfellet etter barneloven § 48 annet ledd, der det fremkommer i Ot.prp. 103 (2004-2005) til endringsloven av 7. april 2006 nr. 6 at ved påstand om vold skal det kreves mindre enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Det forekommer også at verken ordlyd eller forarbeider sier noe om beviskravet. I slike tilfeller skal den alminnelige hovedregel om sannsynlighetsovervekt legges til grunn. Likevel er ikke dette alltid tilfellet, fordi det kan være særlige hensyn som kan tale for å skjerpe beviskravet. Dette gjelder spesielt i sivile saker der faktum hviler på det teori og praksis kaller ”belastende faktum”²³. Dette vil for eksempel være straffbare forhold, men også andre klanderverdige handlinger.

Ett eksempel på dette er dommen inntatt i Rt. 1999 s. 1363 ”Karmøy-saken”. Saken handlet om en mann som ble frifunnet for drap, men som allikevel ble dømt til å betale oppreisning til offerets foreldre som ansvarlig for den samme drapshandlingen. En av problemstillingene i saken var forholdet mellom frifinnelsen i straffesaken og idømmelse av oppreisning for samme forhold. Høyesterett kom til at det følger av gjeldende rett at det kan tilkjennes erstatning for en handling som tiltalte blir frikjent for, men det fremgår at kravet til bevist da skjerpes. På side 1379 uttaler førstvoterende: ”Når det for pådømmelse av oppreisningskrav i tilfeller hvor tiltalte er frifunnet for straff, blir stilt krav om klar sannsynlighetsovervekt for at tiltalte har begått handlingen, er det ut fra et generelt synspunkt om at det må stilles *krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for at retten skal kunne legge til grunn at det foreligger et sterkt belastende faktum*”. (min utheving).

²³ Jf. Rt. 1999 s. 1363, side 1379 annet avsnitt.

Beviskravregelen for sivile rettskrav er alminnelig sannsynlighetsovervekt, jf. straffeprosessloven § 3. Likevel formulerer Høyesterett her et skjerpet beviskrav utfra et generelt synspunkt. Høyesterett finner holdepunkter for å gjøre unntak fra hovedregelen og gjøre terskelen høyere på grunn av sterkt belastende faktum. Dette uttrykkes ved at sannsynlighetsovervekten må være ”klar”. Det fremkommer også at terskelen ikke skal være så høy som i en straffesak.

Overført til denne oppgavens sentrale tema; selv om bevisene ikke er sterke nok for å bevise utover enhver rimelig tvil at det har vært straffbare voldshandlinger i hjemmet slik at en eller begge foreldrene kan dømmes til straff, kan bevisene være sterke nok til at enten begge foreldrene ikke får ha omsorgen for barnet etter barnevernloven eller at den ikke-voldsutøvende forelderen kan beskytte barnet gjennom reglene i barneloven.

3.2 Beviskrav i saker med påstand om vold i nære relasjoner

Beviskravreglene er ulike i de forskjellige rettsområdene. Dette er begrunnet i ulike hensyn, jf. redegjørelsen ovenfor. Så lenge de ulike beviskravreglene praktiseres slik lovgiver har bestemt for hver enkelt bestemmelse, vil disse hensynene være ivaretatt.

Det spesielle i saker som omhandler vold i nære relasjoner er at *ett* tilfelle av vold er i ”skjæringspunktet mellom flere lovverk”²⁴ som har innvirkning på hverandre. Dette gjør at det er vanskelig å skille beviskravreglene fra hverandre og samtidig ivareta alle beskyttelsesverdige hensyn. For at vernet av barn mot vold skal være effektivt må beviskravreglene praktiseres i henhold til lovgivers motiver.

²⁴ Q-1121. 4. juli 2006. Kapittel 1.

Hovedproblemet er dersom et strengere beviskrav allikevel anvendes på en regel som i utgangspunktet krever et mindre strengt beviskrav. Dette kan skje som følge av to situasjoner.

For det første kan situasjonen være at foreldrene utsettes for svært inngripende tiltak. Dette gjelder særlig der barnevernet utsetter foreldre for tvangsvedtak.

For det andre kan situasjonen være at faktum i en sivil sak bygger på at en eller begge foreldre har begått en straffbar handling, som for eksempel vold mot barnet. Dette gjelder enten det er en sak etter barnevernloven eller barneloven. Et eksempel er et tilfelle der det er påstand om vold i en sak etter barneloven. Her kan det faktum at volden er en straffbar handling påvirke bevisvurderingen. Dersom strafferettens beviskrav legges til grunn, på tross av at dette ikke kreves etter barneloven, vil dette kunne gjøre det vanskeligere å finne det bevist at barnet er blitt utsatt for vold og dermed å beskytte barnet.

Begrunnelsen for at det kan tenkes at beviskravene praktiseres strengere er hensynet til å beskytte foreldrene mot inngripende tvangsvedtak, eller mot at en straffbar handling finnes bevist uten at foreldrenes rettigheter etter straffeprosessen er ivaretatt, selv om de ikke dømmes til straff. Fordi hensynene bak strafferetten krever at beviskravet er så strengt som det er, er det interessant å se hva straff er, og på hvilken måte dette vil ha betydning for saker vedørende vold i nære relasjoner.

3.2.1 Straff vs. sanksjon?

Straff er for det første en sanksjon for straffbar lovovertrødelse, som skal være ”et tilsiktet onde”²⁵. På bakgrunn av dette onde har vi regler som stiller strenge krav til bevis i strafferetten. Hensynet bak dette er i hovedsak at samfunnet ikke ønsker å dømme uskyldige til

²⁵ Andenæs (2005) s. 11

straff. Hvis dommeren ikke er sikker sier tradisjonen vår og teorien at det er bedre å la ti skyldig gå enn at én uskyldig blir straffet. Dette tar samfunnet på seg ”kostnaden og risikoen” for.

Alle saker som ikke omhandler å dømme til straff følger i utgangspunktet sivilprosessens regler. Likevel er det saker som følger sivilprosessens regler, men som kan ha preg av strafferettens ”onde” for dem det gjelder.

Dette gjelder for eksempel når det offentlige gjør inngrep i borgernes private sfære. Som i strafferetten går det offentlige inn, med hjemmel i lov, og innskrenker den enkeltes private utfoldelse. I noen tilfeller kan dette til og med være sanksjon for en handlemåte. For eksempel kan omsorgsovertakelse etter barnevernloven § 4-12 være en slik sanksjon. Selv om slike inngrep ikke teoretisk anses for å være straff, kan det likevel oppleves slik for de som utsettes for det.

Det kan reises spørsmål om det å bli fratatt omsorgen for barnet sitt eller å bli nektet samvær med barnet, i praksis er straff. Da kan det også reises spørsmål om det eventuelt burde gjelde et like strengt beviskrav.

På den ene siden kan det argumenteres med at det å bli fratatt barnet sitt er noe av det verste som kan skje med en forelder. Noen kan oppleve det vel så inngripende som det å skulle sone en straff. Årsaken til at barnevernet overtar omsorgen for barn er at foreldrene ikke evner å gi barnet tilstrekkelig omsorg. Dette betyr enten at det er noe foreldre gjør galt, eller at det er noe foreldrene *ikke* gjør. Mange foreldre kan oppleve at omsorgsovertakelsen er en sanksjon, et onde, en straff, for denne handlingen eller passiviteten.

På den andre siden er gjeldende rett her klar. Det vises til Rt. 2004 s. 1046. Saken var en barnevernssak der foreldrene krevde samvær med datteren som var plassert i fosterhjem. Foreldrene tapte saken. Av betydning for spørsmålet uttalte Høyesterett at ”Det er ikke her spørsmål om å påføre foreldrene noen form for sanksjon, men ta stilling til hvilken risiko

for skader og belastninger et barn skal utsettes for”. Det slås her kort fast at hensikten ikke er å straffe foreldrene, men å beskytte barnet. Dette er også begrunnelsen for at beviskravet er et annet enn strafferettens.

Hensynet til foreldrenes privatliv og familieliv må veies opp mot hensynet til barnet. Både etter barneloven og barnevernloven er hovedhensynet barnets beste, jf. barneloven § 48 og barnevernloven § 4-1. Dersom det er det beste for barnet å ikke bo sammen med foreldrene vil dette være det mest tungtveiende hensyn.

Lindboe henviser i sin bok Barnevernrett til Bratholms ”Strafferett og samfunn” fra 1980, der Bratholm uttaler på s. 405 om konsekvensen av strafferettens bevisbyrde i barnevernsaker at: ”Skulle barnevernsnemndene bygge på et tilsvarende prinsipp når det er tvilsomt om et barn lider stor overlast i hjemmet, ville dette føre til at nemndene ofte måtte forholde seg passive ved sterk mistanke”.²⁶ Skulle strafferettens beviskrav verne foreldrene mot å uriktig bli fratatt sitt barn, ville vernet for barn som lever med vold nærmest uthules.

Det er etter dette klart at inngripende tvangsvedtak ikke er straff, heller ikke er ment som straff og dermed ikke skal beskyttes av de samme hensynene som straff.

3.3 Generelt om bevistema

Bevistemaet er som nevnt det faktum som må foreligge for at en bestemt følge skal inntreffe, jf. tvisteloven § 21-1.

Hvorfor har bevistema noe å si for beskyttelsen av barn mot vold?

²⁶ Lindboe (2012) s. 55

Bevistemaet i en bestemmelse kan formuleres snevert eller vidt, alt ettersom om lovgiver ønsker at det er få eller mange tilfeller eller momenter som er relevante for bestemmelsen. Der lovgiver formulerer bevistemaet vidt vil flere momenter eller faktorer være relevante for avgjørelsen enn der lovgiver formulerer bevistemaet snevert.

I mange tilfeller er det vanskelig å bevise at et barn utsettes for fysisk eller psykisk vold. Dette skyldes blant annet at volden foregår i hjemmet, uten andre vitner enn familien. På tross av dette kan det være faktorer som enklere beviser at barnets omsorgssituasjon i hjemmet ikke er god, og på grunn av dette bør skjermes fra hjemmet eller den personen som utøver vold.

Dersom alle hjemmer som i praksis beskytter barn mot vold skulle være formulert slik som strafferettens gjerningsbeskrivelse, som at ”barn ikke skal utsettes for vold”, ville det være vanskelig å beskytte barnet i tilfeller der ”vold” ikke kan bevises. Dersom bevistemaet i stedet er formulert på en måte som tillater at andre momenter tas i betraktning, vil det være flere ben å stå på og enklere å bevise at situasjonen for barnet totalt sett ikke er trygg.

Dette fører også til at i situasjoner der det ikke er nødvendig å bevise at barnet er blitt utsatt for vold, men heller at barnets totale omsorgssituasjon ikke er god nok, er enklere å oppfylle vilkårene og dermed beskytte barnet.

Bevistema nevnes i det følgende der det er særlig relevant for å illustrere dette.

4 Norsk retts vern av barn mot vold

I norsk rett har vi mange hjemler som skal beskytte barn mot vold. Noen hjemler er generelle, mens andre er spesielle.

Jeg vil i det følgende i hovedsak behandle de spesielle hjemlene som spesifikt har som formål å verne barn mot fysisk og psykisk vold. Jeg vil i tillegg behandle hjemler som mer generelt også kan anvendes for å beskytte barn mot vold.

Videre vil jeg se på bestemmelsenes bevisstema og beviskrav, og hvilken betydning disse har for anvendelsen av bestemmelsene.

4.1 Saker etter barneloven

Barnelovssaker er sivile saker der foreldre er uenige om hvem som skal ha foreldreansvaret, hvor barnet skal ha fast bosted og/eller om det skal være samvær, og eventuelt hvor omfattende samværsretten skal være.

Lov om barn og foreldre (barneloven) av 8. april 1981 regulerer både foreldrenes plikter og rettigheter overfor barnet, og barnets rettigheter overfor foreldrene.

I det følgende skal jeg behandle reglene som gir retten i en sak om foreldreansvar, fast bosted og/ eller samvær, mulighet til å beskytte barn mot vold. Innledningsvis redegjøres det for regler om beviskrav etter barneloven.

Det er særlig i saker der den ene forelderen ønsker og evner å beskytte barnet mot den voldsutøvende forelderen at saker etter barneloven er aktuelle for å beskytte barnet.

4.1.1 Generelt om beviskrav etter barneloven

I utgangspunktet kreves det alminnelig sannsynlighetsovervekt for å finne et faktum bevist etter barneloven. Dette betyr at det i utgangspunktet kreves mindre sannsynlighet enn i straffesaker for å legge til grunn en påstand om vold i hjemmet og kunne bruke dette i vurderinger etter barneloven.

Likevel vil hensynet til den som anklages for en straffbar handling kunne tilsi at beviskravet for å legge til grunn den straffbare handlingen skulle være høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Hensynet bak å skulle praktisere en slik regel er at det å bli anklaget for noe straffbart kan være svært belastende for den det gjelder.

Det snakkes gjerne om at det anføres et sterkt belastende faktum, og praksis har lagt til grunn et strengere beviskrav. Kravet er blitt formulert som ”klar sannsynlighetsovervekt”.

I saker der det er påstand om vold vil det på grunn av dette skjerpede beviskravet kunne kreves mer for å legge dette til grunn enn ved andre påstander i saker etter barneloven. Dette svekker barns vern mot vold.

Gjennom Ot.prp. 103 (2004-2005) ble blant annet barnelovens regler om omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep og foreldreansvar etter dødsfall foreslått endret. Forslaget førte til endringsloven av 7. april 2006 nr. 6.

Det fremkommer tydelig i forarbeidene at hensynet er ”flere tiltak for å beskytte barn mot overgrep. Det fremmes forslag om å presisere i lovteksten at ved avgjørelsen av saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær, skal det tas hensyn til at barnet ikke må utsettes for overgrep.”²⁷

²⁷ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 7

Ett av tiltakene for å bedre beskyttelsen av barn var å tydeliggjøre kravene til bevis ved påstand om vold i saker om blant annet foreldreansvar etter barneloven § 30, fast bosted etter barneloven § 36 og samvær etter barneloven § 43.

I forarbeidenes kapittel 5.3.1 vedrørende gjeldende rett i forbindelse med påstander om overgrep i saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær uttales det at ”om en påstand om vold og overgrep skal legges til grunn av retten, avhenger av hvor stor sannsynlighet det må være for at den medfører riktighet.”

Videre trekkes beviskravreglene i straffesaker og sivile saker frem, og hensynene som begrunner reglene.

På den ene siden uttales det at det er tilfeller der beviskravet er høyere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt i sivile saker. Det uttales at ”det fremkommer tilfeller der overvektprinsippet fravikes, slik at det kreves en høyere grad av sannsynlighet enn 51 prosent. Dersom retten i en sivil sak skal kunne legge til grunn at det er begått et straffbart forhold eller at det foreligger et annet sterkt belastende faktum, stilles det av hensyn til den det gjelder som hovedregel krav om en sterkere sannsynlighetsovervekt. Dersom en passerer 50 prosent sannsynlighet og beviskravet likevel ikke anses oppfylt, innebærer det at det minst sannsynlige alternativet bli lagt til grunn. Det betyr ikke at det stilles samme krav som i strafferetten, men at det som et utgangspunkt ikke er tilstrekkelig med simpel sannsynlighetsovervekt.”

På den andre siden legges det til grunn at det på tross av hensyn som taler for et skjerpet beviskrav på grunnlag av et sterkt belastende faktum, er andre hensyn som taler i motsatt retning. Dette kan være hensynet til å beskytte barn mot vold: ”Dersom det er hensyn som taler i motsatt retning, kan dette synspunktet imidlertid måtte vike. Hensynet til å ivareta

barnets sikkerhet kan tilsi at sannsynlighetsovervekt anses tilstrekkelig eller at overvektprinsippet fravikes slik at det kreves mindre grad av sannsynlighet.²⁸

Det uttales her i forarbeidene om gjeldende rett at utgangspunktet er alminnelig sannsynlighetsovervekt, men at ulike hensyn kan tilsi både en skjerpelse av beviskravet og en lemning av beviskrav. Selv om hensynet til et sterkt belastende faktum tilsier et skjerpet beviskrav, fremkommer det at hensynet til å beskytte barnet kan tilsi at både dette, og alminnelig sannsynlighetsovervekt, kan fravikes.

Barne- og familiedepartementet nedsatte en arbeidsgruppe, som i følge forarbeidene skulle ”foreslå tiltak for at hensynet til barnet skal bli bedre ivaretatt i saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær hvor det foreligger mistanke om overgrep, og for at fiktiv identitet og sperret adresse skal kunne gi effektiv beskyttelse også for kvinner med barn. Etter at arbeidsgruppen var nedsatt, fikk den også i oppgave å drøfte problemstillinger knyttet til det forhold at en forelder som forårsaker den andre forelderens død, automatisk får foreldreansvaret for barna.”²⁹

Det var på bakgrunn av denne arbeidsgruppens innstilling at departementet foreslo ytterligere tiltak for å beskytte barn mot vold.³⁰

Etter arbeidsgruppens vurdering av forskningsprosjekter og praksis kommer det klart frem at på tross av at det følger av gjeldende rett at hensynet til å beskytte barn mot vold kan tilsi at beviskravet i saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær er under sannsynlighetsovervekt, følger ikke domstolene dette.

²⁸ Ot.prp.103 (2004-2005) s. 24 og 25.

²⁹ Ibid. s. 6 og 7

³⁰ Ibid. s. 7

For å endre praksis vurderte arbeidsgruppen å foreslå en konkret bevisregel i barneloven. Dette så arbeidsgruppen ville være problematisk fordi det er mange hensyn som skal vurderes i den enkelte sak. Videre uttales det at ”Arbeidsgruppen foreslo å lovfeste at det ved avgjørelser om foreldreansvar, fast bosted og samvær skal tas hensyn til at barnet ikke må bli utsatt for overgrep”.³¹

Departementet uttaler at overgrep ofte er vanskelig å bevise og at ”det kan stilles spørsmål om hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge for at et slikt faktum skal legges til grunn ved behandlingen av en sak om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Et krav om sannsynlighetsovervekt ville innebære at i saker hvor det fremstår som like sannsynlig et barnet utsettes for overgrep som at det ikke utsettes for overgrep, vil retten kunne komme til en avgjørelse om at barnet skal ha fast bosted hos, eller samvær med, den påståtte overgriper.”³²

Videre uttrykkes det at ”det forhold at det er belastende faktum som legges til grunn vil generelt kunne tale for at det kreves en sterkere grad av sannsynlighetsovervekt. I disse sakene vil imidlertid hensynet til at barnet ikke skal utsettes for risiko for overgrep tale for at risikoen får utslagsgivende effekt i tilfelle hvor det er like, eller også mindre, sannsynlig at det foreligger fare for overgrep”.³³

Her trekkes det først frem at det er hensyn i slike saker som kan begrunne et skjerpet beviskrav. Dersom det legges til grunn at en av foreldrene har utøvet vold mot den andre forelderen og/eller barnet, kan det i følge forarbeidene være belastende for den som anklages. Også for barnet kan dette være belastende, dersom dette er feilaktige anklager som gjør at barnet ikke får ha kontakt med den forelderen.

³¹ Ot.prp.103 (2004-2005) s. 27

³² Ibid. s. 29

³³ Ibid. s. 29

Likevel fremheves det at det ikke må brukes et skjerpet beviskrav i sivile saker med belastende faktum, av hensyn til barnet. Tvert i mot argumenteres det for at det også er tilstrekkelig dersom beviskravet er lempeligere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt i saker der det er fare for overgrep.

Fordi avgjørelser etter barneloven skal ta avgjørende hensyn til barnets beste etter § 48 er det vanskelig å utforme en bundet beviskravregel. Likevel mener Departementet at det er ”behov for en presisering i loven for å sikre at påstander om vold og overgrep blir tatt tilstrekkelig alvorlig, som foreslått i lovutkastet § 48 nytt andre ledd. ...Hensikten med å presisere dette i lovteksten, er å sikre at alvoret i skadevirkningene barnet kan bli påført gis tilstrekkelig oppmerksomhet... samt tillegges tilstrekkelig vekt i de situasjonene hvor det er vanskelig eller umulig å ta stilling til om overgrep har skjedd og/eller vil komme til å skje.”³⁴

Gjennom lov av 7. april 2006 nr. 6 ble ikke barneloven § 36 om fast bosted eller § 30 om foreldreansvar endret. Barneloven § 43 om samvær fikk en tilføyelse i første ledd om at dersom samvær ikke er til det beste for barnet, må retten avgjøre at det ikke skal være samvær. Barneloven § 48 fikk et annet ledd, der det uttrykkelig sies at det skal legges avgjørende vekt på at barnet ikke utsettes for vold ved vurderingen av hva som er det beste for barnet.

Det kan reises spørsmål om ot.prp.103 (2004-2005) vil være etterarbeider til §§ 30 og 36, eller om §§30 og 36 endres indirekte gjennom endringen gjort i særlig § 48. Denne problemstillingen besvares under behandlingen av barneloven § 48.

³⁴ Ot.prp.103 (2004-2005) s. 30

4.1.2 Generelt om bevistema etter barneloven

Slik som redegjort for ovenfor styrker beviskravreglene ved avgjørelser om foreldreansvar, fast bosted og samvær etter barneloven beskyttelsen av barn mot vold. Beskyttelsen ligger i at det er tilstrekkelig med en lavere sannsynlighetsgrad enn alminnelig sannsynlighetsovervekt ved påstand om vold.

I tillegg til dette spiller bevistemaene som er formulert i barneloven en stor rolle. Bevistemaene er i de fleste av barnelovens bestemmelser mye mer enn vold.

Det har betydning for vernet av barnet fordi det ofte er vanskelig å bevise at et barn er blitt utsatt for vold i hjemmet, og ved avgjørelsene etter barneloven må det ikke finnes bevist at barnet er blitt utsatt for vold. Det er nok å finne bevis for at barnets omsorgssituasjon ikke er tilstrekkelig god hos den påståtte voldsutøvende forelderen.

Vurderingen er mye bredere enn en vurdering av om barnet er utsatt for vold. Dette fører til at det er flere ben å stå på, som samlet kan gi barnet beskyttelse mot den voldsutøvende forelderen.

4.1.3 Barneloven § 48

4.1.3.1 Anvendelsesområdet

Etter barneloven § 48 først ledd skal ”avgjerder om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast og om samvær, og handsaminga av slike saker, ... først og fremst rette seg etter det som er best for barnet.”

Bestemmelsen hjemler bruken av prinsippet om barnets beste i saksbehandling og avgjørelser om foreldreansvar, fast bosted og samvær etter barneloven. Prinsippet skal være det

avgjørende kriterium ved alle avgjørelser som tas om barnet.³⁵ Dette betyr at prinsippet gjelder uansett om det er en domstol eller foreldrene som treffer en avgjørelse³⁶.

Fordi prinsippet skal ha avgjørende vekt i vurderinger etter barneloven, og særlig de bestemmelser jeg skal drøfte i det følgende, velger jeg å fremstille § 48 først. Dette for å unngå gjentakelser.

Prinsippet om barnets beste kan generelt brukes til å verne barn mot vold i en konflikt mellom en voldsutøvende forelder og en ikke-voldsutøvende forelder, der den ikke-voldsutøvende forelder forsøker å beskytte barnet mot den voldsutøvende, og hvor prinsippet vil tale for å ta hensyn til å beskytte barnet og begrense kontakten mellom den voldsutøvende forelder og barnet der det er nødvendig.

Ved lovendring av 7. april 2006 nr. 6 ble barneloven § 48 annet ledd endret. Den nye ordlyden bestemmer at ved avgjørelsen etter første ledd ”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 følge forarbeidene vil retten nå ha ”en plikt til å vektlegge at barnet ikke må bli utsatt for vold eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare ved avgjørelser om foreldreansvar, fast bosted og samvær.”³⁷

Her er det gjennom ordlyden og forarbeidene gitt uttrykk for at særlig ett moment skal tas i betraktning i den skjønnsmessige vurderingen etter første ledd. Hensynet er å sikre at det i tilstrekkelig grad vektlegges at barnet ikke skal utsettes for vold eller overgrep.

³⁵ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) kapittel 10

³⁶ Backer (2008) s. 466

³⁷ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 54

Selv om det å beskytte et barn mot vold kunne tolkes inn under § 48 første ledd om ”barnets beste”, ble ikke vernet ansett for å være tydelig nok. Det fremkommer av forarbeidene at ”bestemmelsen er en presisering av gjeldende rett og kan utledes av § 48 første ledd om at alle avgjørelser og saksbehandlingen først og fremst skal rette seg etter det som er best for barnet”.³⁸

Det uttrykkes her at tilføyelsen i annet ledd ikke egentlig er en endring, men en presisering av allerede gjeldende rett. Det uttales videre i forarbeidene at ”Hensikten med tilføyelsen i andre ledd er å sikre at alvoret i skadevirkningene barnet kan bli påført gis tilstrekkelig oppmerksomhet”.³⁹ Skadevirkningene det her henvises til følger av Ot.prp.103 (2004-2005) s. 22-23, som sitert i innledningen.

I forbindelse med at prinsippet skal gjelde for saksbehandlingen så vil prinsippet få betydning for aktørene som er med i en sak om foreldreansvar, fast bosted og/eller samvær. I følge forarbeidene vil det ”i saker hvor det foreligger fare for vold og overgrep...være særlig viktig for advokater å ikke ensidig fokusere på partenes interesser, men hele tiden ta tilbørlig hensyn til barnets beste”.

”Barnets beste” er hovedkriteriet når foreldreansvar, fast bosted og/eller samvær skal avgjøres. Etter ordlyden ”først og fremst” i første ledd tyder det på at prinsippet ikke er det eneste kriterium som kan legges til grunn, men det skal ha avgjørende vekt.

Det er videre det konkrete barnets beste som skal vurderes. Det som er det beste for *ett* barn er ikke nødvendigvis det beste for et *annet* barn. Dette betyr at rettspraksis som foreligger om avgjørelser etter barneloven ikke kan være prejudikater, men de kan vise hvilke momenter som er tillagt vekt i forskjellige tilfeller.⁴⁰

³⁸ Ot.prp.103 (2004-2005) s. 56

³⁹ Ibid. s. 56

⁴⁰ Backer (2008) s.470

Etter forarbeidene er det barnets ”totale omsorgssituasjon”⁴¹ som skal vurderes. Dette betyr at både foreldrenes omsorg og alle andres daglig omsorg for et barn har betydning. Forarbeidene nevner spesielt at det har betydning der en ny samlivspartner utsetter barnet for vold, og ikke den biologiske forelderen. Alle barnets omsorgspersoner er dermed med i vurderingen.

Tidligere var det ikke kjent hvor skadelig det er for barn både å bli utsatt for fysisk og psykisk vold, og særlig det å være vitne til vold. Forarbeidene legger her stor vekt på nyere forskning som viser at det er svært skadelig, og at det i mange tilfeller vil være skadelig for barnet å ha samvær med voldsutøveren i ettertid. En løsning har vært å gjennomføre samvær med tilsyn, enten fagpersoner eller andre familiemedlemmer, for å verne barnet mot vold. Den nyere forskningen viser likevel at barnet kan, kun i møte med voldsutøveren, gjenoppleve traumer, og at dette kan hindre utviklingen til barnet.

Videre følger det av forarbeidene at ”hensikten med tilføyelsen er 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 blir utsatt for overgrep hos en av foreldrene, må dette få betydning for rettens avgjørelse”.⁴² Her uttrykkes det i forarbeidene at en reell risiko må få betydning i vurderingen.

Spørsmålet er så hvilken betydning påstander om vold får i vurderingen av hva som er det beste for barnet, etter tilføyelsen av annet ledd i barneloven § 48?

I utgangspunktet er påstand om vold et lovfestet moment i en helhetsvurdering. Etter annet ledd skal det tas hensyn til at barnet ikke utsettes for vold. Risikoen for vold må derfor vurderes.

⁴¹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56

⁴² Ibid. s. 56

Etter forarbeidene må spørsmålene ”avgjøres etter en konkret vurdering av hva som er best for barnet i tråd med det grunnleggende prinsippet i barneloven”.

En problemstilling er dersom den som utsettes for vold eller trusler om vold har sperret adresse eller ønsker fiktiv identitet. Da vil barnets kontakt med trusselutøver kunne komme i konflikt med beskyttelsesbehovet til den truede, jf. forarbeidene. Dersom det er tilfellet for den ikke-voldsutøvende vil dette kunne være et moment av betydning ved avgjørelsen.

Et annet moment av betydning vil kunne være hva truslene sier om trusselutøveren som omsorgsperson. Det uttales videre i forarbeidene: ”Å utsette barnets omsorgsperson for alvorlige trusler vil som det framgår under de generelle merknader også i seg selv kunne anses å være en omsorgssvikt overfor barnet fra trusselutøverens side, ved at det skapes en tilværelse med konstant frykt som kan virke svært ødeleggende for både forelder og barn.”

Barneloven § 48 første og annet ledd beskytter barn mot vold ved at den gir retten et verk-tøy for å måtte tillegge vold betydning i vurderingen av hva som er det beste for barnet.

4.1.3.2 Beviskrav

I utgangspunktet vil beviskravet etter redegjørelsen ovenfor kunne være lavere enn almin-nelig sannsynlighetsovervekt, selv om hovedregelen er alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Det som skal bevises i forhold til vurderingen av barnets beste etter § 48 er om det er en reell risiko for at barnet vil utsettes for vold.

Enhver påstand om overgrep kan ikke tillegges vekt, men en reell risiko for barnet må tas hensyn til.

I forarbeidene uttales det særlig om § 48 annet ledd at ”det kan ikke kreves sannsynlighets-overvekt for at mistanke om vold og overgrep skal legges til grunn. Det vil også kunne

være tilstrekkelig med mindre grad enn 50 prosent sannsynlighet for at beviskravet kan anses oppfylt.⁴³

Her tar lovgiver et klart standpunkt om å se bort fra hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Selv om dette er et klart standpunkt, er det likevel ikke klart akkurat hvor grensen går for om beviskravet vil være oppfylt. I følge forarbeidene henvises det her til en skjønnsmessig vurdering: ”Hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge vil avhenge av de konkrete omstendigheter 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”.

Beviskravet er etter dette lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at det er fare for vold. Dette betyr at det kreves mindre bevis, og at det da er enklere å legge til grunn at barnet har vært utsatt for vold i vurderingen av hva som er det beste for barnet.

Tilføyelsen i § 48 annet ledd og forarbeidene til endringsloven er et tydelig eksempel på hvilken betydning beviskravregler har for vernet av barn. Jo lavere beviskrav, desto lavere er terskelen for å finne bevist at barnet har vært utsatt for vold og at det da i mange tilfeller vil være skadelig for barnet å ha visse typer kontakt med den voldsutøvende forelderen.

Videre spørres det om beviskravet etter § 48 vil ha betydning for avgjørelser etter barneloven §§ 30 og 36, jf. problemstillingen ovenfor.

På den ene siden kan det at § 43 om samvær endres i samme lovendring som § 48, mens

⁴³ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 56

verken §§30 og 36 endres, tilsi at §§30 og 36 ikke skulle endres. Når lovgiver går så grundig til verks kan det dermed stilles spørsmål ved om dette er bevisst.

På den andre siden følger det av ordlyden i § 48 at ”avgjerder om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast og om samvær, og handsaminga av slike saker” først og fremst skal rette seg etter det beste for barnet. Dette er direkte henvisning til avgjørelser om foreldreansvar etter §30 og fast bosted etter § 36, i tillegg til § 43 om samvær.

Dette fører til at beviskravet etter § 48 vil ha betydning for avgjørelser etter barneloven §§30 og 36. Selv om beviskravet etter de nevnte bestemmelser i utgangspunktet er alminnelig sannsynlighetsovervekt, vil tilføyelsen i § 48 annet ledd samt det lave beviskravet som formulert i forarbeidene påvirke vurderingen av hva som vil være barnets beste.

Dette betyr at dersom retten finner det bevisst at det er fare for at barnet blir eller kan bli utsatt for vold, vil dette faktum ha stor betydning i vurderingen av barnets beste etter § 48 første ledd, jf. annet ledd. Årsaken til det er at det følger uttrykkelig av annet ledd at det skal tas hensyn til at barn ikke skal utsettes for vold.

Når det da stilles lavere krav for å bevise at det er fare for at barnet utsettes eller kan utsettes for vold, og resultatet av dette skal ha avgjørende betydning for avgjørelsene etter de nevnte bestemmelser, er det klart at tilføyelsen av § 48 annet ledd også får betydning for disse. Selv om beviskravet for påstander om vold ved vurderinger etter §§30 og 36 isolert sett også er formulert lempeligere etter Ot.prp.103 (2004-2005), vil dette forsterkes ved den pålagte vurderingen av barnets beste.

4.1.4 Barneloven § 30

4.1.4.1 Anvendelsesområdet

Første og annet ledd

Barneloven § 30 første ledd regulerer foreldreansvaret. Etter bestemmelsen har foreldrene en plikt til å gi barnet ”omsut og omtanke” og ”rett og plikt til å ta avgjerder for barnet i personlege tilhøve innanfor dei grensene som §§ 31 og 33 set” .

Videre følger det av annet ledd første punktum at de som har foreldreansvaret ”er skyldige til å gje barnet forsvarleg oppseding og forsyting.”

På hvilken måte vil foreldreansvaret beskytte barnet mot vold?

Det er særlig plikten en forelder har etter foreldreansvaret til å gi barnet ”omsut og omtanke” og en ”forsvarleg oppseding” som beskytter barn mot vold. Dette fordi disse pliktene blant annet innebærer plikt til å beskytte barnet sitt mot vold. Dette er uttrykkelig inntatt i § 30 tredje ledd, men følger også av det generelle foreldreansvaret etter første og annet ledd. Dersom bostedsforelder frykter at barnet utsettes for vold av samværsforelder vil for eksempel plikten til å beskytte barnet etter foreldreansvaret gjøre det rettmessig å stoppe samvær, dersom dette er til det beste for barnet.

Dersom foreldrene ikke er enig om hvem som skal ha foreldreansvaret må det fremmes sak om dette. Ved avgjørelsen skal det legges vekt på hva som er det beste for barnet etter § 48. Er det påstander om at den ene forelder utøver vold mot barnet og det anses for det beste for barnet at ikke denne har foreldreansvaret, skal den ikke-voldsutøvende forelder få foreldreansvaret.

Tredje ledd

Etter barneloven § 30 tredje ledd må barnet ikke ”bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare. Dette gjeld

og når valden brukast som ledd i oppsedinga av barnet. Bruk av vald og skremmande eller plagsam framferd eller annan omsynslaus åtferd overfor barnet er forbode.”

Foreldres rett til fysisk avstraffelse av barn ble opphevet i 1972. Opphevelsen ble gjort for å avlegalisere avstraffelse av barn. Opphevelsen førte imidlertid til at det var uklart om det var forbudt for foreldre å refse barna. Årsaken til uklarheten er at opphevelse av en rettighet ikke automatisk innebærer at det opprettes et forbud. Forbud krever hjemmel.

På grunn av denne uklarheten ble det i 1987 vedtatt en endring i barneloven § 30 tredje ledd, der det ble inntatt et forbud mot at barnet utsettes for ”vald eller på anna vis bli[r] handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa blir utsett for skade eller fare.”⁴⁴

På tross av dette forbudet rådet det fortsatt usikkerhet om all form for avstraffelse av barn var straffbart. Dette ble tydelig illustrert i Rt. 2005 s. 1567 ”Klapsedommen”. Saken dreide seg om en stefar som hadde klapset to gutter på baken med flat hånd ved flere anledninger for å oppdra dem. Guttene var svært aktive og krevende, og var ofte i bråk på skolen. En dag hadde de slått medlever med pinner på skolen. Foreldrene hadde snakket med guttene om denne aktuelle hendelsen, og etter praten hadde stefaren tatt guttene med opp på hvert sitt rom og klapset dem på baken. Guttene hadde hatt bukse på og fikk ingen fysiske merker. Likevel opplevde de hendelsen som ydmykende og de gråt.

Høyesterett fant at handlingen klart falt inn under gjerningsbeskrivelsen i straffelovens § 228. Spørsmålet var om stefaren kunne frifinnes fordi handlingen var rettmessig på grunn av at den var gjort i oppdragelsesøyemed.

Høyesterett kom til at han ikke kunne frifinnes, og at tingrettens frifinnelsesdom måtte oppheves. Begrunnelsen for resultatet var at det i følge forarbeidene til lovendringen i bar-

⁴⁴ Barneloven § 30 tredje ledd.

neloven § 30 tredje ledd i 1987⁴⁵ ble uttalt at det var den unødvendige og illegitime maktbruken mot barn som skulle rammes, og at dette blant annet innebar ydmykende og krenkende behandling, men ikke lette klaps i oppdragelseshensikt.

Høyesterett uttalte at: ”De kroppslige refselsener som er gjennomført i dette tilfellet, overstiger klart det som kan aksepteres i oppdragelsesøyemed. Som nevnt har tingretten beskrevet slagene som kraftige og ydmykende for barna. Handlingene hadde ikke hindrende eller avvergende karakter, men hadde klart preg av fysisk avstraffelse, som ble gjennomført flere timer etter at guttenes forgåelser hadde funnet sted. Lagmannsretten har etter dette forstått og anvendt straffeloven § 228 første ledd riktig når den er kommet til at tingrettens frifinnelsesdom må oppheves.”.

I tillegg kom Høyesterett med en uttalelse om hvordan den nedre grense for vold mot barn skal forstås etter gjeldende rett: ”Etter min oppfatning må den forståelse av voldsbegrepet i barneloven § 30 tredje ledd som ble lagt til grunn av Justisdepartementet og av flertallet i Stortingets justiskomite slik den ble presisert under debatten i Odelstinget ved lovendringen i 1987, være forenlig med barnekonvensjonen. Dette innebærer at selv om foreldrenes kroppslige refselsesrett er opphevd, vil det ikke rammes av straffeloven § 228 første ledd om foreldrene i oppdragelsesøyemed tildeler sine barn lettere klaps, jf. Brat-holm/Matningsdal (red.): Straffeloven med kommentarer, Anden Del (1995), side 551. Ved avgjørelsen av hva som kan tillates, må det legges vekt på kraftanstrengelsens styrke, grad av spontanitet og preg av krenkelse”.

Dette utsagnet skapte stor diskusjon fordi Høyesterett uttalte at ”lette klaps” for å oppdra barn ikke er straffbart etter § 228, sett i lys av barneloven § 30 og forarbeidene til de to lovbestemmelsene. I tillegg nevner førstvoterende at dette synet ikke er i strid med Barnekonvensjonens artikkel. 19. Uttalelsen skapte igjen usikkerhet om hvor grensen går.

⁴⁵ Ot.prp.nr.8 (1986-1987)

Denne usikkerheten er nå fjernet ved endring av barneloven § 30 gjennom lov av 9. april 2010 nr. 13 om endringer i barneloven m.v. der § 30 tredje ledd ble endret slik at det uttrykkelig fremkommer i annet punktum at vold mot barn er forbudt ”og når valden brukast som ledd i oppsedinga av barnet.”. I forarbeidene er det uthevet at dette gjelder alle former for ”klaps”.⁴⁶

I forarbeidene utdypes det også hva slags opptreden som typisk vil være unntatt forbudet mot vold. Dette er handlinger som har til hensikt å avverge skade på barnet eller forhindre at barnet blir syk. Dette er eksemplifisert ved at dette ”vil kunne være å løfte med seg en treåring som har slått seg helt vrang i butikken. Et annet eksempel som kan nevnes er hvor et lite barn går tynnkledd ute i snøen og nekter å komme inn. Det må da være tillatt for foreldrene å bære barnet inn og låse døren.”⁴⁷

Lovgiver har her oppklart den nedre grense for hva som er vold mot barn og gitt et uttrykkelig forbud mot vold mot barn, også i oppdragelsesøyemed. Eksemplene lovgiver gir i forarbeidene gir borgerne og domstolene er klart signal om at det ikke skal mye til før en opptreden regnes som vold, men likevel avgrenser mot opptreden som etter sunn fornuft ikke regnes som vold. Dette er prosessbesparende lovgivningsarbeid fordi det ikke vil bli tatt ut tiltale mot opptreden, som å ta med barnet inn fra snøen, for å teste den nedre grense. Denne forståelsen av voldsbegrepet er nærmere barnekonvensjonens tolkning, ved at all vold er forbudt.

4.1.4.2 Beviskrav

Første, annet og tredje ledd

I utgangspunktet er beviskravet for å legge til grunn påstander om vold i sak om foreldreansvar sannsynlighetsovervekt.

⁴⁶ Ot.prp.nr.104 (2008-2009) s. 72.

⁴⁷ Ibid. s. 72.

Likevel følger det av forarbeidene til lovendring 7. april 2006 nr. 6 at det er tilstrekkelig at beviskravet i sak om foreldreansvar, der det er fare for at et barn utsettes for vold, er under sannsynlighetsovervekt.

4.1.5 Barneloven § 36

4.1.5.1 Anvendelsesområdet

Barneloven § 36 omhandler avgjørelser om hvor barnet skal bo fast. Etter barneloven § 36 første ledd kan foreldrene ”gjere avtale om at barnet skal bu fast hos anten ein av dei eller begge.”

Utgangspunktet etter første ledd er at foreldrene kan avtale hvor barnet skal bo fast. Foreldrene må etter § 48 første ledd ta hensyn til barnets beste når avtale om fast bosted fastsettes.

En mulighet er at den voldelige forelderen samtykker til at barnet bor fast hos den ikke-voldelige. Så fremt den ikke-voldelige forelderen klarer å beskytte barnet gjennom dette vil barnet være vernet.

Videre vil den voldsutøvende forelderen kunne true seg til en avtale om fast bosted. Da vil den ikke-voldelige forelderen ha mindre mulighet til å beskytte barnet.

I mange tilfeller vil foreldrene være uenige om hvor barnet skal bo fast. Etter annet ledd må retten i slike tilfeller ”avgjere at barnet skal bu fast hos ein av dei. Dersom det ligg føre særlege grunnar, kan retten likevel avgjere at barnet skal bu fast hos begge.”

I vurderingen etter annet ledd må retten legge avgjørende vekt på hvilken løsning som vil være til det beste for barnet etter § 48.

På hvilken måte kan § 36 om fast bosted beskytte barnet mot vold?

§ 36 er særlig aktuell der den ene forelderen utøver vold mot barnet og/eller den andre forelderen og den andre forelderen ønsker å beskytte barnet mot den voldsutøvende forelderen (typetilfelle 2). Den ikke-voldsutøvende forelderen kan beskytte barnet gjennom at barnet bor fast hos denne og i tillegg begrense samvær etter § 43. Det er samvirket mellom disse to bestemmelsene som kan utgjøre et effektivt vern.

Vurderingen etter § 36 annet ledd må gjøres konkret og med utgangspunkt i det beste for barnet etter § 48. Momenter som kan være relevante er blant annet foreldrenes personlige egenskaper, barnets ønske, best samlet foreldrekontakt, barnets tilknytning til foreldrene og fare for overgrep.

Hvilken vekt har momentet om fare for overgrep?

Etter barneloven § 48 annet ledd og forarbeidene til tilføyelsen skal det tas hensyn til at et barn ikke skal utsettes for vold. Dersom det er reell fare for vold eller at den ene forelderen har utøvet vold tidligere, vil dette være et moment som i stor grad taler for at den andre forelderen skal være barnets faste bosted. Hensynet bak tilføyelsen av § 48 annet ledd var nettopp å gjøre det klart at fare for vold skulle bli tillagt vekt ved vurderingen av fast bosted.

Jeg går ikke inn på vurderingen av når domstolen kan avgjøre at barnet skal bo fast hos begge etter § 36 annet ledd annet punktum.

4.1.5.2 Beviskrav

I utgangspunktet er beviskravet for å legge til grunn påstander om vold i sak om fast bosted sannsynlighetsovervekt.

Også ved vurderingen av fast bosted vil det etter forarbeidene til lovendring 7. april 2006 nr. 6 være tilstrekkelig at beviskravet, der det er fare for at et barn utsettes for vold, er under sannsynlighetsovervekt.

4.1.6 Barneloven § 43

4.1.6.1 Anvendelsesområde

Barneloven § 43 omhandler samværsretten til forelderen som ikke bor fast med barnet, og hvilket omfang samværsretten eventuelt skal ha.

Første ledd

Etter barneloven § 43 først ledd har den av foreldrene som ikke bor med ”...rett til samvær med barnet om ikkje anna er avtala eller fastsett. Omfanget av samværsretten bør avtalast nærare. Dersom samvær ikkje er til beste for barnet, må retten avgjere at det ikkje skal vere samvær.”

Etter første ledd første punktum er hovedregelen at den forelderen som ikke bor med barnet, har rett til samvær med barnet.

Barnet har også rett til samvær med forelderen den ikke bor sammen med etter barneloven § 42. I følge Backer er dette en ”prinsipperklæring om barnets rett, jf. NOU s. 74 sp. 2 og nå barnekonvensjonen art. 9 nr. 3”. Dette fører til at barnet ikke har en selvstendig rett til å kreve samvær.⁴⁸ Foreldrenes rett etter § 43 kan det derimot kreves dom for.

Hensynet bak denne regelen er ønsket om at barnet skal ha kontakt med begge foreldrene sine, selv om foreldrene ikke bor sammen. I følge forarbeidene uttrykkes det at ”Når det gjelder foreldrenes rett til samvær med barnet, har utvalget foreslått at samværsrett for den av foreldrene som barnet ikke bor hos, skal være et utgangspunkt som følger direkte av loven.”⁴⁹ Dette er fordi det i de aller fleste tilfeller anses for å være det beste for barnet å ha kontakt med begge foreldre.

⁴⁸ Backer (2008) s. 385

⁴⁹ Ot.prp.nr.62 (1979-1980) s. 33

Det er tilfeller hvor samvær ikke er til det beste for barnet, og etter første ledd tredje punktum *må* retten i slike tilfeller avgjøre at det ikke skal være samvær. Tredje punktum ble tilføyet ved lov av 7. april 2006 nr. 6. I følge forarbeidene innebærer tilføyelsen ”imidlertid en presisering av at det er en forutsetning for samvær at dette må anses å være til barnets beste, og tar særlig sikte på situasjoner hvor barnet har vært utsatt for, eller det er fare for at barnet vil bli utsatt for overgrep”.⁵⁰

Det følger av § 48 at barnets beste skal være avgjørende ved avgjørelser om samvær. Likevel har lovgiver funnet det som et nødvendig ledd i å styrke beskyttelsen av barn mot vold å tilføye dette i ordlyden i samværsbestemmelsen.

Dersom samvær ikke vil være til det beste for barnet, *skal* samvær nektes. Fordi det ved vurderingen av hva som er det beste for barnet skal tas hensyn til at barnet ikke skal utsettes for vold, vil det ha stor betydning om det er fare for om barnet blir eller kan bli utsatt for vold.

Spørsmålet er når samvær ikke er til barnets beste på grunn av frykt for at barnet kan utsettes for vold.

På den ene siden taler hensynet til at barnet skal ha kontakt med begge foreldre for samværsrett. Det kan også være legende for barnet å ha kontakt med den voldsutøvende forelderen.

På den andre siden er det klart at en fare for å bli utsatt for vold ikke er til det beste for barnet. Det følger av forarbeidene til tilføyelsen av tredje punktum at momenter som kan tillegges vekt i vurderingen av om det skal være samvær er ”foreldrenes atferd innbyrdes og overfor barnet, graden av voldeligheten, alvorret av virkningene for barnet og den som har barnet fast boende hos seg, den voldeliges evne til å erkjenne atferden og behovet for end-

⁵⁰ Ot.prp.103 (2004-2005) s. 54

ringer, samt villigheten til reelt å anstrenge seg for å gjøre noe med det.”⁵¹ Flere av disse momentene viser til den voldelige forelderens personlighet og ønske om å endre seg. Der det ikke er et ønske om å endre seg, vil sannsynligheten for at nye overgrep skjer være stor. I slike tilfeller vil barnets beste tilsi at samvær skal nektes.

Det uttales videre i forarbeidene at ”Det vil også være et relevant moment om den som har barnet fast boende hos seg har fått alvorlige psykologiske eller følelsesmessige skader som følge av volden, slik at både denne og barnet trenger tid til å komme seg over traumat. Dersom den som har barnet boende fast hos seg har utviklet angst i forhold til den som ønsker samvær i en slik grad at et eventuelt samvær går ut over evnen til å fungere som omsorgsperson for barnet, kan dette også få betydning”.⁵² Bakgrunnen for denne uttalelsen er at det er svært viktig at barnet har en trygg og god omsorgsperson å forholde seg til. Dersom den ikke-voldsutøvende forelderens omsorgsevne svekkes på bakgrunn av frykt for at nye overgrep vil skje med barnet i forbindelse med samvær, vil dette tale for at samvær nektes.

Argumentene om kontakt og rehabilitering veier lite opp for fare for vold og retraumatisering. Ved fare for nye overgrep vil samvær på grunn av dette nektes.

Annet ledd

Etter annet ledd skal i utgangspunktet foreldrene ”avtala[r] sjølve omfanget av samværsretten på bakgrunn av kva dei meiner er best for barnet. § 31 andre stykket gjeld for foreldra. I avtale eller avgjerd om samvær skal det mellom anna leggjast vekt på omsynet til best mogleg samla foreldrekontakt, kor gammalt barnet er, i kva grad barnet er knytt til nærmiljøet, reiseavstanden mellom foreldra og omsynet til barnet elles.”

⁵¹ Ot.prp.103 (2004-2005) s. 54

⁵² Ibid. s. 54

Utgangspunktet for vurderingen av omfanget av samværet er etter dette hva foreldrene mener er det beste for barnet. Det skal foretas en konkret helhetsvurdering, der det er de samme momenter som har betydning.

I følge forarbeidene skal ”hovedvekten legges på behovet for individuell fastsettelse av samvær. Samværets omfang skal fastsettes på bakgrunn av de subjektive forholdene i den konkrete saken, og hensynene til det beste for hvert enkelt barn”.⁵³

Videre følger det av forarbeidene at også den individuelt tilpassende samværsordningen skal følge det beste for barnet etter § 48. Foreldrene må derfor ta hensyn til dette dersom de fastsetter samværsordningen etter avtale mellom hverandre.

Listen over momenter som kan tillegges vekt i vurderingen er ikke uttømmende, jf. ordlyden ”mellom anna” i annet punktum. Andre momenter kan derfor tillegges vekt. Ingen av de nevnte momenter har noe med vold å gjøre. Vold nevnes heller ikke i forarbeidene i forhold til denne vurderingen.

Et moment som opprampses er ”andre hensyn”. Spørsmålet er om en påstand om vold kan hensyntas etter ”andre hensyn”?

På den en siden følger det av forarbeidene at ”andre hensyn” kan være ”tidligere utførelse av omsorgsoppgaver, tilknytning til den ene av foreldrene, foreldrenes karaktertrekk, hensyn til trygghet og stabilitet mv.”⁵⁴

Påstand om vold kan falle inn under flere av disse momentene gjennom hvilke virkninger volden har på både foreldre og barn, og hvordan omsorgssituasjonen er hjemme. Dersom den ene forelder utøver vold mot den andre forelder og/eller barnet kan dette påvirke

⁵³ Ot.prp.103 (2004-2005) s. 54

⁵⁴Ibid. s. 55

barnets tilknytning til begge foreldrene ved at barnet frykter den voldsutøvende forelderen og er nærmere knyttet den andre. Videre vil normalt ikke et hjem der det er utøvet vold føles trygt og stabilt for barnet.

Uansett om volden kan få betydning i denne vurderingen, vil volden ha betydning i vurderingen av hva som er det beste for barnet etter § 48, som også må vurderes etter § 43 annet ledd.

Tredje ledd

Etter § 43 tredje ledd kan det ”i avtale eller i dom setjast vilkår for gjennomføringa av samværsretten. Dersom tilsyn vert sett som vilkår for samvær, kan retten i særlege høve påleggje departementet å oppnemne tilsynsperson.”

I en situasjon der det er fare for at samværsforelderen er voldelig, kan det settes som vilkår at samvær skal gjennomføres med tilsyn etter tredje ledd. I følge forarbeidene tar bestemmelsen ”sikte på situasjoner hvor det anses som positivt for barnet å kunne ha et visst samvær, men hvor dette ikke kan skje uten tilsyn for å føre kontroll med at barnet ikke lider overlast.”⁵⁵ Poenget er altså at fordi en anser at det er viktig at barn og foreldre har kontakt, skal en gjøre det en kan for at samvær skal kunne gjennomføres, under forutsetning av at det er til det beste for barnet.

Videre følger det av annet punktum at retten kan pålegge departementet å oppnevne tilsynsperson. Dette gjelder kun i ”særlig tilfeller og situasjoner hvor det kun er aktuelt med sterkt begrenset samvær”. I følge forarbeidene foreligger slike tilfeller typisk når det er ”to til fire samvær i året med en varighet av to til fire timer hver gang”. Tilsyn skal på grunnlag av dette ikke fastsettes som vanlig samvær. Formålet med et slikt begrenset samvær er at ”barnet skal ha kjennskap til forelderen og sikre et minimum av kontakt”.

⁵⁵ Ot.prp.103 (2004-2005) s. 55

Videre diskuteres det i forarbeidene betydningen av at domstolen legger til grunn at det har skjedd overgrep og at det er fare for at nye overgrep i vurderingen av om samvær skal tillates med tilsyn eller nektes.

På den ene siden kan det være skadelig for barnet å ha kontakt med den voldsutøvende forelderen, fordi barnet kan gjenoppleve angstfylte opplevelser kun ved å se den voldsutøvende forelderen. Dette vil ikke tilsyn kunne avverge at skjer. Forarbeidene legger til grunn at dette kan føre til at det ”ikke vil være til det beste å ha samvær selv om barnet sikres mot framtidige overgrep gjennom tilsyn”.⁵⁶

På den andre siden kan det være viktig for barnet å treffe den voldsutøvende forelderen for å bearbeide traumet.

En løsning har vært å gjennomføre samvær med tilsyn, enten fagpersoner eller andre familiemedlemmer, for å verne barnet mot vold. Den nyere forskningen viser likevel at barnet kan, kun i møte med voldsutøveren, gjenoppleve traumer, og at dette kan hindre utviklingen til barnet.

Fordi dette ikke er tilfelle for alle barn kan ikke fullstendig avskjæring av samvær være standardløsningen. I forarbeidene åpnes det for muligheten av at domstolen kan komme til at det skal gis samvær eller felles foreldreansvar. I tillegg uttales det at det kan ”heller ikke utelukkes at retten kommer til at det er best for barnet å få fast bosted hos den annen part. Spørsmålene må avgjøres etter en konkret vurdering av hva som er best for barnet i tråd med det grunnleggende prinsippet i barneloven.”

⁵⁶ Ot.prp.103 (2004-2005) s. 55

Dette oppsummeres i forarbeidene med at ”det er viktig at domstolene er bevisst på hva som er formålet med tilsynet, og dermed også vurderer hva slags form tilsynet bør ha, og hvem som bør utføre tilsynet.”⁵⁷

4.1.6.2 Beviskrav

Det som skal bevises etter første ledd er om ”samvær ikkje er til beste for barnet”. Dette er en henvisning til vurderingen av hva som er det beste for barnet etter § 48. I følge forarbeidene til § 48 annet ledd er beviskravet under sannsynlighetsovervekt ved vurderingen av om det er fare for vold og om dette er til det beste for barnet.

Det følger også av forarbeidene vedrørende § 43 at det er tilstrekkelig med mindre enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at samvær ikke er til det beste for barnet.

Hvilken grad av sannsynlighet som skal kreves vil avhenge av de konkrete omstendigheter.

4.1.7 Barneloven § 60 første og annet ledd

4.1.7.1 Anvendelsesområdet

Barneloven § 60 omhandler rettens mulighet til å avsi en midlertidig kjennelse. Utgangspunktet er at partenes påstander skal avgjøres ved dom etter hovedforhandling, slik at begge partene har hatt mulighet til bevisføring, muntlig forhandling og kontradiksjon. Midlertidig kjennelse er en avgjørelse som kan avsies før dom i saken er avsagt. Begrunnelsen er at noe haster, og ikke kan vente til dom er avsagt. Dette fører til at denne type avgjørelse ikke ivaretar alle hensyn som den vanlige prosessen gjør. Midlertidig avgjørelse er derfor en særskilt unntaksregel.

⁵⁷ Ot.prp.103 (2004-2005) s. 55

Første ledd

Etter barneloven § 60 første ledd kan retten etter krav fra en part ”ta førebels avgjerd om kven av foreldra som skal ha foreldreansvaret, om kven barnet skal bu hos fast, og om samværsrett. Slik avgjerd kan gjelde for ei viss tid eller til saka er endeleg avgjort. Retten kan også ta førebels avgjerd før saka er reist, dersom særlege grunnar talar for det.”

Sivile saker for domstolen tar ofte lang tid. Frem til det foreligger endelig dom har partene ingen rett til å gjøre gjeldende noe av det saken omhandler. Denne bestemmelsen muliggjør derfor at en av partene kan kreve å få visse spørsmål avgjort midlertidig, slik at parten kan foreta seg handlinger ut i fra dette. Dette er en skjønnsmessig ”kan”-regel, der domstolen ikke er forpliktet til å fatte midlertidig avgjørelse.

Foreløpig avgjørelse kan treffes etter § 60 i saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær etter barneloven kapittel 7. Hensynet til barnets beste etter § 48 skal ha avgjørende vekt også i avgjørelser om midlertidig avgjørelse.

Når kan foreløpig avgjørelse treffes?

Foreløpig avgjørelse kan for det første treffes når det er reist sak. Saken reises etter tvisteloven § 4-4 ved ”stevning til retten”. Barneloven del 3 har i tillegg særskilte saksbehandlingsregler, der det blant annet følger av § 56 annet ledd at et vilkår for å reise sak om foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast eller samvær, er at ”foreldra kan leggje fram gyldig meklingsattest”. For at sak skal kunne reises må altså foreldrene ha gjennomført mekling etter barneloven § 54. Avgjørelse kan videre treffes for en begrenset periode mens saken pågår eller til saken endelig er avgjort. Det kan også fattes en avgjørelse når ankefristen løper. En samlet forståelse tilsier at det skal kunne treffes avgjørelse når som helst i sakens forløp.

I tillegg kan det fattes midlertidig avgjørelse ”før saka er reist, dersom særlege grunnar talar for det”. Det spørres vidare om når ”særlege grunner” foreligger?

Etter en naturlig språklig forståelse er ”særlige grunner” noe spesielt. Det må tas i betraktning at regelen om midlertidig kjennelse allerede er en unntakshjemmel som krever en særlig situasjon. Det forsterker begrepet etter denne vurderingen.

Videre følger det av Sandberg at det er særlige grunner når ”barnet kan lide fysisk eller psykisk overlast hvis det ikke treffes en avgjørelse raskt”.⁵⁸ Dersom det er holdepunkter for at et barn er utsatt for vold av den ene forelderen, eller har vært vitne til vold, kan det være avgjørende for barnet å bli hentet ut av situasjonen med en gang. Barnets beste kan tilsi at barnet ikke skal ha kontakt med den mulige voldelige forelderen frem til endelig dom er avsagt. Bestemmelsen kan gi den voldsutsatte hjemmel til å beskytte barnet frem til dom.

Annet ledd

Videre følger det av § 60 annet ledd at ”Retten kan samstundes forby den andre av foreldra å kome til den eigedommen eller det bustadhuset der barnet held til. ...”.

Dersom den ene forelderen frykter at barnet kan bli utsatt for vold av den andre forelderen, kan den kreve at retten treffer midlertidig avgjørelse om at den andre forelderen ikke kan være på eller oppsøke steder barnet er. I følge Sandberg gjelder dette ”det stedet der barnet holder til. Dette omfatter ikke bare hjemmet, men også skole, barnehage, barnepassers hjem.”⁵⁹

Bestemmelsen gjelder kun dersom det er fare for vold mot barnet. En forelder kan derfor ikke be om midlertidig avgjørelse etter § 60 dersom den frykter vold mot seg selv. I et slikt tilfelle er det særlig ekteskapsloven § 92 annet ledd og mer generelt straffeprosessloven § 222 a som gir hjemmel.

En midlertidig avgjørelse etter § 60 annet ledd må også være til barnets beste etter § 48.

⁵⁸ Sandberg (2010) note 189

⁵⁹ Ibis. note 190

4.1.7.2 Beviskrav

Hovedregelen er at beviskravet i barneloven er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette gjelder derfor som utgangspunkt for § 60.

Det kan spørres om det lempeligere beviskravet som formulert i Ot.prp.103 (2004-2005) også gjelder for midlertidige avgjørelser etter barneloven § 60?

På den ene siden endres ikke § 60 gjennom lovendringen. Videre nevnes ikke § 60 som en av bestemmelsene det ble presisert at måtte ha et lavere beviskrav. Endelig gir ikke ordlyden holdepunkter for unntak fra hovedregelen.

På den andre siden må midlertidige avgjørelser etter § 60 være til det beste for barnet etter § 48. Kan beviskravet i § 60 på grunn av dette påvirkes av beviskravet etter § 48?

Barnets beste etter § 48 skal ha avgjørende vekt i vurderingen av om retten skal foreta en foreløpig avgjørelse og eventuelt hva utfallet av avgjørelsen skal være. I vurderingen av hva som er det beste for barnet skal det tas hensyn til at barnet ikke skal utsettes for vold, og i vurderingen av påstander om vold er det tilstrekkelig med en sannsynlighetsgrad som er mindre enn sannsynlighetsovervekt.

Dersom retten finner, på bakgrunn av det lempeligere beviskravet i § 48, at det beste for barnet er at det fattes en foreløpig avgjørelse som beslutter at barnet skal ha fast bosted hos den ikke-voldsutøvende forelderen, og at den voldsutøvende forelderen ikke får ha samvær, vil beviskravet i § 48 i hvert fall ha en indirekte påvirkning på beviskravet i § 60.

Den samme vurderingen skal foretas etter § 60 annet ledd, der barnets beste kan tilsi at den voldsutøvende forelderen ikke kan være der barnet er. Også her vil beviskravet etter § 48 påvirke vurderingen etter § 60 annet ledd.

Dersom avgjørelse skal tas før saken er reist kreves det ”særlege grunnar”. Er dette unntak fra hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt?

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden ”særlege grunnar” tilsier begrepet at det må foreligge en spesiell situasjon. Det må begrunnes utover det vanlige. Dette tilsier at beviskravet er formulert strengere gjennom ordlyden.

Videre er dette en unntakshjemmel, med en særregel, noe som tilsier at det er i ytterst få tilfeller denne hjemmelen skal komme til anvendelse. Dette taler også for at beviskravet er skjerpet.

På den andre siden er argumentet om lovendringen, som tilsier at beviskravet er under sannsynlighetsovervekt ved påstand om vold, som kommer til anvendelse gjennom vurderingen av barnets beste.

Her står et lempeligere beviskrav opp mot et skjerpende beviskrav. Spørsmålet er hvilket beviskrav som gjelder ved påstander om vold.

Etter barneloven § 48 *skal* avgjørelser om foreldreansvar, fast bosted og samvær, og ”handsaminga av slike saker”, først og fremst rette seg etter det som er ”best for barnet.” Ordlyden ”handsaminga av slike saker” tilsier at barnets beste skal ha avgjørende vekt også ved saksbehandlingen av disse spørsmålene. § 60 annet ledd om midlertidig avgjørelse før saken er reist er en saksbehandlingsregel. Barnets beste skal dermed ha avgjørende vekt ved vurderingen av om midlertidig avgjørelse skal fattes før saken er reist.

Dette betyr at det er tilstrekkelig med mindre enn sannsynlighetsovervekt ved avgjørelse om midlertidig avgjørelse før saken er reist, der det er påstand om vold.

4.1.8 Barneloven § 60 a

Barneloven § 60 a er på lik linje med barneloven § 60 en hjemmel for retten til å fatte midlertidig avgjørelse. Det vises til det som ble sagt innledningsvis om dette til § 60.

4.1.8.1 Anvendelsesområdet

Første ledd

Etter barneloven § 60 a første ledd skal retten ”ta førebels avgjerd om foreldreansvaret i saker der ein av foreldra som har foreldreansvar, er sikta eller tiltala for forsettleg eller overlagt å ha valda at den andre er død. Det same gjeld dersom den attlevande i slike høve ikkje har foreldreansvar og krev å få det. Andre kan krevje å få foreldreansvaret. Retten kan avgjere at ingen skal ha foreldreansvaret. Den attlevande skal berre få foreldreansvaret dersom dette klart er til beste for barnet.”.

Bestemmelsen gjelder dersom den ene forelderen er siktet eller tiltalt for å ha drept den andre forelderen. Bestemmelsen omhandler midlertidig avgjørelse av om gjenlevende skal ha foreldreansvaret eller ikke mens straffesaken pågår.

Barneloven § 60 a gir, i motsetning til § 60, retten en plikt til å fatte midlertidig avgjørelse og avgjørelse skal fattes av retten av eget tiltak. Dette følger av ordlyden, jf. ”skal”, i tillegg til uttalelse i forarbeidene om at ”...tingretten skal ta avgjørelse på eget tiltak...”⁶⁰. Begrunnelsen for regelen er den særegne situasjonen at den ene forelderen er siktet eller tiltalt for å ha drept den andre forelderen.

Når skal retten treffe midlertidig avgjørelse etter § 60 a?

For det første skal retten etter første ledd første punktum treffe midlertidig avgjørelse dersom gjenlevende forelder og den avdøde forelderen hadde felles foreldreansvar. Det samme

⁶⁰ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 39

må retten etter annet punktum dersom den gjenlevende ikke har foreldreansvar, men ber om å få det.

Retten kan bestemme at gjenlevende skal ha foreldreansvaret, at andre slektninger skal ha foreldreansvaret eller at ingen skal ha foreldreansvaret, jf. § 60 a første ledd. Dersom ingen får foreldreansvaret etter § 60 a første ledd fjerde punktum følger det av barneloven § 63 åttende ledd at ”retten [skal] melde frå til barneverntenesta. Barneverntenesta skal plassere barnet etter reglane i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester § 4-14 og § 4-15 første stykket. §§ 4-16, 4-17, 4-18 første stykket og 4-20 gjeld tilsvarende.” Frem til det foreligger dom i saken vil barnevernet etter dette ha omsorgen for barnet. Dette gjelder også dersom det ikke er noen som krever foreldreansvaret.

I følge forarbeidene skal gjenlevende kun få foreldreansvaret ”dersom dette klart er til barnets beste. Hensikten er å tydeliggjøre at det ikke kan legges til grunn en alminnelig presumsjon om at det er positivt for barnet at forelderene har foreldreansvar i disse tilfellene.”⁶¹

Etter forarbeidene er det ordinære utgangspunktet altså snudd etter denne bestemmelsen. Med mindre det klart er til det beste for barnet at gjenlevende forelder har foreldreansvaret frem til straffesaken er avgjort, skal gjenlevende ikke ha foreldreansvaret.

Det skal etter forarbeidene foretas en helhetsvurdering, der situasjonen i dag og barnets beste tillegges vekt.

Videre nevnes to ulike situasjoner som trekker i hver sin retning i vurderingen. For det første vil barnets tilknytning til den avdøde tale for at gjenlevende ikke skal få foreldreansvaret. For det andre kan tilknytning til gjenlevende sammen med en antakelse om at drapet skjedde i nødverge tale for at gjenlevende får foreldreansvaret.

⁶¹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 58

Annet ledd

Etter annet ledd gjelder ”reglane i § 63 andre stykke...på same måte ved førebels avgjerd. Er det ikkje teke ut søksmål innan seks månader etter at siktinga eller tiltala er fråfallen eller dom i straffesaka er rettskraftig, skal tingretten ta ny avgjerd om foreldreansvaret etter reglane i § 63.”

Det følger av annet ledd at når straffesaken er avgjort, kan både gjenlevende forelder og andre kreve foreldreansvaret. Dersom ingen gjør dette skal likevel tingretten av eget tiltak avgjøre foreldreansvaret. Seksmånedersfristen gjelder i følge forarbeidene kun andre enn gjenlevende forelder.⁶²

Barneloven § 60 a verner barn mot vold fordi en dommer av eget tiltak må ta stilling til om det er det beste for barnet at barnets interesser forvaltes av en mulig voldsutøvende forelder, eller om det er best for barnet at andre trygge voksne tar vare på det frem til en straffesak er avgjort.

Hensynet bak denne regelen er en presumsjon for at en person som har evne til å ta livet av sitt barns forelder, ikke har de kvaliteter som kreves for å være en forelder som gir barnet en trygg og omsorgsfull oppvekst.

Bestemmelsen gjør også at andre omsorgspersoner rundt barnet kan tilkjennes foreldreansvar frem straffesaken er avgjort og til seks måneder etter. Barnet har mistet en av foreldrene sine, og i mange tilfeller vil barnet kunne frykte den voldsutøvende forelderens.

Frem til det foreligger dom har barnevern og politi mulighet til å utrede og etterforske om gjenlevende skal ha foreldreansvaret eller ikke, uten risiko for at barnet blir skadet i mellomtiden.

⁶² Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) s. 58

4.1.8.2 Beviskrav

Utgangspunktet for beviskravet er hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Ordlyden i § 60 a er at gjenlevende får foreldreansvaret dersom det ”klart er til beste for barnet”.

For det første tilsier ”klart” et skjerpet beviskrav. I forarbeidene forklares dette med at ”hensikten er å tydeliggjøre at det ikke kan legges til grunn en alminnelig presumsjon om at det er positivt for barnet at forelderen har foreldreansvar i disse tilfellene.”

Utgangspunktet etter barneloven er at det er en presumsjon for at foreldrene skal ha felles foreldrett. Denne bestemmelsen snur presumsjonen, ved at det er en presumsjon for at gjenlevende *ikke* skal ha foreldrerett. Det er kun dersom gjenlevende kan bevise med klar sannsynlighetsovervekt at det vil være det beste for barnet at den har foreldrerett at gjenlevende kan kreve dette.

For det andre henviser § 60 a til en vurdering av barnets beste etter § 48. Det kan spørres om § 48 gjelder for en avgjørelse etter § 60 a?

Etter ordlyden i § 48 første ledd gjelder § 48 for avgjørelser om blant annet foreldreansvar. § 60 a er en hjemmel for å treffe avgjørelse om foreldreansvar, selv om det er en midlertidig avgjørelse. § 60 a bruker også uttrykket ”barnets beste”. Samlet taler dette for at avgjørelse etter § 60 a skal rette seg etter det som er det beste for barnet etter § 48.

Etter § 48 annet ledd skal det tas hensyn til at barnet ikke skal utsettes for vold, og i vurderingen av påstander om vold er det tilstrekkelig med en sannsynlighetsgrad som er under sannsynlighetsovervekt.

I vurderingen av § 60 a vil det være et lavere beviskrav for å legge til grunn at det er fare for at barnet blir utsatt for vold og at det at gjenlevende har foreldreansvaret ikke er til bar-

nets beste. Videre er beviskravet for å bevise at gjenlevende skal ha foreldreansvaret og at det er til barnets beste skjerpet. Samlet gjør dette at det skal mye til for gjenlevende å få foreldreansvaret i en slik situasjon.

4.1.9 Barnelovens regler i sammenheng

Reglene i barneloven gir en ikke-voldsutøvende forelder det verktøyet hun eller han trenger for å beskytte barnet mot en voldsutøvende forelder. Dette er i hovedsak på grunn av det vide bevistemaet bestemmelsene oppstiller og det lave beviskravet som er tilstrekkelig ved påstander om vold.

4.2 Saker etter straffeloven

4.2.1 Kort om straffbarhetsvilkårene

Det er fire vilkår som må være oppfylt for at en person skal kunne dømmes til straff.

Det første vilkåret er at handlingen må rammes av et straffebud.

For det første følger det av Grunnloven § 96 at ”Ingen kan dømmes uten etter Lov, eller straffes uten etter Dom”. Dette er et uttrykk for legalitetsprinsippet⁶³, som betyr at det må foreligge hjemmel for å lovlig kunne straffe.

Videre følger det av Grunnloven § 97 at ”Ingen Lov maa gives tilbagevirkende Kraft.” Dette betyr at en lovbestemmelse ikke kan anvendes på et tilfelle som skjedde før den nye lovbestemmelsen ble vedtatt. Hensikten med forbudet er at ”tilbakevirkende lover medfører uklarhet, utrygghet og usikkerhet og fører til at folks tillit til rettsordenen svekkes”.⁶⁴ En borger som i alminnelig grad er oppdatert på hva som er lov og ikke lov i et land kan derfor disponere etter dette, uten å være redd for at en lovlig handling kan bli ulovlig etter at den er begått.

Samlet fører Grunnloven §§ 96 og 97 til at for å dømme noen til straff må personen dømmes etter en straffebestemmelse som var gjeldende på tidspunktet handlingen skjedde.

Det andre vilkåret er at ingen av straffrihetsgrunnene er oppfylt. I dette ligger at selv om et straffebud overtres i en handling, anses noen omstendigheter for å være slik at handlingen må være rettmessig eller unnskyldelig. Rettmessig betyr at handlingen likevel er lovlig fordi den ikke er straffverdig. Unnskyldelig betyr at handlingen i utgangspunktet er straffbar, men på grunn av omstendighetene ser en bort fra straff. Dette knyttes også opp mot

⁶³ Fliflet (udatert) Note 229

⁶⁴ Fliflet (2005) s.398

skyld – dersom gjerningspersonen etter en avveining må overtre straffebudet for å beskytte noe viktigere, vil denne beskyttelseshandlingen føre til at gjerningspersonen ikke kan straffes.

Tredje vilkår er at gjerningspersonen må være strafferettslig tilregnelig. For det første må gjerningspersonen være over den kriminelle lavalder på 15 år, jf. straffeloven § 46. Videre er den som var ”psykotisk eller bevisstløs” eller ”psykisk utviklingshemmet i høy grad” på gjerningstiden ikke tilregnelige, jf. straffeloven § 44.

Fjerde vilkår er at gjerningspersonen må ha handlet med tilstrekkelig grad av skyld. Det følger av § 40 at ”Paa den, der ei har handlet med Forsæt, kommer ikke denne Lovs Straffebestemmelser til Anvendelse, medmindre det udtrykkelig er bestemt eller utvetydig forudsat, at ogsaa den uagtsomme Handling er strafbar.

Hovedregelen etter straffeloven § 40 er altså at gjerningspersonen må ha handlet med forsett, men mindre det følger av straffebudet at også uaktsomhet straffes. Forsett deles i hovedsak inn i tre kategorier; Visshetsforsett, som er når ”gjerningspersonen har sikker kunnskap om at alle elementene i gjerningsbeskrivelsen er til stede eller vil bli oppfylt”⁶⁵, sannsynlighetsforsett, som er når gjerningspersonen handler med bevissthet om at ”handlingen mest sannsynlig oppfylder gjerningsbeskrivelsen i straffebudet”⁶⁶, og hensiktsforsett, som er når ”gjerningspersonen ikke bare er klar over at hans handling kan føre til at gjerningsbeskrivelsen i et straffebud blir oppfylt, men også ønsker å handle i strid med straffebudet”.⁶⁷

Uaktsomhet foreligger når gjerningspersonen ”ikke har opptrådt som en kyndig og omtenk-
som person ville ha gjort”⁶⁸. Det skilles mellom bevisst og ubevisst uaktsomhet, der bevisst

⁶⁵ Eskeland (2006) s. 269

⁶⁶ Mæland (2004) s. 120-121

⁶⁷ Eskeland (2006) s. 271

⁶⁸ Andenæs (2005) s. 243

uaktsomhet er når gjerningspersonen kan ha tenkt over at følgen kan inntre, mens ubevisst uaktsomhet er når gjerningspersonen ikke tenkt over følgen.⁶⁹

Hensynet bak skyldkravet er at gjerningspersonen må kunne bebreides. Dette fordi straff er et onde, som samfunnet ikke ønsker å pålegge noen som ikke kan bebreides.

I det følgende vil gjerningsbeskrivelsen til tre straffebud redegjøres for. Dette er straffeloven §§ 228, 219 og 229, som er de bestemmelsene som klart er relevante for oppgavens tema. Jeg velger å behandle § 228 først, for den er det mest generelle om vold. Jeg behandler deretter § 219, som er den mest relevante spesialbestemmelsen og avslutter med § 229.

For ordens skyld bemerkes det at for å kunne straffes etter disse bestemmelsene må alle fire straffbarhetsvilkår foreligge.

4.2.2 Straffeloven § 228

4.2.2.1 Anvendelsesområdet

Etter straffeloven § 228 første ledd kan ”Den, som øver Vold mod en andens Person eller paa anden Maade fornærmer ham paa Legeme, eller som medvirker hertil, straffes for Legemsfornærmelse med Bøder eller med Fængsel indtil 1 Aar. ”

Første alternative gjerningsbeskrivelse er ”Den, som øver Vold mod en andens Person”. Begrepet ”vold” defineres ikke nærmere i straffeloven eller straffelovens forarbeider. I følge Andenæs er tilfeller som spark og slag klart vold.⁷⁰

Spørsmålet er hva som faller inn under begrepet vold.

⁶⁹ Eskeland (2006) s. 278

⁷⁰ Andenæs (2009) s. 61 og 62

Innledningsvis kan det spørres om vold er definert andre steder i straffeloven. Definisjonen av vold etter straffeloven § 127 om vold mot offentlig tjenestemann er i følge Andenæs definert etter praksis som ”en hvilken som helst kraftanvendelse stor eller liten mot en person for å overvinne en hindring eller en motstand eller å tvinge.”⁷¹ Videre uttaler Andenæs at ”Dette kan man ikke anvende som en generell definisjon, idet problemet ikke er helt det samme ved § 228 som ved § 127. I det siste tilfelle kreves det at volden blir brukt som middel til å tvinge tjenestemannen til noe, og i dette ligger en begrensning. Ved § 228 straffes derimot volden i seg selv...”⁷²

Vold etter § 228 defineres dermed ikke tilsvarende som § 127, fordi vold etter § 127 må være utøvd for å hindre tjenestemann. Det kan likevel trekkes ut av definisjonen at vold handler om en kraftanvendelse mot en annen person.

Det finnes ingen skarp og presis avgrensning av begrepet for anvendelsen etter § 228 og i følge Andenæs må det foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering, der momenter som ”graden av voldsomhet, handlingens krenkende karakter osv.” kan få betydning.⁷³

Barnekomiteens definisjon av vold er som redegjort for i kapittel 1.2 svært omfattende, og rammer all form for fysisk og psykisk vold, uten unntak uansett hvor stor eller liten volden er. Når det må vurderes hvilken grad av voldsomhet og hvor krenkende volden er etter § 228 for å vurdere om handlingen faller inn under voldsbegrepet, er det tydelig at definisjonene ikke er overlappende.

Det andre straffealternativet i bestemmelsen lyder: ”paa anden Maade fornærmer ham paa Legeme”. Etter forarbeidene kan dette være ”Handlinger, hvorved Væmmelse eller andet

⁷¹ Andenæs (2009) s. 62

⁷² I.c.

⁷³ I.c.

legemlig Ubehag vækkes, saasom Besudling, Frembringelse af øresønderrivende Lyd.”⁷⁴
Av dette kan det sluttet at det må være en ubehagelig følelse som påføres en annen person.

Straffeloven § 228 beskytter barn mot vold på lik linje med den beskyttelsen voksne har etter bestemmelsen. Voldsbegrepet er snevert, og vil ikke beskyttelse barn mot vold i like stor grad som barnekonvensjonen krever.

4.2.3 Straffeloven § 219

4.2.3.1 Anvendelsesområdet

Straffeloven § 219 er et straffebud som retter seg spesifikt mot vold i nære relasjoner. Etter ordlyden i første ledd skal den som ved å ”true, tvinge, begrense bevegelsesfriheten til, utøve vold mot eller på annen måte krenke, grovt eller gjentatt mishandler a) sin tidligere eller nåværende ektefelle eller samboer, b) sin eller tidligere eller nåværende ektefelles eller samboers slektning i rett nedstigende linje, c) sin slektning i rett oppstigende linje, d) noen i sin husstand, eller e) noen i sin omsorg straffes med fengsel inntil 4 år.”

Etter annet ledd økes strafferammen til 6 år dersom ”mishandlingen er grov eller fornærmede som følge av handlingen dør eller får betydelig skade på legeme eller helse”. Videre i annet ledd annet punktum fremkommer en ikke uttømmende liste av momenter som kan vurderes for å avgjøre om handlingen er grov. Det skal særlig legges vekt på om mishandlingen ”har vart over lang tid og om det foreligger forhold som nevnt i § 232.”

I motsetning til straffeloven § 228 er det ikke bare vold som straffes. Trusler og tvang, frihetsberøvelse og andre måter å krenke på rammes også. Slike krenkelser dekkes også av andre straffebud, men de rammer ikke de særlige problemstillingene som finnes i saker om vold i nære relasjoner. Det fremheves at dekningsområdet er mer likt barnekonvensjonens

⁷⁴ Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge (1896) s 213

voldsdefinisjon enn § 228. Dette gjør denne bestemmelsen spesialtilpasset for situasjoner med vold i hjemmet.

Hensynet bak regelen er i følge forarbeidene at de generelle straffebudene mot vold ikke i samme grad ”fanger opp kompleksiteten og helheten ved denne typen vold som et eget straffebud kan gjøre”.⁷⁵ Spesielt var det viktig for departementet å ha en ordlyd som fanger opp terrorisering over tid i hjemmet.⁷⁶

Før straffeloven § 219 ble det i praksis lagt vekt på særlige momenter ved vurderingen av vold i nære relasjoner etter de generelle bestemmelsene i straffeloven. Dette ble blant annet gjort i Rt. 2004 s. 844, der det ble uttalt at voldshandlinger ikke alene er avgjørende for straffverdigheten, men at det også skal legges vekt på ”mishandlingens varighet over tid, den psykologiske bindingen mellom gjerningsmannen og offeret, og det at handlingen skjer i hjemmet.”⁷⁷ Videre ble det i Rt.2004 s. 1556 lagt vekt på at voldshandlingene burde sees på som et samlet forhold.⁷⁸ Disse momentene utvidet bevistemaket etter de generelle straffebudene, slik at momenter som var særlig relevante ved vold i nære relasjoner fikk relevans. Flere av momentene er nå innebygget i gjerningsbeskrivelsen i § 219. Likevel tillegges momentene også vekt ved siden av § 219.

Krenkelsene må videre ha gått utover en eller flere av personene som listes opp i første ledd. Dette er personer som er i nære, men ulike relasjoner til gjerningspersonen.

I tillegg må krenkelsen være ”grov eller gjentatt”. Etter forarbeidene skal det ved vurderingen av handlingens grovhet legges vekt på ”om den var egnet til å skape frykt for nye

⁷⁵ Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) kp. 4.3.4

⁷⁶ Ibid. s. 45

⁷⁷ Rt. 2004 s. 844

⁷⁸ Ibid. avsnitt 14

krenkelser.”⁷⁹ Dette vurderingstemaet er spesielt for vold i nære relasjoner. Fornærmede lever gjerne sammen med gjerningspersonen, og fornærmede vet aldri når det skjer igjen. Dersom den ene forelderen blir utsatt for krenkelser av den voldsutøvende forelderen, kan barnet også leve med frykten om at det kan skje igjen. Dette skiller seg fra annen vold, for eksempel blind vold, der fornærmede ikke kjenner gjerningspersonen. Denne frykten er skadelig, jf. skadevirkningene som nevnt i innledningen.

Ved vurdering av om den straffbare krenkelsen er ”gjentatt” skal det ikke legges vekt på om det er samme eller ulikt handlingsalternativ som overtres, så lenge det er flere krenkelser. Det har heller ikke betydning for avgjørelsen om gjentakelsene er nært i tid. Det avgjørende er at alle krenkelsene skal sees i sammenheng.

I Rt. 2012 s. 835 dreides saken seg om en tiltale for mishandling i nære relasjoner, der spørsmålet var om straffeloven § 219 første ledd kunne anvendes når saken omhandlet tre enkeltstående episoder. Tiltalte ble frifunnet av lagmannsretten etter § 219, og andre alternative straffebud ble ikke vurdert. Høyesterett kom til at enkeltepisoder kan rammes av straffelovens § 219 dersom “krenkelsen er tilstrekkelig grov.”⁸⁰ Det var krenkelsen imidlertid ikke i dette tilfellet, og Høyesterett forkastet anken over frifinnelsen av mannen.

Det interessante er Høyesteretts uttalelse i avsnitt 13 om at ”kjerneområdet for bestemmelsen er ifølge forarbeidene «den vedvarende og gjentakende krenkelsen og mishandlingen av den nærstående », jf. Ot.prp.nr.113 (2004-2005) side 37. Det er « det sammenhengende og vedvarende handlingsmønsteret til gjerningspersonen» som bestemmelsen primært er myntet på, jf. proposisjonen side 46.”

Videre i avsnitt 18 ble det uttalt at ”Selv om kjerneområdet for bestemmelsen er den vedvarende mishandling og den utrygghet og redsel som et slikt gjennomgående handlingsmøn-

⁷⁹ Ot.prp.nr.113 (2004-2005)

⁸⁰ Rt. 2012 s. 835, Avsnitt 14

ter hos tiltalte gir opphav til, kan som nevnt også enkeltstående tilfelle av vold og trusler rammes under visse forutsetninger.” Etter dette kan også enkeltstående handlinger rammes av straffeloven § 219, såfremt handlingene er tilstrekkelig grove.

I mange tilfeller er det ikke barnet selv som er blitt direkte utsatt for vold, men barnet har vært vitne til volden. Spørsmålet er om også slike tilfeller faller inn under straffelovens § 219, ved at barnet da også er å anse som fornærmet.

Utgangspunktet i de generelle straffebudene er som nevnt ovenfor at den straffbare handlingen må være begått mot fornærmede. I et tilfelle der den ene forelderen blir utsatt for vold av den andre, er det den forelderen som blir utsatt for vold som er fornærmede og blir vernet etter § 228. Barnet som vitne har da i utgangspunktet ikke vern. Dette var temaet i Høyesterettsdom inntatt i Rt.2011 s. 949. Far hadde mishandlet mor både fysisk og psykisk, noe barnet hadde vært vitne til. Spørsmålet var om denne indirekte virkningen overfor barnet falt inn under gjerningsbeskrivelsen. Høyesterett kom til at bestemmelsen også rammer den indirekte virkning at et barn har vært vitne til vold.

Domsresultatet kan ikke utledes direkte av ordlyden. Høyesterett foretok en grundig rettskildegjennomgang av gjeldende rett.

Høyesterett startet i ordlyden i § 219 og konstaterte at barnet faller inn under ordlydens personkrets, som rammer noen som hører til ens ”husstand” eller som en har ”i sin omsorg”⁸¹.

Videre la retten til grunn at indirekte mishandling ikke falt inn under de spesifikke handlingstypene, slik at det aktuelle vilkår måtte være ”på annen måte krenke.”⁸² Forutsetningen for vilkåret er at handlingen er egnet til å krenke. Høyesterett sa videre at det at et barn har

⁸¹ Rt.2010 s. 949 avsnitt 14.

⁸² Ibid. avsnitt 15.

opplevd en foreldre bli mishandlet kan bli ansett som en krenkelse. Førstvoterende uttalte så: ”For meg blir det da av vesentlig betydning hva en slik indirekte virkning av mishandling nærmere består i, sett i sammenheng med det som er bestemmelsens formål”⁸³. Den indirekte virkningen må ha krenket barnet, for å rammes.

For å vurdere om barnet er blitt krenket trakk førstvoterende inn uttalelser i NOU 2003:31 Retten til et liv uten vold- Menns vold mot kvinner i nære relasjoner⁸⁴. I NOUen trekkes det frem klare synspunkter på at barn blir skadet av å leve i et hjem med vold, fordi barna er ikke bare vitne til volden, men de lever også i den.

På grunnlag av dette uttalte Høyesterett: ”Jeg kan ikke se det annerledes enn at det som departementet her betegner som « kjernen i straffeloven § 219 », fullt ut gjør seg gjeldende også for barn som overværer vold og annen mishandling av sine aller nærmeste. Den vedvarende utrygghet og betydelige risiko for langvarige skadevirkninger for voksne av å leve under systematisk vold, trakassering og annen mishandling, finner vi igjen hos barn som opplever at deres nærmeste utsettes for slike handlinger. Jeg viser til det jeg tidligere har gjengitt fra NOU 2003:31. Jeg finner det da ikke tvilsomt at den indirekte virkning mishandling av barnets nærstående har for barnet, kan representere en krenkelse etter bestemmelsen, slik at § 219 gir barnet et selvstendig vern.”⁸⁵

Etter straffeloven § 219 er det tilstrekkelig at barnet opplever at noen i familien blir mishandlet eller truet – fordi dette i seg selv er skadelig for barnet. På bakgrunn av denne vide gjerningsbeskrivelsen gir denne bestemmelsen dermed barnet et selvstendig vern.

⁸³ Rt.2010 s. 949 avsnitt 17.

⁸⁴ NOU 2003:31

⁸⁵ Rt.2010 s. 949 avsnitt 22

4.2.4 Straffeloven § 229

4.2.4.1 Anvendelsesområde

Etter straffeloven § 229 straffes den ”som skader en anden paa Legeme eller Helbred eller hensetter nogen i Afmagt, Bevidstløshed eller lignende Tilstand, eller som medvirker hertil” for Legemsbeskadigelse. Gjerningsbeskrivelsen omfatter mer alvorlige legemsbeskadigelser enn § 228.

Første spørsmål er når det foreligger skader på ”Legeme eller Helbred?

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden kan skade på legeme eller helbred bety at det må være en forringelse eller ødeleggelse av kroppen eller helsen.

I følge Andenæs ”kan man si det foreligger en skade på legeme så snart det er skjedd en forstyrrelse i legemets anatomiske eller fysiologiske tilstand. Men så hårfint tar man det ikke.”⁸⁶ Ett blåmerke eller risp er videre i følge Andenæs en legemsfornærmelse etter § 228, og ikke legemsbeskadigelse. Grensen mellom legemsfornærmelse og legemsbeskadigelse er ikke klar, og det må foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering. I følge Andenæs er de viktigste momentene i vurderingen ”skadens varighet og omfang.”⁸⁷

Jo mer varig skaden er, jo mindre kreves det av omfanget. Synlige arr er på grunn av dette en legemsbeskadigelse, selv om dette kanskje ikke er en stor skade. Og omvendt - jo større omgang skaden har, desto mindre kreves det av varigheten. Dersom fornærmede blir alvorlig skadet, men at denne skaden kan leges over kortere tid, vil denne skaden også kvalifisere som legemsbeskadigelse.

⁸⁶ Andenæs (2009) s. 84

⁸⁷ I.c.

Skade på helbred er av Andenæs definerer som ”Enhver varig forringelse av sunnhetstilstanden...derimot ikke en forbigående kvalme eller svimmelhet.”⁸⁸ Men har personen blitt påvirket psykisk eller vært sengeliggende som følge av handlingen kan det omfattes.⁸⁹

Annet alternativ for å kunne straffes for legemsbeskadigelse er det å ”hensetter noen i Afmagt, Bevidstløshed eller lignende Tilstand”.

Spørsmålet er hva som faller inn under å hensette noen i avmakt, bevisstløshet eller lignende? Andenæs nevner typiske tilfeller som å slå i svime, kvele til fornærmede besvimer, lure til å ta sovetabletter eller narkotika, forgifte muskulatur, men ikke bevissthet, binde fast og hypnotisere uten samtykke.⁹⁰

Straffeloven § 229 beskytter mot vold som gir større skader enn § 228. Utover dette beskyttes barn på lik linje som voksne.

4.2.5 Medvirkning etter straffeloven §§ 219, 228 og 229

Medvirkningsansvaret er særlig viktig dersom det utøves vold i en familie. Det er tilfeller av at begge foreldrene utøver vold mot barnet. Ofte er det likevel slik at den ene forelderen er offer for vold fra den andre, og/eller den ene forstår at barnet er utsatt for vold av den andre. Det å ansvarliggjøre den ikke-voldsutøvende forelderen kan ha mye å si for å verne barn mot vold.

For å kunne dømmes til straff må det være hjemmel i lov, jf. Grl. § 96. Medvirkning er straffbart etter straffeloven §§ 219, 228 og 229.

⁸⁸ Andenæs (2009) s. 85

⁸⁹ Ibid. s. 85

⁹⁰ Ibid. s. 85 og 86

Etter § 219 tredje ledd straffes medvirkning ”på samme måte”. Etter § 228 første ledd straffes den som medvirkning til å ”øve[r] Vold mod en andens Person eller paa anden Maade fornærmer ham paa Legeme”. Endelig etter § 229 første ledd straffes den som ”medvirker hertil”.

Medvirkningen må ikke ha vært nødvendig for resultatet.⁹¹ I følge Andenæs må medvirker i utgangspunktet ha vært med på foretagende, men ikke vært en nødvendig betingelse.⁹²

Etter dette er det klart at dersom den forelderen som i utgangspunktet ikke utøver vold mot barnet likevel er med, og fysisk eller psykisk utsetter barnet for vold, eller tilrettelegger slik at den voldsutøvende forelderen kan, slik gjerningsbeskrivelsen er i de tre ulike straffebudene, kan den forelderen som i utgangspunktet ikke utøver vold straffes for medvirkning til vold.

I mange tilfeller er ikke den ikke-voldsutøvende forelderen med og utøver volden eller tilrettelegger for den voldsutøvende forelderen. Ofte er det kanskje at den ikke vil, ikke orker eller makter å forholde seg til volden.

Spørsmålet er om denne type passivitet kan straffes som medvirkning til vold etter de samme medvirkningsbestemmelsene?

Dette var temaet i den medieomtalte ”Christoffer-saken”. I Agder lagmannsretts dom LA-2012-92858 ble moren til Christoffer dømt for passiv medvirkning til under særdeles skjerpene omstendigheter å øve vold mot en annen person, jf. straffeloven §§228 første og annet ledd, jf. § 232. Hun ble ikke dømt for dødsfølgen, fordi lagmannsretten fant at hun ikke kunne innsett den muligheten at Christoffer kunne dø. Spørsmålet var om moren gjennom å ikke ta Christoffer ut av hjemmet eller søke hjelp, slik hun hadde plikt til i henhold til for-

⁹¹ Andenæs (2005) s. 326

⁹² Ibid. s. 326

eldreansvaret i barneloven § 30, utviste en slik passivitet at hun hadde et strafferettslig medvirkningsansvar for volden mot Christoffer.

Det er ikke klart hvor langt medvirkningsansvaret rekker, og lagmannsretten vurderte omfanget av ansvaret inngående. Lagmannsretten uttalte at utgangspunktet er at passivitet ikke straffes, og at selv ikke en særlig handleplikt i utgangspunktet er nok for å straffe en passiv handling.⁹³

Likevel er det tilfeller som begrunner straff selv ved passivitet. Lagmannsretten uttalte at "Den særlege tilknytninga mellom foreldre og mindreårige born, dvs omsorgsplikta, tilseier at det ligg føre ei større plikt for foreldra til å hindra straffbare handlingar mot borna enn for andre utanforståande. Andenæs seier i si bok Straffbar unnlattelse, i § 24 at for å kunna likestilla passivitet ved uekte unnlatingsdelikt med aktiv handling, « må der foreligge en særlig forbindelse mellom den unnlattende og den interessekrenkelse straffebudet retter seg mot. »"⁹⁴

Lagmannsretten trakk frem tre teoretikers synspunkt på passiv medvirkning, Andenæs, Husabø og Matningsdal. Husabø mener det kan straffes for psykisk medvirkning selv om hovedgjerningspersonen ikke har kunnskap om medvirkningen, mens Andenæs mener at hovedgjerningspersonen må være kjent med medvirkningen. Matningsdal uttrykker at det ikke kreves at den handlingen medvirkeren har unnlatt ville ha forhindret det straffbare, bare at den ville ha motvirket den straffbare handlingen. I tillegg kreves det at medvirkeren har en særlig plikt til å forhindre overtredelse.⁹⁵

Lagmannsretten uttalte ikke klart hvilken teori som ble lagt til grunn, men uttrykte at det er en flytende grense mellom hendelig uhell, manglende tilsyn, omsorgssvikt og til den straff-

⁹³ LA-2012-92858, dommens s. 18.

⁹⁴ Ibid. s. 18

⁹⁵ Ibid. s. 19

bare handlingen. ”Kvar grensa går mellom omsorgssvikt og straffbar medverking, må derfor avgjerast etter ei konkret vurdering av straffebodet og dei faktiske forholda i det enkelte tilfelle.”⁹⁶

I den konkrete vurderingen la lagmannsretten for det første til grunn at tiltalte den 1. februar 2005 holdt det for overveiende sannsynlig at Christoffer ble utsatt for vold av ektemannen. Dette ble begrunnet i blant annet at Christoffer viste henne et merkelig sår og at hun hørte bråk om natten da ektemannen var inne hos Christoffer. Videre hadde hun kjennskap til andre skader Christoffer hadde hatt, hun visste at Christoffer måtte holdes fast for å roes ned, at skader hadde skjedd om nettene og at det var ektemannen som gikk inn til Christoffer om nettene.⁹⁷

Videre fant lagmannsretten det klart at ektemannen forsto at moren med overveiende sannsynlighet forsto at det var han som hadde skadet Christoffer. Dette ble begrunnet i at hun sa noe som ”huff da” til Christoffer da Christoffer viste henne såret. Poenget var, i følge lagmannsretten, at Christoffer, ”ved å sitera mora sin reaksjon på denne måten, overfor SFO-personalet ville signalisera at mora ikkje hadde teke skaden hans på det alvor han hadde ynskt. Han hadde då også til same personalet gjeve uttrykk for at han hadde så vondt i den armen at han ikkje kunne skriva, jf. ovanfor. Denne reaksjonen frå tiltalte si side var ektemannen klar over denne morgonen, han hadde såleis ei oppfatning av korleis ho stilte seg til situasjonen med omsyn til skade på B.”⁹⁸

Da moren ikke sendte andre signaler til ektefellen, mente lagmannsretten at dette var passivitet som kunne sees på som konkludent adferd. Videre uttalte lagmannsretten at ”Tiltalte var mor til offeret, dvs ein nærare « myndighetsperson » overfor guten enn stefaren, og når ikkje ho reagerte på det ho heldt for overvegande sannsynleg hadde skjedd, og heldt det for

⁹⁶ LA-2012-92858 s. 19

⁹⁷ Ibid. s. 19 og 20

⁹⁸ Ibid. s. 20

overvegande sannsynleg ville skje igjen, låg det føre ein situasjon der « en av de normale hindringer for forbrytelse er ryddet bort .»⁹⁹

Denne kunnskapen lagmannsretten fant at moren senest fikk morgenen 1. februar 2005 ble forsterket da moren ble innkalt til møte på skolen samme dag. Møtet stadfestet og styrket morens kunnskap om voldsutøvelsen. I følge lagmannsretten oppstod det på dette tidspunkt ”ei handleplikt for å motverka, eventuelt hindra nye overgrep.”¹⁰⁰ Begrunnelsen for dette var ”Den særlege handleplikta oppstod som følgje av tiltalte si særlege stilling som den næraste omsorgspersonen for B. Denne handleplikta er etter lagmannsrettens syn eit kjernepunkt i Husabø si framstilling om det straffbare medverkingsansvaret i form av passivitet, og lagmannsretten er samd med Husabø når han seier: « Omsorgsansvaret veg så tungt at foreldre bør ha plikt til å avverja alle typar alvorlege integritetskrenkingar mot barnet».”¹⁰¹

Spørsmålet var deretter hva en slik handleplikt innebar. Det krevdes ikke at moren skulle kontakte barnevern eller politi. Lagmannsretten sa at ”Det som handleplikta for ein omsorgsperson likevel omfattar, er å søkja å hindra eller motverka vidare valdsutøving. Dette hadde tiltalte høve til.”¹⁰² Hun hadde flere muligheter, men gjorde ingenting. Hun dro på jobb, lot Christoffer dra hjem til ektemannen, og hun gikk ikke inn til Christoffer da hun kom hjem om kvelden. Det er ikke gitt opplysninger om moren har gitt ektemannen noe beskjed etter møtet med skolen.

Lagmannsretten uttalte vidare at ”Men sjølv om ektemaken ikkje skulle ha noko grunnlag for å ha nokon oppfatning av tiltalte si haldning til ektemaken si handtering av B etter at ho hadde hatt møtet på skulen, inneber tiltalte sin passivitet samanhalde med den særlege

⁹⁹ LA-2012-92858 s. 20

¹⁰⁰ I.c.

¹⁰¹ I.c.

¹⁰² I.c.

handleplikta ho hadde i kraft av sitt omsorgsansvar, at det ligg føre straffbar medverking.¹⁰³

Det er på dette grunnlag moren til Christoffer ble dømt for passiv medvirkning til vold mot Christoffer. Saken er anket til Høyesterett. Dersom den blir behandlet der, kan avgjørelsen bidra til å avklare flere prinsipielle sider av medvirkningsansvaret i relasjon til barns vern mot vold. Dersom dommen stadfestes kan dommen føre til økt fokus på den forelderen som ikke makter å beskytte barnet sitt, og at det ikke skal være straffritt som forelder å la sitt barn lide under en voldelig forelder.

Dommen kan også ha en preventiv virkning, ved at det signaliseres at det er vel så straffbart å holde tett og ikke beskytte barnet sitt, som å faktisk utøve volden. Det øker insentivet til å si ifra dersom en vet at en kan bli straffet selv. Dersom en forelder ikke makter å gjøre det for å beskytte barnet sitt, kan det hende forelderen kanskje gjør det for seg selv – for å unngå et eventuelt straffeansvar.

4.2.6 Beviskrav

For å idømme straff er hovedregelen at den subjektive og den objektive gjerningsbeskrivelse må være bevist ”utover enhver rimelig tvil”.

Det er ingenting i straffelovens § 219, 228 eller 229 som tilsier at hovedregelen skal fravikes, selv om det er vold mot barn som er temaet. Dette betyr at det skal mye til for å bevise at et barn er blitt utsatt for fysisk eller psykisk vold bak lukkede dører.

¹⁰³ LA-2012-92858 s. 21

4.3 Saker etter straffeprosessloven

4.3.1 Straffeprosessloven § 3

4.3.1.1 Anvendelsesområdet

Etter straffeprosessloven § 3 kan ”Rettskrav som fornærmede eller andre skadelidte har mot siktede, ...etter reglene i kap 29 fremmes i forbindelse med sak som nevnt i § 1 eller § 2, såfremt rettskravet springer ut av samme handling som saken gjelder.”

Sivile rettskrav i straffeprosessen er krav som fremmes i forbindelse med en straffesak. Oftest er dette erstatnings- og oppreisningskrav som fornærmede eller pårørende har som følge av den straffbare handlingen.

Det er flere vilkår som må være oppfylt for å kunne gjøre krav på et sivilt krav i en straffesak.

Første vilkår er at det må dreie seg om et ”rettskrav”. Et rettskrav er i følge Robberstad ”at kravet må kunne underbygges med rettsregler”.¹⁰⁴ Krav må altså kunne forankres i rettsregler. Dette kan både være lovfestede og ulovfestede regler. En situasjon som typisk ikke er forankret i rettsregler er en middagsavtale.

Det andre vilkåret er at det må gjelde et krav som ”fornærmede eller andre skadelidte har mot siktede”.

Dette kan være krav som tilkjennes private, som for eksempel erstatning, oppreisning og familie- og arverettslige krav, som oppløsning av ekteskap eller tap av arverett på grunn av

¹⁰⁴ Robberstad (2009) s. 77

drapsforsøk eller grov mishandling.¹⁰⁵ Videre kan det også være krav som tilkjennes det offentlige, som nedrivning av ulovlig bygg, skatte- og avgiftskrav eller tilleggsskatt.¹⁰⁶

Tidligere, etter straffeprosessloven av 1887, var det kun fornærmede som kunne fremme et sivilt krav i en straffesak.¹⁰⁷ I dag kan også andre skadelidte fremme et sivilt rettskrav.

Denne utvidelsen er særlig aktuell i straffesaker etter straffeloven §§ 228 og 229, der en forelder er utsatt for vold av den andre forelder og barnet har vært vitne til volden. Barnet vil ikke her være fornærmet i straffesaken, fordi barnet ikke selv er blitt utsatt for vold. Likevel vil barnet kunne fremme erstatning- og oppreisningskrav på egenhånd som følge av at barnet kan være skadelidt.

Endelig etter annet vilkår må kravet rettes mot den ”siktete” i straffesaken. Mest aktuelt i denne sammenheng er erstatnings- og oppreisningskrav som en voldsutsatt forelder og/eller barnet krever av en siktet, og senere tiltalt, voldsutøver.

Tredje vilkår er at et sivilt krav kun kan fremmes i ”forbindelse med sak som nevnt i § 1 eller § 2.” Straffeprosessloven § 1 gjelder ”saker om straff” og § 2 gjelder saker om ”overføring til tvungent psykisk helsevern ” etter første ledd nr. 1), ”offentlig sak om inndragning” etter første ledd nr. 2), ”sak hvor ærekrenkelse påstås erklært død og maktesløs” etter første ledd nr. 3) og ”sak om tap av retten til å føre motorvogn mv.” etter første ledd nr. 4). Etter dette kan et sivilt rettskrav kreves i flere type saker enn der utfallet av saken er påstand om straff. Dette betyr blant annet at sivile krav kan fremmes dersom det påstås overføring til tvungen psykisk helsevern fordi gjerningspersonen ikke er tilregnelig.

Fjerde vilkår er at kravet må ”springe ut av samme handling som saken gjelder”. Dette er et

¹⁰⁵ Hov (2009) s. 447

¹⁰⁶ Ibid. s. 447 og 448

¹⁰⁷ Ibid. s. 454

årsakskrav, der det kreves at det er årsakssammenheng mellom det sivile kravet og handlingen straffesaken gjelder.

Vilkåret innebærer for det første at kravet må komme fra den samme handlingen. Det er her snakk om den straffbare handlingen som tiltalte er tiltalt for i straffesaken. Dette betyr at det er tiltalen som styrer hvilken handling som det kan kreves erstatning for.

Videre må kravet være et resultat av denne handlingen, jf. ordlyden ”springe ut av”. Kravet må derfor oppstå som følge av den straffbare handlingen, og kan derfor ikke ha foreligget på et tidligere tidspunkt. For eksempel kan det i en familie der en av forelderen er blitt utsatt for vold av den andre forelderen, i utgangspunktet være grunnlag for flere erstatningskrav. Likevel må erstatning som skal kreves som sivilt krav i en straffesak om vold i familien springe ut av voldshandlingen(e), eller de alternative krenkelsene etter § 219, og ikke andre hendelser som utløser et erstatningsansvar. Slike krav må eventuelt kreves gjennom et eget sivilt søksmål.

Endelig kreves det ikke at den tiltalte dømmes for det straffbare forholdet som det sivile kravet springer ut av for å kunne bli idømt et sivilt krav i straffesaken. Dette ligger i at kravet må følge av handlingen og ikke for eksempel av straffen. Det at den tiltalte ikke blir straffet betyr nødvendigvis ikke at handlingen er skjedd, jf. de ulike beviskravene i de to rettsområdene. Dette kommer jeg tilbake til i neste kapittel.

4.3.1.2 Beviskravet

Det ligger i begrepet ”sivilt rettskrav” at kravet som fremmes i straffesaken er sivilrettslig. Utgangspunktet i sivile saker er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det kunne jo tenkes at fordi hovedsaken er en straffesak så måtte straffeprosessens regler gjelde, også for det sivi-

le rettskravet. Dette er likevel ikke ordningen som er blitt valgt, og sivilprosessens regler kommer til anvendelse for det sivile rettskravet.¹⁰⁸

Dette fører til at beviskravet for å legge til grunn en skadevoldende handling i straffespørsmålet er annerledes, og strengere, enn beviskravet for å legge til grunn den skadevoldende handling i det sivile rettskravet. Dette kan føre til avgjørelser der en som er tiltalt for en straffbar handling blir frifunnet for den straffbare handlingen fordi retten ikke finner det bevist utover enhver rimelig tvil at den tiltalte har utført handlingen, men likevel finner at det er mer sannsynlig at den tiltalte har gjort det han er tiltalt for enn at han ikke har gjort det, og da dømme til å betale erstatning.¹⁰⁹ Det er akkurat dette som var tilfellet i Karmøy-saken, som nevnt i kapittel 3.1.2.

Det følger av uskyldspresumsjonen at en som er siktet for en straffbar handling ikke er skyldig før det motsatte er bevist. Prinsippet er i samsvar med Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK) artikkel 6 nr. 2: ”Enhver som blir siktet for en straffbar handling, skal antas uskyldig inntil skyld er bevist etter loven”, som Norge er bundet av gjennom menneskerettsloven.

Spørsmålet er om det er i strid med uskyldspresumsjonen å frifinnes for straff, men likevel dømme til å betale erstatning for samme handlingen som siktede eller tiltalte ble frifunnet for?

I sak *Rushiti v. Austria*¹¹⁰ har Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) uttalt seg om når en slik situasjon vil være i konflikt med konvensjonen. Uttalelsen er basert på EMD-dom *Sekanina v. Austria*¹¹¹: ”The Court cannot but affirm the general rule stated in the

¹⁰⁸ Hov (2009) s. 45

¹⁰⁹ Ibid. s. 453

¹¹⁰ Case of *Rushiti v. Austria*

¹¹¹ Case of *Sekanina v. Austria*

Sekanina judgment that, following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible. The Court, thus, considers that once an acquittal has become final – be it an acquittal giving the accused the benefit of doubt in accordance with article 6 § 2 – the voicing of any suspicion of guilt, including those expressed in the reasons for the acquittal, is incompatible with the presumption of innocence.”¹¹²

Her uttrykker EMD at det er i strid med uskyldspresumsjonen å så tvil ved en frifinnelse. Dersom det sås tvil ved frifinnelsen gjennom idømmelse av et sivil rettskrav på bakgrunn av at det er funnet bevis for at handlingen er utført, vil dette også kunne være i strid med uskyldspresumsjonen.

Særlig tre norske avgjørelser som er blitt klaget inn til EMD vedrørende denne problemstillingen.

Den første dommen var Rt. 1996 s. 864 ”Ringvold”. Dommen omhandlet en mann som ble tiltalt for voldtekt etter straffeloven § 192 og for seksuell omgang med barn under 14 år etter straffeloven § 195. Fornærmede fremmet sivil erstatningskrav. Mannen ble frifunnet for seksuelle overgrep og det sivile kravet i lagmannsretten. Det sivile rettskravet ble anket til Høyesterett og Høyesterett tilkjente fornærmede oppreisning. Spørsmålet var om det var i strid med uskyldspresumsjonen å tilkjenne erstatning etter frifinnende straffesak.

Høyesterett uttalte om forholdet til EMK artikkel 6 nr. 2 at det var klart at ”...at den nevnte bestemmelse ikke kan være til hinder for at den som er fornærmet ved en handling kan kreve erstatning eller oppreisning av påstått skadevolder selv om han er frifunnet for straff, og at domstolen i en slik sak kan bygge på at saksøkte faktisk har begått den handling han er frifunnet for. Om konvensjonsbestemmelsen overhodet gjelder for behandlingen av slike

¹¹² Case of Rushiti v. Austria

krav, er bestemmelsen iallfall ikke gått for nær så lenge det ikke gis uttrykk for uenighet i avgjørelsen om straff eller reises tvil ved den. Jeg kan ikke se at den ordning man har i norsk straffeprosess om adgang til å pådømme det borgerlige krav etter frifinnende dom, skaper spesielle problemer i forhold til artikkel 6 nr 2...”¹¹³

Her gir Høyesterett først uttrykk for at sivile rettskrav ved frifinnelse ikke er i strid med EMK, og at det ikke er sikkert at EMK engang gjelder for slike tilfeller. Videre gis det uttrykk for Rushiti-uttalelsen, gjennom å si at så lenge kravet ikke gir uttrykk for uenighet eller tvil om frifinnelsen, er ikke dette i strid med EMK.

Videre redegjorde førstvoterende for beviskravet ved sivile rettskrav, og uttalte om dette at ”I en sak av denne karakter mener jeg at det må kreves en klar sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at det påståtte overgrep er begått.”¹¹⁴ På tross av at beviskravet i det sivile rettskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt la Høyesterett her til grunn et strengere beviskrav på grunn av hensynet til belastningen den tiltalte har ved å bli beskyldt for en straffbar handling.

Saken ble innklaget til EMD¹¹⁵. Spørsmålet var om EMK artikkel 6 nr. 2 kunne anvendes på erstatningssaken. Første problemstilling for EMD var om erstatningskravet kunne forstås som en straffesiktelse. EMD kom til at det kunne det ikke, på bakgrunn av at erstatningen var for å gjenopprette en skade, og ikke for å straffe, og at de to sakene ble behandlet separat. Dersom erstatningsavgjørelsen inneholdt uttalelser om straffeskyld kunne derimot artikkel 6 nr. 2 komme til anvendelse. Det var det heller ikke i dette tilfellet. Videre vurderte EMD om erstatningskravet likevel kunne ha en tilknytning til straffesaken. EMD kom til at erstatningsavgjørelsen ikke hadde en slik tilknytning, fordi erstatningssaken ikke var en direkte fortsettelse av straffesaken, og at utfallet av straffesaken ikke var avgjørende

¹¹³ Dommens side 869

¹¹⁴ Dommens side 870

¹¹⁵ Case of Ringvold v. Norway

for erstatningssaken. På bakgrunn av dette kom ikke artikkel 6 nr. 2 til anvendelse, og dommen var dermed ikke i strid med EMK.

Det samme var tilfellet i Karmøy-saken, som nevnt tidligere. Tiltalte ble frifunnet for den straffbare handlingen, men foreldrene til offeret ble tilkjent erstatning for handlingen tiltalte ble frifunnet for. Høyesterett uttalte at det var helt klart etter gjeldende rett at sivile rettskrav kunne idømmes i samme sak som frifinnende straffedom, og at dette var i overensstemmelse med EMK.¹¹⁶

Også denne saken ble innklaget for EMD. Spørsmålet for EMD var om de nasjonale domstolene hadde skapt en klar sammenheng mellom straffesaken og erstatningsspørsmålet. EMD viste til lagmannsrettens dom LG-1998-260-2, der det ble uttalt: ”Lagmannsretten finner etter en samlet vurdering av bevisførselen i saken at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at A har begått de forbrytelser mot D han ble tiltalt for, og at erstatning etter skadeserstatningsloven § 3-5 annet ledd bør tilkjennes D foreldre.”¹¹⁷ EMD mente at Høyesterett opprettholdte dette synspunktet gjennom å opprettholde dommen. Dette på tross av det mer forsiktige språket til Høyesterett.¹¹⁸

EMD uttalte endelig: ”However, in seeking to protect the legitimate interests of the purported victim, the Court considers that the language... overstepped the bounds of the civil forum, thereby casting doubt on the correctness of that acquittal. Accordingly, there was a sufficient link to the earlier criminal proceedings which was incompatible with the presumption of innocence”¹¹⁹

¹¹⁶ Rt. 1999 s. 1363 på side 1375

¹¹⁷ LG-1998-260-2

¹¹⁸ Case of Y. v. Norway avsnitt 45

¹¹⁹ Ibid. avsnitt 46

Her uttalte EMD altså at selv om domstolene hadde bemerket forholdet mellom frifinnelsen og uskyldspresumsjonen, sådde uttalelsene tvil om frifinnelsen.

I den tredje saken, Rt. 2004 s. 321, ble en mann frifunnet for voldtekt i lagmannsretten, og samtidig idømt erstatning for samme handling som han ble frifunnet for. Spørsmålet for Høyesterett var om dette var i strid med uskyldspresumsjonen etter EMK artikkel 6 nr. 2. Høyesterett viste til de to ovennevnte Høyesterettsdommer og uttalte at ”Slik erstatningsvilkårene er utformet, kan man ikke unngå å komme nær opp til en strafferettslig vurdering. Når dette skal gjøres, uten å rokke ved frifinnelsen, må retten etter mitt syn ta utgangspunkt i det som blant annet skiller rettsfølgene, nemlig kravet til bevis for at vilkårene er oppfylt. Å legge til grunn at det objektivt sett foreligger en overtredelse av straffeloven § 192, kan ikke unngås. Det samme gjelder de subjektive vilkår for erstatning. Det som må unngås, er tvil om frifinnelsen var korrekt, ut fra det strenge beviskrav som gjelder i straffesaker.”¹²⁰

Videre viser Høyesterett til lagmannsrettens konklusjon: ”Lagmannsretten konkluderer ... med « at det foreligger en klar sannsynlighetsovervekt for at A denne natten hadde samleie med B og at dette samleiet ikke var frivillig fra Bs side ». Dette kan etter mitt syn ikke ses som noe angrep på frifinnelsen. Det går heller ikke lenger enn hva som er nødvendig for å konstatere at erstatningsvilkårene er til stede. Det samme gjelder når lagmannsrettens flertall uttaler at det er klar sannsynlighetsovervekt for at A skjønnte at B ikke ønsket noen seksuell omgang med ham, og « at A ved bruk av vold har tiltvunget seg samleie med B ».

Denne kjennelsen ble også klaget inn for EMD. Spørsmålet for EMD var om behandlingen av erstatningsspørsmålet hadde så nær tilknytning til frifinnelsen i straffesaken at det ble sådd tvil ved frifinnelsen. EMD uttalte at lagmannsretten i dens begrunnelse for erstatningskravet fremhevet momenter som dekker vilkårene for å dømme til straff for voldtekt.¹²¹ En av uttalelsene det ble siktet til var lagmannsrettens flertall som uttalte:

¹²⁰ Rt.2004 s. 321 avsnitt 30

¹²¹ Case of Orr. v. Norway avsnitt 51

”Flertallet ... finner ut fra bevisførselen at det er en klar sannsynlighetsovervekt for at A skjønnte at B ikke ønsket noen seksuell omgang med ham, men at han likevel tiltvang seg samleie ved å benytte en slik grad av vold at handlingen lot seg gjennomføre. Det er ikke tale om alvorlig voldsbruk, bare om overmanning ved fastholding av Bs armer. Selv om fornærmede hadde handlingsalternativer for å unnsnippe situasjonen, som hun av forskjellige grunner ikke fant å kunne benytte, endrer ikke det handlingens grunnleggende karakter av forsettlig krenkelse med bruk av vold.”¹²²

EMD uttalte at på tross av at lagmannsretten fremhevet flere steder at beviskravet for erstatningskravet var lavere enn for straffesaken, og de to spørsmål ble vurdert separat, sådde uttalelsen tvil ved frifinnelsen. I tillegg stadfestet Høyesterett dommen og uttalte at den var i samsvar med EMK artikkel 6 nr. 2. Dette var i følge EMD i strid med EMK.¹²³

Det følger etter dette av EMD-praksis at det ikke er i strid med uskyldspresumsjonen å frifinne for straff, og samtidig dømme til å betale erstatning for samme handlingen som tiltalte ble frifunnet for. Det som derimot er i strid med uskyldspresumsjonen er å så tvil ved om frifinnelsen er riktig. Såfremt domstolen gjennom behandlingen av erstatningskravet ikke uttrykker seg tvilende til den frifinnende dommen, er dette i overensstemmelse med uskyldspresumsjonen. Når Høyesterett i 2004 uttrykker akkurat dette om forholdet til uskyldspresumsjonen, og likevel blir dømt i EMD, kan dette være, som Andenæs uttrykker det, ”lettere sagt enn gjort.”¹²⁴

¹²² LE-2003-60

¹²³ Case of Orr. v. Norway

¹²⁴ Andenæs (2010) s. 457

4.3.2 Straffeprosessloven § 222 a

4.3.2.1 Anvendelsesområdet

Etter straffeprosesslovens § 222 a første ledd kan ”påtalemyndigheten ... nedlegge besøksforbud dersom det er grunn til å tro at en person ellers vil a) begå en straffbar handling overfor en annen person, b) forfølge en annen person, eller c) på annet vis krenke en annens fred.”

Bestemmelsen gir hjemmel til å hindre at den voldelige forelderen er i kontakt med den andre forelderen eller barnet.

Det mest relevante alternativet her er bokstav a) der det må være ”grunn til å tro at en person ellers vil begå en straffbar handling overfor” den besøksforbudet skal verne.

I følge forarbeidene må det ”på grunn av særlige forhold antas å foreligge risiko for at den forbudet vil rette seg mot, ellers ville begå en straffbar handling overfor, forfølge eller på annet vis krenke den annens fred.”¹²⁵

For det første følger det av forarbeidene at det må være ”særlige forhold” som ligger til grunn for besøksforbudet. Slike særlige forhold kan være ”tidligere straffbare handlinger, tidligere anmeldelser og fremsatte trusler”¹²⁶. Dette ble uttalt under kapittel 4.1.4.1 om gjeldende rett, og videreført i lovendringen som fulgte av Ot.prp.nr.109 (2001-2002), jf. kapittel 4.1.4.2.

Dersom en forelder er blitt utsatt for vold av en voldsutøvende forelder eller fått trusler om vold, vil dette kvalifisere til slike ”særlige forhold” etter forarbeidene.

¹²⁵ Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) kapittel 4.1

¹²⁶ Ibid. kapittel 4.1.4

Dersom det er fare for vold mot vedkommende selv eller barnet, kan den ikke-voldsutøvende forelderen etter dette begjære at det besluttes besøksforbud mot voldsutøveren.

Videre følger det av straffeprosessloven § 222 a at besøksforbudet må oppfylle kravene i straffeprosessloven § 170 a.

Etter straffeprosessloven § 170 a kan et tvangsmiddel ”brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmidlet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.”

§ 170 a skal anvendes på tvangsmidler etter kapittel 4. I følge forarbeidene er ikke ”besøksforbud...et tvangsmiddel, men et forebyggende tiltak. Men reglene står i straffeprosesslovens fjerde del. Og det følger klart av forarbeidene til § 170 a at bestemmelsen skal gjelde for alle bestemmelsene i del 4, se Ot.prp. nr. 64 (1998-99) side 163. Vilkårene i § 170 a gjelder derfor også for besøksforbud.”¹²⁷

For det første kan besøksforbudet kun brukes dersom det er ”tilstrekkelig grunn til det”. Straffeprosessloven § 170 a setter en begrensning, der alle tvangsmidler som utføres må være et forholdsmessige inngrep. Om dette uttales det i forarbeidene: ”Henvisningen til § 170 a i første ledd siste punktum innebærer at omfanget av besøksforbudet må være forholdsmessig. Høyesteretts kjæremålsutvalg har lagt opp til at det skal foretas en interesseavveining, slik at hensynet til den forbudet rettes mot, veies mot hensynet til den det skal beskytte (Rt. 1998 side 1638). Aktuelle momenter i avveiningen kan være risikoen for alvorlige overgrep og den krenkedes alder.”¹²⁸

¹²⁷ Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) kp.4.1.6.1

¹²⁸ Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) kap. 8.2

Etter interesseavveiningen må altså hensynet til den eller de voldsutsatte veie tyngre enn hensynet til voldsutøveren for at besøksforbudet skal være forholdsmessig. Risikoen for alvorlige overgrep er ett av momentene som nevnes i forarbeidene.

Dette betyr at dersom det er mulig å oppnå målet ved å bruke et mindre inngripende tvangsmiddel, skal det minst inngripende velges. Typisk vil det være mindre inngripende å beslutte besøksforbud enn varetektsfengsling dersom det er fare for vold mot en familie, så fremt familien i tilstrekkelig grad er beskyttet mot voldsutøveren gjennom besøksforbudet.

Muligheten til å beslutte besøksforbud verner barn mot vold ved at voldsutøveren får et insentiv til å ikke ta kontakt. De har søkelyset rettet mot seg, og ønsker å fremstå så normale og stabile som mulig, og avkrefte påstanden om vold. Dette gjelder særlig dersom de er involvert i andre saker, for eksempel barnevernssak eller barnefordelingssak etter barneloven.

På tross av dette kreves det at politiet beslutter å ilegge besøksforbud. I et tilfelle der det pågår en sak etter barneloven, og politiet får kunnskap om dette, er det tilfeller der politiet velger å ikke ilegge besøksforbud for å ikke bli utnyttet i barnesaken. Det er sikkert tilfeller der noen bruker politiet på den måten. Likevel vil det at politiet ikke tar påstander om vold seriøst påvirke beskyttelsen av barnet.

4.3.2.2 Beviskravet

Beviskravet etter straffeprosessloven § 222a er når det er ”grunn til å tro”.

Beviskravet i strafferetten er at gjerningsbeskrivelsen i straffebudet må være bevist utover enhver rimelig tvil. Dette gjelder for å dømmes til straff. Besøksforbud er et type tvangs-

middel som har til hensikt å unngå at en person begår en straffbar handling. Dette er ikke en straffereaksjon¹²⁹, og det strenge beviskravet i strafferetten kreves ikke.

Bestemmelsens ordlyd, ”grunn til å tro”, taler for at retten ikke må være sikker, men at det er holdepunkter for at straffbar handling kan skje.

Etter forarbeidene innebærer ordlyden ”at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at en slik handling vil finne sted. Men noe i det konkrete saksforholdet må gi grunn til å tro at den forbudet skal rette seg mot, ellers vil begå en av de aktuelle handlingene; en teoretisk risiko er ikke nok.”¹³⁰

I forarbeidene vises det videre til en kjennelse fra 1998 der beviskravet i besøksforbudssaker utdypes. Kjennelsen inntatt i Rt. 1998 s. 1638, og omhandlet en tidligere straffet overgriper som ble ilagt besøksforbud fordi han ble siktet for forsøk på utuktig omgang med 13 åring. Kjennelsen var etter den tidligere ordlyden i § 222 a, og på tross av at bestemmelsen er realitetsendret etter siste lovendring, viser forarbeidene til Høyesteretts kjæremålsutvalgs uttalelse om beviskravet: ”Lovkravet om at det på grunn av ”særlige forhold” må antas å foreligge en risiko, må forstås slik at risikoen må være nærliggende og reell uten at det kreves at det foreligger sannsynlighetsovervekt.”¹³¹

Høyesterett uttalte videre om hensynene bak begrunnelsen, at ”dette tilsies også av reelle hensyn. Hensynet til den mulige overgriper står mot den som kan bli krenket. Et krav om sannsynlighetsovervekt før et forbud kunne iverksettes, ville medføre at selv en nærliggende grad av risiko for eksempelvis grov vold eller grove seksuelle overgrep ikke kunne møtes med et forbud.”

¹²⁹ Hov (2009) s. 462.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) kp. 8.2

¹³¹ Ot.prp. nr. 109 (2001-2002)

Videre følger det av forarbeidene at risikoen vurderes ut i fra tidligere handlinger, trusler eller andre særlige forhold som tyder på at det er fare for overgrep.¹³²

Ordlyd, forarbeider og praksis er tydelig på at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for å beslutte besøksforbud.

At beviskravet er lavt for å ilegge et besøksforbud verner barn mot vold ved at dersom det er en viss risiko for at den ene forelderen og/eller barnet kan bli utsatt for vold, kan man få hjemmel til å kreve at den voldsutøvende holder seg unna. Dersom den ikke følger besøksforbudet kan voldsutøveren bli straffet etter straffeloven § 342. Det må ikke bevises at det har skjedd noe, og det må heller ikke være klart at det vil skje noe. Bare at det kan være sannsynlig.

4.3.3 Straffeprosessloven § 184 annet ledd, jf. § 171

4.3.3.1 Anvendelsesområde

Etter straffeprosessloven § 184 annet ledd kan fengsling besluttes dersom ”vilkårene etter §§ 171, 172 eller 173 annet ledd er til stede og formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188”. § 184 annet ledd henviser her til vilkårene for pågrepelse etter § 171.

Etter § 171 første ledd om pågrepelse kan den som ”med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder, ...pågripes”. Dette er grunnvilkåret for fengsling. I tillegg må ett av de fire fengslingsgrunnene etter § 171 første ledd være oppfylt: ”1) det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler, 2) det er nærliggende fare for at han vil forspille bevis i saken, f eks ved å fjerne spor eller påvirke

¹³² Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) pkt. 8.2

vitner eller medskyldige, 3) det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder, 4) han selv begjærer det av grunner som finnes fyldestgjørende.”

I tillegg må varetektsfengsling være forholdsmessig, jf. straffeprosessloven § 170 a.

Spørsmålet er hvordan varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 184, jf. § 171 beskytter barn mot vold?

Varetektsfengsling beskytter kun gjennom å hindre den voldsutøvende forelderen i å oppsøke barnet og kunne begå nye overgrep i varetektsperioden.

4.3.3.2 Beviskrav

Det første som må bevises er ”skjellig grunn til mistanke”. I følge Andenæs betyr uttrykket god eller rimelig grunn, der det må foreligge en kvalifisert mistanke. Det kreves imidlertid ikke mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹³³

Etter første alternative vilkår er beviskravet at ”det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler”. Spørsmålet er hva som kreves?

Begrepet ”grunn til å frykte” for unndragelse taler for at det må ”foreligge konkrete, objektive holdepunkter i den enkelte sak for at unndragelse kan anses sannsynlig.”¹³⁴ Det må altså kunne begrunnes, men i følge Andenæs kreves det ikke alminnelig

¹³³ Andenæs (2010) s. 285

¹³⁴ Haugland (2012) note 1004

sannsynlighetsovervekt.¹³⁵

Beviskravet etter annet alternativ er at ”det er nærliggende fare for at han vil forspille bevis i saken”. Etter en naturlig språklig forståelse tilsier en nærliggende fare noe mer håndfast enn ”grunn til å frykte”. I følge Andenæs er ikke en mulighet for bevisforspillelse nok¹³⁶, det må foreligge ”sannsynlighetsovervekt for at han vil komme til å bruke denne muligheten.”¹³⁷

Etter tredje alternativ er beviskravet at ”det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling...”. Hva er tilstrekkelig for at noe antas påkrevd?

På den ene siden taler ”påkrevd” for at varetekt må være nødvendig. På den andre siden taler ”antas” for at det er nok med en form for mistanke. I følge Andenæs må det foreligge ”sterk grad av sannsynlighetsovervekt for gjentakelse”.¹³⁸

Fjerde alternativ krever at ”det av grunner som finnes fyldestgjørende”. Grunner som finnes fyldestgjørende kan etter en naturlig språklig forståelse tale for at det må foreligge gode grunner. Andenæs nevner at slike grunner kan være at det er en fordel å sitte i varetekt når en venter på å sone en dom, og for beskyttelse fra andre kriminelle.¹³⁹

Etter dette er det varierende grader av sannsynlighet som må foreligge for at et fengslingsalternativ skal være oppfylt.

¹³⁵ Andenæs (2010) s. 287

¹³⁶ I.c.

¹³⁷ Haugland (2012) note 1007

¹³⁸ Andenæs (2010) s. 289

¹³⁹ I.c.

4.4 Straff i sammenheng

Straffebud med et så vidt bevistema at det er mulig å bevise at en eller begge foreldre har utøvd vold mot et barn eller latt barnet være vitne til vold, verner barn mot vold på flere måter.

For det første vil en som dømmes for vold etter §§ 219, 228 eller 229 som regel få fengselsstraff. Dette følger av bestemmelsenes ordlyd. Videre øker straffen etter begge bestemmelsene dersom handlingen er grov.

Fengsel verner barnet ved at voldsutøveren ikke går fri og da ikke kan begå nye overgrep mens han eller hun soner. Fengsel vil dermed gi et midlertidig vern. I det gjerningspersonen har sonet ferdig må andre tiltak iverksettes for å verne barnet. Det er i dette skjæringspunktet barneloven og barnevernloven kommer inn.

Også før en dom vil strafferetten kunne gi beskyttelse. En anmeldelse av straffbart forhold vil kunne gi grunnlag for varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 184 annet ledd, jf. straffeprosessloven § 171 eller besøksforbud etter straffeprosessloven § 222 a. Varetektsfengsling gjør at voldsutøveren i en periode fysisk vil være avskåret fra å være i kontakt med familien, mens besøksforbud fungerer som en psykisk sperre, der straffeansvaret ved brudd vil kunne være individualpreventivt.

Videre vil en etterforskning av det straffbare forholdet øke sjansen for at handlingene blir dokumentert. Om bevisene ikke er sterke nok til å dømme voldsutøveren til straff, kan de være sterke nok, isolert eller sammen med andre opplysninger, til å bevise at det for eksempel er det beste for barnet å ikke ha samvær.

Beviskravet i straffesaker vil på grunn av uskyldpresumsjonen ikke endres eller anvendes på en annen måte av hensyn til å beskytte et barn mot vold. Likevel tas det hensyn til bar-

net, ved at hensynet til barnet ligger allerede inne i gjerningsbeskrivelsen i de ulike straffebudene som er relevante. Særlig gjelder dette straffeloven § 219.

På tross av de nevnte faktorene der strafferetten verner barn mot vold, fører det strenge beviskravet, de nokså snevre gjerningsbeskrivelsene og at konsekvensen av å bli dømt til straff er kortvarig, til at strafferetten samlet sett gir barn som blir utsatt for vold et svakt vern. Det er på grunn av dette ikke her det effektive vernet av barn ligger.

4.5 Saker etter barnevernloven

Barnevernet skal gi hjelp til barn som har det vanskelig hjemme. Dette består blant annet i ”å sikre at barn og unge som lever under forhold som kan skade deres helse og utvikling, får nødvendig hjelp og omsorg til rett tid”, og ”bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår.”, jf. Barnevernloven av 17. juli 1992 § 1-1. For å oppfylle dette tilrettelegger barnevernet som hovedregel hjelpetiltak for å bedre situasjonen i hjemmet, men det kan også om nødvendig fattes inngripende tvangsvedtak.

Barnevernet er en av mange grener i forvaltningen og forvaltningsloven av 10. februar 1967 gjelder som en ”fane” over barnevernloven. Reglene for behandling av forvaltningsaker gjelder derfor tilsvarende for barnevernssaker, jf. barnevernloven § 6-1, med mindre barnevernloven uttrykkelig fraviker aktuelle bestemmelser eller har spesialbestemmelser som da går foran forvaltningsloven.

Forvaltningssaker er regnet som sivile saker. På grunn av dette gjelder sivilprosessens regler, og utgangspunktet for beviskravet er dermed alminnelig sannsynlighetsovervekt. I forbindelse med vurderinger etter barnevernloven uttrykker Ofstad og Skar dette slik: ”De generelle beviskravene er imidlertid knapt omtalt. Uten andre holdepunkter må det derfor legges til grunn at beviskravet i barnevernsaker i utgangspunktet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.”¹⁴⁰ Beviskravet i saker etter barnevernloven er etter dette alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Barnevernet skal påse at saker som det treffes vedtak i er ”så godt opplyst som mulig”, jf. forvaltningsloven § 17. Dette er standarden bevisene måles i fra forvaltningens side når forvaltningen treffer vedtak. Dersom et vedtak ikke påklages er det faktumet forvaltningen fant ved undersøkelse som legges til grunn og finnes bevist. Det er ikke gitt at dette er like

¹⁴⁰ Ofstad (2004) s. 110

strengt som alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹⁴¹

Saker som skal behandles av fylkesnemnda og eventuelt domstolen, må likevel oppfylle kravene til alminnelig sannsynlighetsovervekt for at vedtaket skal stå seg.

Barnevernet kan gjennomføre inngripende tiltak mot foreldre og barn med hjemmel i barnevernloven kapittel 4. Det sentrale i disse sakene er at det er flere parter med ulike interesser som må veies mot hverandre. Den ene siden av vektskålen er foreldrene, som kan bli fratatt barnet sitt og kan oppleve dette som så inngripende at det føles som straff. Den andre siden av vektskålen er et barn som kan ha blitt utsatt for og/eller vitne til vold, og har opplevd en utrygg hverdag på bakgrunn av foreldrenes handlinger.

Det skilles i det følgende mellom ulike type saker og tiltak barnevernet har ansvar for. Dette fordi tiltakene har varierende grad av inngripende karakter på foreldre og barn, og dette kan ha relevans for vurderingen av hjemlenes beskyttelse.

Det avgrenses mot hjemler som ikke har direkte relevans i et tilfelle der det er vold i hjemmet.

4.5.1 Barnevernloven § 4-1

4.5.1.1 Anvendelsesområdet

Etter barnevernloven § 4-1 skal det ” ved anvendelse av bestemmelsene i dette kapitlet ... legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet.” Kapitlet det henvises til er kapittel 4 om særlige tiltak.

Spørsmålet er hvordan § 4-1 verner barn mot vold.

¹⁴¹ Graver (2004) s. 469

Barnets beste er et overordnet prinsipp som betyr at i avgjørelser etter kapittel 4 i barnevernloven skal det legges avgjørende vekt på hva som er det beste for barnet.

I følge Ofstad og Skar¹⁴² skal vilkårene etter tiltaket som vurderes være oppfylt, før det tas en vurdering av om tiltaket vil være det beste for barnet. Dette betyr at dersom vilkårene i tiltaksbestemmelsen ikke er oppfylt, skal ikke barnets beste etter § 4-1 vurderes.

Vurderingen av hva som er det beste for barnet er en konkret helhetsvurdering. Etter § 4-1 annet punktum nevnes to hensyn som skal tillegges vekt. Dette er ”å gi barnet stabil og god voksenkontakt” og ”kontinuitet i omsorgen”. Listen er ikke uttømmende, og andre forhold kan dermed tillegges vekt.

Hensynet til å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen skal ifølge Innst. O. nr. 80 (1991-1992) forstås som at ”man understreker betydningen av kontakt med de biologiske foreldre, også når barnet er i omsorg utenfor familien.”¹⁴³ Hensynene tilsier at barnet for det første ikke skal flyttes frem og tilbake mellom biologiske foreldre og fosterforeldre. For det andre skal barnet ha kontakt med de biologiske foreldrene, slik at for eksempel en tilbakeføring vil gå fint for barnet. Dersom barnet ikke har hatt kontakt med foreldrene på flere år, vil en tilbakeføring til foreldrene kunne virke skremmende og ustabil. Dersom barnet er blitt utsatt for fysisk eller psykisk vold vil det å ha kontakt med de voldsutøvende foreldrene kunne være retraumatiserende og hindre utviklingen til barnet. Dette er et moment som trekker i den andre retningen.

Videre følger det av forarbeidene at ”Bare de momenter som har betydning for barnet skal trekkes inn ved vurderingen, og det skal ikke legges vekt på hensynet til foreldrene i de tilfelle hvor foreldrenes og barnets interesser er motstridende.”¹⁴⁴ Dette er et tydelig signal

¹⁴² Ofstad (2004) s. 54

¹⁴³ Innst. O. nr. 80 (1991-1992) kap. 3.4

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 28

fra lovgiver om at på tross av at foreldrene opplever vedtaket som inngripende, skal ikke dette hensyntas, men mindre grunnlaget for dette også taler for det beste for barnet.

I vurderingen av hva som er barnets beste skal både situasjonen før tiltaket og situasjonen etter tiltaket vurderes opp mot barnets beste, jf. Ofstad og Skar.¹⁴⁵ Et tiltak må på grunn av dette føre til det bedre for barnet enn om tiltaket ikke ble gjennomført.

Videre følger det av forarbeidene at også ”barnets eget ønske i forbindelse med tiltak... tillegges stor vekt...”¹⁴⁶ Dette følger også generelt av barnevernloven § 6-3, om barnets rett til å bli hørt i en barnevernssak. Etter første ledd skal ”Et barn som er fylt 7 år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, ...informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne. Barnets mening skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.”

Spørsmålet er så om påstander om vold kan tillegges vekt i vurderingen av hva som er det beste for barnet?

I det rettskildematerialet jeg har funnet nevnes ikke denne problemstillingen uttrykkelig. Likevel kan den tolkes inn under flere av de nevnte momenter, i tillegg til at vold er et sentralt tema for eksempel ved vurderingen av omsorgsovertakelse etter § 4-12 bokstav c.

§ 4-1 er en aksessorisk bestemmelse, som må anvendes sammen med andre hjemler i barnevernloven. Den gir dermed ikke barn beskyttelse mot vold i seg selv. Men den angir at det skal tas avgjørende hensyn til barnets beste når tiltak skal treffes. Dette betyr at i en interesseavveining mellom foreldrene og barnet, vil det beste for barnet måtte tillegges mer vekt.

¹⁴⁵ Ofstad (2008) s. 60

¹⁴⁶ Innst. O. nr. 80 (1991-1992) kap. 3.4

4.5.1.2 Beviskrav

Spørsmålet er hva som kreves for å legge til grunn at noe er til det beste for barnet?

Utgangspunktet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dersom det er mer sannsynlig at noe er til det beste for barnet enn at det ikke er det beste for barnet, skal det som er mer sannsynlig best for barnet ha avgjørende betydning.

Lindboe uttaler i forbindelse med beviskravet i § 4-1: "Men hvis oppfyllelse av lovens materielle vilkår åpner for adgang til tiltak, må det ved tvil være avgjørende hvorvidt tiltaket mest sannsynlig, dvs. alminnelig sannsynlighetsovervekt, vil være til barnets beste."¹⁴⁷

Videre er spørsmålet hvilket beviskrav som gjelder for å legge til grunn en anførsel om vold i vurderingen av barnets beste.

Verken loven, forarbeider eller praksis uttrykker noe som tilsier at beviskravet skal fravikes, og det kan da antas at det gjelder et krav om sannsynlighetsovervekt.

4.5.2 Barnevernloven § 4-2

4.5.2.1 Anvendelsesområde

Det følger av barnevernloven § 4-2 at "Barneverntjenesten skal snarest, og senest innen en uke, gjennomgå innkomne meldinger og vurdere om meldingen skal følges opp med undersøkelser etter § 4-3." § 4-2 omhandler barnevernets saksbehandling når barneverntjenesten mottar bekymringsmeldinger.

På hvilken måte verner denne bestemmelsen barn mot vold?

¹⁴⁷ Lindboe (2007) s.185.

For det første innebærer denne bestemmelsen at barnevernet har en frist for å gjennomgå og vurdere meldinger som kommer inn. Dette skal føre til at saker ikke blir liggende.

For det andre har barnevernet en plikt til sjekke opp alle meldinger etter dette, og vurdere om saken skal undersøkes. Den lovhjemlede fristen for oppfølging gjør at det kreves en viss fortgang i behandlingen, og skal blant annet forhindre at bevis forspilles. I tillegg gjør dette at det raskere vil kunne være mulig å beskytte barnet i form av tiltak.

§ 4-2 henviser til § 4-3, som jeg behandler i neste kapittel.

I et tilfelle der barnets foreldre ikke bor sammen, og den ene forelderen har fast bosted, mens den andre har samvær, kan det være en problemstilling hva barnevernet må gjøre dersom det mistenkes at barnet blir utsatt for vold hos samværsforelderen. Dette er fordi barnevernet ikke kan endre avtaler foreldrene har inngått etter barneloven. Det kan derfor tenkes tilfeller der barnevernet avstår fra å hjelpe dersom den ikke-voldsutøvende forelderen ber om hjelp.

Likevel har barnevernet plikt til å hjelpe barn, uansett om de er hos bostedsforelderen eller på samvær. Det følger av Veileder om barnevernets rolle ved mistanke om overgrep under samvær av Barne- og likestillingsdepartementet at ”Barnevernet kan imidlertid ikke stanse et barns samvær med samværsforelderen, men barnevernet kan råde bostedsforelderen til å gjøre dette, og gi vedkommende nærmere veiledning omkring hvordan dette kan skje. Barnevernet kan også veilede bostedsforelderen om hvilken hjelp man kan få på familievernkontoret, man kan tilby hjelp til politianmeldelse, eller videre henvisning til helsetjenesten.”¹⁴⁸

¹⁴⁸ Q-1121 4. juli 2006 kapittel 4

Dersom en bostedsforelder har meldt samværsforelderens til barnevernet på grunn av mistanke om vold, vil dette være fordi bostedsforelderens trenger hjelp til å beskytte barnet. Det er derfor viktig at barnevernet behandler meldinger som kommer inn, på tross av at barnevernets formelle inngrepsmuligheter her er snevrere.

4.5.2.2 Beviskrav

§ 4-2 hjemler en plikt barnevernet har til å gjennomgå innkomne meldinger. Bestemmelsen omhandler ikke noe vilkår som skal bevises, utover plikten til å gjennomgå meldingene. Det blir derfor unaturlig å si noe om beviskrav her.

4.5.3 Barnevernloven § 4-3 første ledd

4.5.3.1 Anvendelsesområdet

Etter barnevernloven § 4-3 første ledd skal barnevernet ”dersom det er rimelig grunn til å anta at det foreligger forhold som kan gi grunnlag for tiltak etter dette kapitlet, ... snarest undersøke forholdet, jf. frister inntatt i § 6-9.”

Spørsmålet er hvordan regelen om undersøkelse verner barn mot vold.

Bestemmelsen hjemler barnevernets rett og plikt til å foreta undersøkelser når det er mistanke om at et barn utsettes for vold. I følge forarbeidene er bestemmelsen ”formulert som en pliktbestemmelse, dvs. at det er tjenesteforsømmelse om undersøkelse ikke blir foretatt.”¹⁴⁹

Vilkåret for at barneverntjenesten har rett og plikt til å utføre undersøkelser er at barneverntjenesten har ”rimelig grunn til å anta at det foreligger forhold som kan gi grunnlag for tiltak”.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 107

Etter ordlyden må vilkåret om ”rimelig grunn til å anta” vurderes ut i fra hvilket tiltak som er aktuelt. For eksempel må barnevernet ha ”rimelig grunn til å anta” at et barn utsettes for ”alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling”, for å ha rett og plikt til å sette i gang undersøkelser om mulig omsorgsovertakelse etter § 4-12.

For at barnevernet skal få informasjon om et barn, slik at barnevernet får en plikt til å undersøke forholdet, må noen som innehar denne informasjonen gi den til barnevernet. Etter barnevernloven § 6-4 annet ledd skal ”offentlige myndigheter...av eget tiltak, uten hinder av taushetsplikt, gi opplysninger til kommunens barneverntjeneste når det er grunn til å tro at et barn blir mishandlet i hjemmet eller det foreligger andre former for alvorlig omsorgssvikt, jf. §§ 4-10, 4-11 og 4-12,...”. Etter dette har offentlige myndigheter plikt til å melde i fra til barnevernet når de mistenker at et barn utsettes for overgrep. Dette har de plikt til på tross av lovpålagt taushetsplikt. Videre følger det av annet punktum at offentlig myndighet også er ”organisasjoner og private som utfører oppgaver for stat, fylkeskommune eller kommune”. Endelig følger det av § 6-4 tredje ledd at opplysningsplikten også gjelder for ”yrkesutøvere i medhold av helsepersonelloven, psykisk helsevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven, lov om familievernkontorer, meklingsmenn i ekteskapsaker (jf. lov om ekteskap), samt friskolelova...”. Barnevernet skal på denne måten få informasjon fra personer som kjenner barnet og/eller treffer barnet i situasjoner der overgrep kan fanges opp. Jeg kommer tilbake til opplysningsplikten etter § 6-4 i kapittel 4.5.4.

Når barnevernet får bekymringsmeldinger, skal barnevernet ”snarest, og senest innen en uke, gjennomgå innkomne meldinger og vurdere om meldingen skal følges opp med undersøkelser etter § 4-3.”, jf. § 4-2.

Det er barnets totale omsorgssituasjon som skal undersøkes. Dersom barnets foreldre bor hver for seg, skal både barnets omsorgssituasjon hos forelderen der barnet har fast bosted og samværsforelderen undersøkes. Dette følger blant annet av §4-3 tredje ledd om at ”Foreldrene eller den barnet bor hos, kan ikke motsette seg at en undersøkelse som nevnt i førs-

te ledd blir gjennomført ved besøk i hjemmet.”(min utheving). Selv om barnevernet ikke kan be fylkesnemnda om å fatte tiltak mot samværsforelder¹⁵⁰, kan barnevernet etter dette gjøre de undersøkelser som trengs for å danne et bilde av omsorgssituasjonen til barnet. På grunnlag av denne informasjonen vil barnevernet kunne fatte tiltak mot bostedsforelder¹⁵¹ dersom de finner at det er rimelig grunn til å anta at barnet blir utsatt for vold hos bostedsforelder¹⁵¹. Undersøkelsene kan også gi barnevernet informasjon om at omsorgssituasjonen hos samværsforelder¹⁵¹ ikke er tilstrekkelig, og råde bostedsforelder¹⁵¹ til å gå til sak etter barneloven. Dersom ikke bostedsforelder¹⁵¹ evner å beskytte barnet etter barneloven, kan det være grunnlag for tiltak mot bostedsforelder¹⁵¹.

Barnevernloven § 4-3 skal beskytte barn mot vold på den måten at det er hjemmelen som pålegger barnevernet å måtte undersøke meldinger som kommer inn om et barn. Hadde ikke barnevernet hatt en plikt til å undersøke, og i tillegg innen en frist, ville barnevernet kunne la saker ligge. Dette ville gått ut over barn som trenger hjelp akutt.

4.5.3.2 Beviskrav

Utgangspunktet er at beviskravet i saker etter barnevernloven er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det må da være mer sannsynlig at det foreligger forhold som kan gi grunnlag for undersøkelse enn at det ikke foreligger forhold som kan gi grunnlag for undersøkelse.

Barnevernloven § 4-3 første ledd har beviskravet hjemlet i ordlyden, gjennom formuleringen ”rimelig grunn til å anta”.

Skal denne formuleringen forstås som et unntak fra hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt?

¹⁵⁰ Q-1121 4. juli 2006 kapittel 6

¹⁵¹ Ibid. kapittel 5

På den ene siden taler hensynet til personvern og privatlivets fred mot at beviskravet er lempeligere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

På den andre siden kan begrepet ”rimelig grunn til å anta” etter en naturlig språklig forståelse bety at det må være en berettiget mistanke. Beviskravet her ligner på beviskravet for å ilegge besøksforbud etter straffeprosessloven § 222 a. Begge bestemmelsene handler om at det offentlige griper inn i privates handlefrihet, for å beskytte andre ved mistanke om blant annet overgrep. Etter straffeprosessloven § 222 a er det tilstrekkelig med mindre enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Dette standpunktet støttes av forarbeidene gjennom uttalelsen om at det er ”viktig at barneverntjenesten gis rett og plikt til å foreta undersøkelser før det foreligger indikasjoner på omsorgssvikt eller mishandling. Dette betyr at barneverntjenesten vil kunne iverksette hjelpetiltak på et tidligere tidspunkt enn etter gjeldende rett, og således før barnets problemer blir så alvorlige at det eventuelt vil være nødvendig med ansvarsovertakelse.”¹⁵²

Uttalelsene gir uttrykk for at det ikke kreves mer sikkerhet enn ikke sikkerhet om forhold som kan gi grunnlag for tiltak.

Det uttales at undersøkelse skal kunne gjennomføres ”før det foreligger indikasjoner.” Etter en naturlig språklig forståelse betyr indikasjoner holdepunkter eller signaler. Signaler kan være vagere enn mistanke, fordi signalene ikke nødvendigvis har konkludert med noe, som fører til mistanke. Dette taler for at beviskravet er lavere enn hovedregelen.

Det kreves altså ikke alminnelig sannsynlighetsovervekt for å sette i gang undersøkelser. Det ville jo også gjøre denne bestemmelsen meningsløs om barnevernet måtte finne det

¹⁵² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 29

mer sannsynlig at det foreligger forhold som kan gi grunnlag for undersøkelse enn at det ikke foreligger forhold som kan gi grunnlag for undersøkelse.

Poenget er jo at barnevernet gjennom denne bestemmelsen gis hjemmel til å gjøre inngrep i privatlivets fred for å finne ut av om barnet i tilstrekkelig grad blir tatt vare på.

4.5.4 Barnevernloven § 6-4 annet og tredje ledd

4.5.4.1 Anvendelsesområdet

Barnevernlovens § 6-4 omhandler innhenting av opplysninger av barnevernet og opplysningsplikt for andre til barnevernet.

Annet og tredje ledd omhandler offentlige myndigheters og særlige yrkesutøveres opplysningsplikt til barnevernet.

Meldeplikten til barnevernet er en spesielt viktig regel for å verne barn mot vold, fordi personer som er i kontakt med barnet har på ulike grunnlag plikt til å melde fra om mistenksomme situasjoner.

Etter annet ledd første punktum skal ”offentlige myndigheter...av eget tiltak, uten hinder av taushetsplikt, gi opplysninger til kommunens barneverntjeneste når det er grunn til å tro at et barn blir mishandlet i hjemmet eller det foreligger andre former for alvorlig omsorgssvikt, jf. §§ 4-10, 4-11 og 4-12,... ”.

Denne bestemmelsen er *lex specialis* i forhold til den generelle taushetsplikten disse organene eller yrkesgruppene er pålagt gjennom lov. Dette gjør at opplysningsplikten går foran taushetsplikten i tilfeller som nevnt i bestemmelsen, nemlig blant annet ved mistanke om mishandling eller andre former for alvorlig overgrep.

Første problemstilling er hvem denne bestemmelsen om opplysningsplikt gjelder for.

For det første gjelder bestemmelsen for ”offentlige myndigheter”, jf. annet ledd første punktum. I annet punktum utdypes offentlige myndigheter med ”organisasjoner og private som utfører oppgaver for stat, fylkeskommune eller kommune.” Offentlig myndighet vil her typisk kunne være politiet.

En sentral problemstilling i vurderingen av barns vern mot vold er i hvilken grad politiet har opplysningsplikt til barnevernet. Problemstillingen må deles i om det gjelder generelle opplysninger eller en pågående straffesak.

Opplysninger som ikke inngår i en pågående straffesak følger forvaltningslovens alminnelige taushetsplikt etter § 13. Barnevernloven § 6-4 annet ledd er *lex specialis* og går derfor foran. Politiet er derfor forpliktet til å gi opplysninger til barnevernet.

I en pågående straffesak har politiet en videre taushetsplikt etter straffeprosessloven § 61 a, annet ledd, der taushetsplikten gjelder ”for andre opplysninger som det ut fra hensynet til etterforskningen i den enkelte sak er nødvendig å holde hemmelig.”.

Det kan spørres om politiet også i denne situasjonen er pålagt å gi barnevernet opplysninger.

På den ene siden taler fare for bevisforspillelse mot at politiet har en slik opplysningsplikt. Dersom politiet etterforsker en sak vedrørende vold i nære relasjoner, og barnevernet gjennom å gjennomføre tiltak gir foreldrene mistanke om etterforskningen, kan dette føre til blant annet bevisforspillelse eller rømming. Dette kan igjen føre til at straffesaken henlegges på grunn av bevisets stilling, eller at forelder/foreldrene frifinnes av domstolen.

På den andre side gir straffeprosessloven § 61 c unntak til § 61 a. Det følger av § 61 c) at ”Taushetsplikt etter § 61 a er ikke til hinder for: at opplysninger blir gitt til andre enn par-

tene når dette har særskilt hjemmel i lov”, jf. pkt. 8. Punkt 8 henviser blant annet til barnevernloven § 6-4.

Etter dette er politiet pålagt å gi opplysninger til barneverntjenesten om forhold i en pågående straffesak uten hinder av taushetsplikten etter § 61 a.

§6-4 annet ledd gjelder også for andre enn offentlige myndigheter. Det følger av § 6-4 tredje ledd at annet ledd gjelder tilsvarende for ”yrkesutøvere i medhold av helsepersonelloven, psykisk helsevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven, lov om familievernkontorer, meklingsmenn i ekteskapsaker (jf. lov om ekteskap), samt friskolelova...”.

Etter dette gjelder opplysningsplikten for blant annet leger, sykepleiere, lærere, førskolelærere, barnehageansatte, helsesøstre og psykologer.

Opplysningsplikten etter § 6-4 annet og tredje ledd er også hjemlet i særlover til noen av yrkesgruppene som nevnt, for eksempel opplæringsloven § 15-3, helsepersonelloven § 33, lov om familievernkontorer § 10 og barnehageloven § 22. Årsaken til dette er å opplyse og klargjøre. Til illustrasjon siteres barnehageloven § 22 annet ledd: Barnehagepersonalet skal, uten hinder av taushetsplikt, ”av eget tiltak gi opplysninger til barneverntjenesten, når det er grunn til å tro at et barn blir mishandlet i hjemmet eller det foreligger andre former for alvorlig omsorgssvikt, jf. lov om barneverntjenester § 4-10, § 4-11, § 4-12...”. Ordlyden i barnevernloven § 6-4 annet ledd og barnehageloven § 22 annet ledd er sammenfallende. Dette er tilsvarende i de andre nevnte særlovene også.

Hensynet bak taushetsplikten i disse yrkene er blant annet at pasienter, klienter og skoleelever skal kunne stole på at personlige forhold som slike yrkesutøvere får kjennskap til gjennom yrket ikke kan utleveres til andre. Dette bidrar også til at slike yrkesutøvere får riktig informasjon for å kunne hjelpe pasientene/klientene sine, osv.

Årsaken til at akkurat disse yrkene har en lovpålagt opplysningsplikt er nettopp fordi de får viktig informasjon som barneverntjenesten er avhengig av å få for å hjelpe barn. Dersom barnet har skader eller er sykt vil helsepersonell undersøke og behandle barnet, og får gjennom dette forklaringer på hva som er skjedd av foreldre og barn, og kan holde dette opp mot hva de finner medisinsk. I det daglige vil personer som er i kontakt med barnet, enten i barnehage eller på skole, kjenne barnet og foreldrene, og kan se om barnet endrer adferd, om foreldre endrer adferd eller om barnet forteller om hendelser som vekker mistanke.

Det at disse personene gjennom yrket sitt er pliktige til å melde fra om mistanker om vold er helt nødvendig for at barnevernet kan fatte tiltak.

Den såkalte ”Christoffer-saken” er aktuell i denne sammenheng. Mange av personene rundt Christoffer hadde mistanke om at Christoffer ble utsatt for vold, men ingen oppfylte sin lovpålagte plikt til å si i fra til barnevernet. Blant annet skal, i følge Agder lagmannsretts dom LA-2012-92858, assistentlæreren til Christoffer ha snakket med kontaktlæreren og rektor, og sagt at skadene måtte meldes til barnevernet. Kontaktlæreren og rektor skal ga gitt uttrykk for at de regnet med at sykehuset hadde varslet barnevernet. Assistentlæreren ba likevel rektor om å kontakte sykehuset for å sjekke. Dette ble ikke gjort.¹⁵³ Hadde rektor umiddelbart videreformidlet lærernes mistanke til barnevernet kunne barnevernet hatt muligheten til å gripe inn.

Videre er spørsmålet hva som utløser opplysningsplikten.

Etter ordlyden i annet ledd er det når det er ”grunn til å tro at et barn blir mishandlet i hjemmet eller det foreligger andre former for alvorlig omsorgssvikt, jf. §§ 4-10, 4-11 og 4-12..”.

¹⁵³ LA-2012-92858 s. 9, annet avsnitt

”Grunn til å tro” betyr etter en naturlig språklig forståelse at personen ikke må være sikker på at barnet faktisk utsettes for vold eller overgrep, men ha en mistanke. Det må være konkrete opplysninger som gjør at personen tror at det er tilfellet.

Henvisningene til §§ 4-10, 4-11 og 4-12 betyr videre at opplysningsplikten styres av at personen har grunn til å tro at vilkårene i disse bestemmelsene er oppfylt. Det må altså være konkrete opplysninger som gir personen grunn til å tro at et barn er utsatt for en av situasjonene i bestemmelsene.

Opplysningsplikten gjelder for opplysninger om et konkret barn, jf. ordlyden ”et barn” og Ofstad og Skar¹⁵⁴.

Endelig er spørsmålet når opplysninger skal gis?

Etter annet ledd skal opplysninger gis både ”av eget tiltak”, jf. første punktum, og etter tredje punktum ”etter pålegg fra de organer som er ansvarlige for gjennomføringen av loven”.

Opplysninger skal gis ”av eget tiltak” når en person fatter mistanke. Dette gir en aktiv handleplikt. I følge Ofstad og Skar innebærer dette at personen må ta kontakt med barneverntjenesten etter eget initiativ.¹⁵⁵ Det er barneverntjenesten som skal være mottaker av opplysningene.

Når opplysninger skal gis ”etter pålegg” fra organer som handler etter barnevernloven, er det et organ som har tatt kontakt med personen for å få konkret informasjon. Dette kan være offentlige organer som behandler en sak etter barnevernloven. Dette vil typisk kunne

¹⁵⁴ Ofstad (2004) s. 282

¹⁵⁵ Ofstad (2004) s. 283

være fylkesnemnda.

Opplysningsplikten etter pålegg er begrenset av at det må gjelde en situasjon etter barnevernloven §§ 4-10, 4-11, 4-12 eller 4-24. Det er kun § 4-12 som er relevant for dette temaet. Dette betyr at for å kunne pålegge opplysningsplikt må det være opplysninger som er relevante for et vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12.

Regelen om opplysningsplikt til barnevernet i § 6-4 annet og tredje ledd gir i hovedsak barn vern mot vold ved at mennesker rundt barnet har plikt til å melde fra til barnevernet ved mistanke om vold. Vernet forsterkes ved at bestemmelsen omfatter alle offentlige ansatte og særlige yrkesgrupper som er enten i daglig kontakt med barnet og/eller har spesiell kunnskap om barn og barns adferd, eller mennesker som er i kontakt med barnet når barnet er utsatt for skader eller er sykt.

4.5.4.2 Beviskrav

Beviskravet for opplysningsplikten etter annet ledd er at det er ”grunn til å tro” at et barn blir mishandlet i hjemmet eller det foreligger andre former for alvorlig omsorgssvikt.

Utgangspunktet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det kan reises spørsmål om beviskravet avviker fra hovedregelen.

Etter en naturlig språklig forståelse tilsier ”grunn til å tro” at det kreves holdepunkter eller signaler, for at barnet utsettes for vold. Disse holdepunktene må lede til en antakelse. Uttrykket ”tro” taler likevel ikke for noe mer enn en mistanke. Holdepunktene skal etter dette gjøre at personen tenker at dette tyder på at barnet utsettes for vold. Dette taler for at det ikke kreves at det er mer sannsynlig at barnet utsettes for vold enn at barnet ikke utsettes for vold.

Det er vanskelig å fastslå akkurat hvor grensen går. Det er ikke holdepunkter for at beviskravet er så lavt at spekulasjoner er nok, men heller ikke så høyt at personen skal finne det

mer sannsynlig enn ikke sannsynlig. I praksis vil en mistanke om mishandling være tilstrekkelig.

Dette taler for at det er gjort unntak fra det alminnelige beviskravet.

Unntaket fra alminnelig sannsynlighetsovervekt i denne bestemmelsen fører til økt vern av barn mot vold på flere plan.

For det første utløses plikten til å gi opplysninger av at personen får en mistanke, og personen må si i fra selv om den ikke finner det mer sannsynlig at barnet utsettes for vold enn at barnet ikke utsettes for vold. At beviskravet er inntatt i ordlyden gjør at det settes uttrykkelig fokus på at det ikke kreves mer enn en mistanke.

For det andre vil det lavere beviskravet kunne bidra til å minke frykten for å si i fra. Dersom beviskravet hadde vært alminnelig sannsynlighetsovervekt, og da krevd at personen er mer sikker på at barnet blir utsatt for vold enn at barnet ikke blir utsatt for vold, ville terskelen for å si i fra kunne være mye høyere. Det kunne gitt en følelse av at en må stå til ansvar dersom det skulle vise seg at barnet ikke blir utsatt for vold. Nå er heller bestemmelsen utformet som en plikt, selv ved mistanke.

Man kan spørre hvor effektivt dette egentlig er i praksis. Hvor mye tenker personer, som får en mistanke om at et barn utsettes for vold, på hva som utløser opplysningsplikten? For at denne bestemmelsen skal gi barn et effektivt vern kreves det at det enkelte mennesket som jobber i det offentlige, i organisasjoner, krisesentre, barneverntjenesten, sykehus, legekontorer, skoler med mer har kunnskap om det lave beviskravet og hva dette har å si for opplysningsplikten. Dersom personene denne opplysningsplikten særlig gjelder for tror at de må være sikre før opplysningsplikten inntreffer, vil dette svekke beskyttelsen av barn betraktelig.

4.5.5 Barnevernloven § 4-4 første og annet ledd

4.5.5.1 Anvendelsesområdet

Barnevernloven § 4-4 hjemler hjelpetiltak barneverntjenesten kan sette i gang, som hovedregel ved samtykke fra foreldrene.

Etter første ledd skal barneverntjenesten ”bidra til å gi det enkelte barn gode levekår og utviklingsmuligheter ved råd, veiledning og hjelpetiltak.” Dette leddet sier både noe om hensikten med hjelpetiltak, nemlig å gi barn gode levekår og utviklingsmuligheter, og hvordan barneverntjenesten kan bidra, gjerne gjennom råd, veiledning og hjelpetiltak.

Hensikten er at barnevernet skal veilede familien i hjemmet. Hjelpetiltak etter § 4-4 vil være mest aktuelt i typetilfelle 2), der den ene forelderen forsøker å beskytte barnet mot den voldsutøvende forelderen, og trenger bistand til å gjennomføre dette. Dette gjelder både om foreldrene bor sammen, eller om den ene forelderen er barnets faste bosted og den andre har barnet til samvær.

Vilkårene for å gjennomføre hjelpetiltak følger for det første av annet ledd, der barneverntjenesten skal, ”når barnet på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det, sørge for å sette i verk hjelpetiltak for barnet og familien, f.eks. ved å oppnevne støttekontakt, ved å sørge for at barnet får plass i barnehage, ved besøkshjem, ved avlastningstiltak i hjemmet, ved opphold i senter for foreldre og barn eller andre foreldrestøttende tiltak.”

Etter ordlyden skal barneverntjenesten sette i verk hjelpetiltak dersom foreldrene samtykker til dette. Videre følger det av forarbeidene at det ikke er ”foretatt noen uttømmende

oppregning av hva som kan være aktuelle hjelpetiltak.”¹⁵⁶ Dette betyr at barnevernet må vurdere den konkrete situasjonen og se hva familien har behov for.

For at barneverntjenesten kan gjennomføre hjelpetiltak må barnet ”på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner ha[r] særlig behov”. Spørsmålet er hva som kvalifiserer til ”særlig behov”.

Etter en naturlig språklig forståelse tilsier ”særlig behov” noe spesielt. Særlig behov innebærer i følge Ofstad og Skar at ”det enkelte barn må ha et behov utover det som barn i alminnelighet vil ha”.¹⁵⁷ Kan vold mot et barn eller mot en i familien til et barn utgjøre ”et behov utover det som et barn i alminnelighet vil ha”?

Et barn som lever i en familie preget av vold vil helt klart ha behov utover det vanlige. Dette være seg behov for trygghet, voksenkontakt, bli sett og vite at det er noen utenfor familien som kan hjelpe seg.

Spørsmålet er vel heller hvor praktisk hjelpetiltak er for å beskytte barnet mot vold?

Hjelpetiltak er særlig aktuelt ved typetilfelle 2) der den voldsutsatte forelderen trenger hjelp av barneverntjenesten til å beskytte barnet. Tiltak kan være råd, veiledning, avlastning eller opplæring. Slike hjelpetiltak kan verne barnet ved at barneverntjenesten råder den voldsutsatte forelderen til å flytte for seg selv, på hemmelig adresse, for å forhindre at voldsutøveren finner dem, eller at det gis veiledning om prosessen for å nekte samvær etter barneloven, og eventuelt hjelp og støtte underveis i en slik prosess.

På den ene siden kan formålet med bestemmelsen, jf. første ledd om at ”Barneverntjenesten skal bidra til å gi det enkelte barn gode levekår og utviklingsmuligheter ved råd, veiledning

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992)

¹⁵⁷ Ofstad (2004) s.68

og hjelpetiltak” tilsi at dersom det er vold i en familie skal barneverntjenesten bidra med hjelpetiltak dersom disse kan avhjelpe volden. Videre vil det kunne være grunnlag for hjelpetiltak både hos bostedsforelderen og samværsforelderen, dersom bostedsforelderen mistenker at samværsforelderen utøver vold mot barnet under samvær. Bostedsforelderen trenger kanskje råd, veiledning og støtte, mens samværsforelderen samtykker kanskje til at samvær skal gjennomføres med tilsyn. Et råd fra barnevernet kan for eksempel være at den ikke-voldsutøvende forelderen bør fremme sak om å endre, stanse eller få tilsyn på samvær etter barneloven¹⁵⁸.

På den andre siden vil de fleste hjelpetiltakene som enten nevnes eller som kan tenkes, være lite praktiske fordi foreldrene må samtykke. Dersom volden foregår i foreldrenes felles hjem, er det kanskje ikke så sannsynlig at foreldrene ønsker å medvirke til å få hjelp. Dersom foreldrene ikke bor sammen, eller den ikke-voldsutøvende forelderen ber om hjelp til for eksempel å flytte fra den voldsutøvende forelderen kan hjelpetiltak være praktisk.

Denne begrensningen gjør at hjelpetiltak kan beskytte barnet mot vold der den forelderen som ønsker å beskytte barnet mot volden, får hjelp til å kunne gjøre dette.

4.5.5.2 Beviskrav

Hva kreves for å legge til grunn ”forhold i hjemmet eller av andre grunner har særlige behov for det”?

Utgangspunktet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Ordlyden gir ikke holdepunkter for unntak fra dette. Det kreves etter dette at det er mer sannsynlig at det på grunn av forhold i hjemmet eller andre særlige behov er behov for hjelpetiltak, enn at det ikke er sannsynlig at det foreligger forhold i hjemmet eller andre særlige behov.

¹⁵⁸ Q-1121 4. juli 2006 kapittel 6

4.5.6 Barnevernloven § 4-6

4.5.6.1 Anvendelsesområdet

Barnevernloven § 4-6 omhandler midlertidige vedtak i akutsituasjoner. Dette er vedtak som fattes som unntak fra de ordinære prosessuelle bestemmelsene, for å beskytte et barn i en akutt situasjon.

Første ledd

Etter § 4-6 første ledd skal barneverntjenesten ”dersom et barn er uten omsorg fordi foreldrene er syke eller barnet er uten omsorg av andre grunner, ... sette i verk de hjelpetiltak som umiddelbart er nødvendige. Slike tiltak kan ikke opprettholdes mot foreldrenes vilje.”

Etter ordlyden har barneverntjenesten en plikt til å hjelpe barn som er ”uten omsorg”.

”Uten omsorg” skal forstås som at barnet er overlatt til seg selv. Det avgrenses derfor mot behandling av første ledd, da første ledd ikke gjelder beskyttelse der barnet blir utsatt for vold og at omsorgen dermed ikke er tilstrekkelig.

Annet ledd

Etter annet ledd kan barnevernadministrasjonens leder eller påtalemyndigheten, dersom det er ”fare for at et barn blir vesentlig skadelidende ved å forbli i hjemmet, uten samtykke fra foreldrene umiddelbart treffe midlertidig vedtak om å plassere barnet utenfor hjemmet.”

Annet ledd gjør unntak fra hovedregelen i § 4-12 tredje ledd om at saksbehandlingsreglene i kapittel 7 skal følges ved plassering av et barn utenfor hjemmet. Hovedprinsippene for fylkesnemndas saksbehandling følger av § 7-3. Etter første ledd skal saksbehandlingen være ”betryggende, rask og tillitskapende.” Videre skal den være ”tilpasset tiltaket og sakens art, omfang og vanskelighetsgrad, og støtte opp under lovens grunnleggende hensyn.” Etter annet ledd er det opplistet seks plikter fylkesnemnda har for å ivareta hensynene etter første ledd:

- ”a) fylkesnemnda sørge for at bevisførselen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag,
- b) partene i saken bli hørt, normalt ved muntlige forklaringer umiddelbart for nemndene,

- c) det legges til rette for kontradiksjon,
- d) partene i saken likebehandles og få den nødvendige veiledning,
- e) fylkesnemnda foreta en selvstendig og reell vurdering av avgjørelsesgrunnlaget, og
- f) avgjørelser om tiltak og andre viktige avgjørelser begrunnes.”

Saksbehandlingen etter § 7-3 skal sikre at alle parter interesser ivaretas og at det fattes en materielt riktige avgjørelser.

Blir barnet vesentlig skadelidende ved å bo i hjemmet frem til vedtaksforslag kan behandles, skal barnet likevel flyttes etter midlertidig vedtak, i påvente av dette. Det uttales i forarbeidene at ”Hovedregelen må være at tvangstiltak forberedes og behandles på vanlig måte av barneverntjenesten og fylkesnemnda. Bare hvis barnets interesser blir vesentlig skadelidende dersom vedtaket ikke treffes og gjennomføres straks, skal barneverntjenesten i slike tilfelle kunne fatte midlertidig vedtak om plassering utenfor hjemmet.”¹⁵⁹

Saksbehandlingen ved akuttvedtak etter § 4-6 annet ledd følger av § 4-6 fjerde og femte ledd, og § 7-11. Etter barnevernloven § 7-11 skal akuttvedtak ”umiddelbart etter iverksettingen sendes til godkjenning i fylkesnemnda. Vedtaket skal snarest, og om mulig innen 48 timer etter at fylkesnemnda har mottatt saken, godkjennes av nemndsleder.” Videre følger det av § 4-6 fjerde ledd at etter det er truffet akuttvedtak ”skal begjæring om tiltak som nevnt i § 7-11 sendes fylkesnemnda snarest, og senest innen seks uker...”. Dersom dette ikke blir gjort av barnevernet innen fristen, ”faller vedtaket bort”, jf. § 4-6 femte ledd.

Det er kun barnevernadministrasjonens leder og påtalemyndigheten som kan fatte vedtak etter annet ledd. Dette er en gammel ordning, og ordningen er i følge Ofstad og Skar ikke kommentert i forarbeidene. Ofstad og Skar hevder at påtalemyndighetens kompetanse er

¹⁵⁹ Ot.prp.44 (1991-1992) s. 35

begrenset til ”de tider på døgnet hvor barnevernadministrasjonens leder (eller dennes stedfortreder) ikke er tilgjengelig”.¹⁶⁰

I tillegg til at de særlige saksbehandlingsregler må følges, er det også flere materielle vilkår som må være oppfylt.

For det første kan vedtak treffes uten foreldrenes samtykke. I utgangspunktet må vedtak fattes etter første ledd dersom foreldrene samtykker. Dette er likevel betinget av at barnet sikres tilstrekkelig gjennom den frivillige plasseringen.¹⁶¹ For eksempel kan et barn frivillig plasseres hos slektninger. Da vil foreldrene vite hvor barnet befinner seg og ha mulighet til å ta kontakt med barnet. I noen situasjoner kan det være tryggere om barnet plasseres hos fremmede, som ikke vil ha samme insentiv til å bøye seg etter det foreldrene ber om.

For det andre er det et vilkåret for å flytte barnet at barnet blir ”vesentlig skadelidende” ved å forbli i hjemmet. Etter en naturlig forståelse av ordlyden kreves det at barnet i svært stor grad skades av å bli i hjemmet. I følge forarbeidene må det ”for å kunne anvende bestemmelsen i slike tilfelle, ... foreligge en viss skaderisiko for barnet dersom det blir boende hjemme. Det må her foretas en risikoavveining. I denne avveiningen må det også vurderes om skaderisikoen ved å bli værende i hjemmet reduseres til et akseptabelt nivå, f.eks. ved bruk av andre hjelpetiltak enn å flytte barnet, inntil saken kan behandles av fylkesnemnda på vanlig måte.”¹⁶² Dette er utslag av minste inngreps prinsipp. Prinsippet sier at dersom det er andre og mindre inngripende tiltak som kan beskytte barnet i tilstrekkelig grad, skal disse tiltak velges.

Terskelen er høy, jf. ordlyden ”vesentlig” skadelidende. Det må dermed være en alvorlig

¹⁶⁰ Ofstad (2004) s.78

¹⁶¹ Ibid. s. 76

¹⁶² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 34

og farlig situasjon. Hensynet til barnets beste etter § 4-1 gjør at hensynet til barnet skal ha avgjørende vekt i vurderingen.

Det utdypes videre i forarbeidene hvilket anvendelsesområde bestemmelsen også har. ”Det kan tenkes situasjoner hvor barnet blir skadelidende ved å bli værende i hjemmet, slik at det i en periode vil være nødvendig å plassere barnet utenfor hjemmet. Et slikt midlertidig vedtak trenger ikke nødvendigvis å bli etterfulgt av et vedtak om ansvarsovertakelse. Det kan være at det finnes løsninger som gjør at barnet igjen kan bo hjemme. For eksempel kan det tenkes en situasjon hvor barnet har vært utsatt for seksuelle overgrep, men hvor den som har forbrutt seg flytter ut, og den som fortsatt skal ha omsorgen evner å beskytte barnet mot liknende hendelser i framtiden.”¹⁶³

Denne uttalelsen beskriver et aktuelt scenario der den ene forelderen utsetter den andre forelderen og/eller barnet for vold. Akuttvedtak om plassering utenfor hjemmet kan anvendes i dette tilfelle for å akutt beskytte barnet mot voldsutøveren. Idet den voldsutøvende forelderen har flyttet, eller den andre har flyttet og kan beskytte barnet mot voldsutøveren, kan barnet bo hjemme. Dette forutsetter at den ikke-voldsutøvende forelderen og den voldsutøvende forelderen ikke flytter sammen igjen. Vilkårene for akuttvedtaket vil da ikke være oppfylt lenger.

Bestemmelsen gjelder både om foreldrene bor sammen eller om barnet befinner seg hos forelderen som har fast bosted eller på samvær. Barnevernet kan, i stedet for å plassere barnet i beredskapshjem¹⁶⁴, plassere barnet enten i bostedshjemmet eller samværshjemmet, men kan ikke fatte akuttvedtak om å stanse samvær.

¹⁶³ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992). s. 34-35

¹⁶⁴ Lindboe (2012) s. 155

Et akuttvedtak fører ikke til at omsorgen av barnet overføres til barneverntjenesten, selv om barnet plasseres utenfor hjemmet. Den formelle omsorgen forblir hos foreldrene frem til et eventuelt vedtak om omsorgsovertakelse etter § 4-12.

Dette uttrykkes klart i kjennelse inntatt i Rt. 2013 s. 59, som omhandler anke over kjennelse om fortsatt varetektsfengsling på grunnlag av siktelse om overtredelse av straffeloven § 216. Grunnlaget for siktelsen er påstanden om at en mor har unndratt sine barn fra barnevernets omsorg. Barnevernet hadde plassert barna i beredskapshjem på grunnlag av akuttvedtak etter barnevernloven § 4-6 annet ledd. Spørsmålet for ankeutvalget var om barnevernet hadde omsorgen for barna etter akuttvedtaket, og dermed om morens unndragelse av barna var brudd på straffeloven § 216.

Høyesteretts ankeutvalg uttaler vedørende § 4-6 annet ledd at ”ut fra ordlyden, og plasseringen i loven, er dette ikke omsorgsovertakelse i formell forstand. Det er heller intet i forarbeidene som tyder på at man har ment å oppfatte det som en omsorgsovertakelse.”

Det er etter dette klart at et akuttvedtak ikke fratrar foreldrene den formelle omsorgen. Foreldrene har da i utgangspunktet alle rettigheter og plikter som følger med å ha omsorgen for barnet etter barneloven. Likevel vil dette være begrenset til det som praktisk kan utøves.

I hvilken grad verner annet ledd barn mot vold?

Bestemmelsen verner barn mot vold ved at barnevernet, ved barnevernadministrasjonens leder, eller påtalemyndigheten, umiddelbart kan plassere barnet utenfor hjemmet dersom barnet blir utsatt for vold eller det fare for at barnet blir utsatt for vold.

At vedtaket kan treffes akutt gjør at barnevernet kan hentes ut barnet umiddelbart. Det forhindrer for det første at barnet er i kontakt med den eller de voldsutøvende forelderen eller foreldrene, og for det andre at det er fare for at barnet kan bli utsatt for nye overgrep.

I typetilfelle 1), der begge utsetter barnet for vold, er det ingen hjelpetiltak som kan beskytte barnet i tilstrekkelig grad, utenom å midlertidig plassere barnet utenfor hjemmet til situasjonen er avklart.

Videre vil typetilfelle 2), der den ene forelderen evner å beskytte barnet mot den voldsutøvende forelderen, gi grunnlag for alternative tiltak, for eksempel at den ikke-voldsutøvende forelderen får bistand. Dersom foreldrene ikke bor sammen, og den ikke-voldsutøvende har fast bosted, mens den voldsutøvende har samvær, vil barnevernet kunne bistå bostedforelderen med å gå til sak mot samværsforelderen etter barneloven for å få stanset samvær.

Dersom bostedforelderen ikke evner å beskytte barnet gjennom slike tiltak, altså typetilfelle 3), vil barnevernet kunne fatte et akuttvedtak etter § 4-6 om midlertidig plassering utenfor hjemmet. Bakgrunnen er at barnets totale omsorgssituasjon, på grunn av bostedsforelders manglende evne til å beskytte barnet, utgjør en fare for at barnet kan bli vesentlig skadelidende.

Tredje ledd

Etter tredje ledd kan barnevernsadministrasjonens leder ”i et slikt tilfelle også treffe midlertidig vedtak etter § 4-19”.

”I et slik tilfelle” henviser etter en naturlig forståelse av sammenhengen i bestemmelsen til at barnet er plassert utenfor hjemmet etter annet ledd. § 4-19 regulerer både selve samværsretten til barnet og de biologiske foreldrene, og om adressen der barnet oppholder seg skal holdes skjult for foreldrene.

Det er kun barnevernadministrasjonens leder som kan fatte vedtak etter tredje ledd, jf. ordlyden. Dette betyr at på tross av at påtalemyndigheten har fattet vedtak etter annet ledd, må vedtak etter tredje ledd vente til barnevernadministrasjonens leder er tilgjengelig.

På hvilken måte kan § 4-6 tredje ledd verne barn mot vold?

I utgangspunktet har ”barn og foreldre..., hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre.”, jf. § 4-19 første ledd. Barn og foreldre har derfor i utgangspunktet krav på å få fastsatt samvær dersom barnet akutt plasseres utenfor hjemmet.

Likevel kan barnevernadministrasjonens leder gjennom § 4-6 tredje ledd fatte vedtak om at samvær ikke skal gjennomføres under gjennomføringen av akuttvedtaket. Dette følger av at det kan fattes vedtak etter § 4-19, der det etter annet ledd kan bestemmes at ”det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Fylkesnemnda kan også bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er.”

Det er flere grunner til at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Samvær kan være skadelig for barnet. For det første kan det være fysisk skadelig ved at barnet blir utsatt for nye overgrep på samvær. Dette kan likevel løses ved at det fastsettes tilsyn.

For det andre kan samvær være psykisk skadelig for barnet. Psykisk skadelig kan være direkte, gjennom at voldsutøveren utsetter barnet for psykisk vold på samvær. Psykiske skader kan også være indirekte, ved at barnet opplever frykt og retraumatisering når det treffer voldsutøveren. Begge former for psykisk vold kan også skje til tross for at samvær gjennomføres med tilsyn.

For det tredje kan foreldrene gjennom å få informasjon av barnet, eller forfølge barnet, finne ut hvor barnets beredskapshjem er.

4.5.6.2 Beviskrav

Annet ledd

Etter § 4-6 annet ledd kan leder av barnevernet fatte midlertidig vedtak i akutte situasjoner der det er ”fare for at et barn blir vesentlig skadelidende ved å forbli i hjemmet”.

Utgangspunktet er også etter annet ledd alminnelig sannsynlighetsovervekt. Er det noe som tyder på at det er gjort unntak her?

På den ene siden gir ikke begrepet ”fare” noen signaler om at det er gjort unntak fra overvektsregelen. I følge Lindboe vil ”alminnelig sannsynlighetsovervekt for fare eller risiko...alltid være tilstrekkelig.”¹⁶⁵

På den annen side taler ”vesentlig skadelidende” for at det må være en kvalifisert grad av skade. Dersom det er fare for at barnet utsettes for særlig alvorlige skader, vil beviskravet for slik fare være lavere.¹⁶⁶ Lindboe siterer Mons Oppedals bok Akutthjemlene i barnevernloven av 2008 om at tommelfingerregelen er ”jo mer alvorlig skadefølgen kan bli ut over minstekravet til å bli vesentlig skadelidende, jo lavere vil kravet til sannsynlighet settes”¹⁶⁷.

Samlet trekker dette i det ikke er gjort unntak fra hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Tredje ledd

Etter tredje ledd kan vedtak etter § 4-19 også fattes i akuttsituasjoner. Ordlyden er at barnevernlederen ”kan” fatte vedtak når det er fattet et akuttvedtak etter annet ledd. Dette henviser til forvaltningens frie skjønn. Det er forvaltningens myndighet og denne myndigheten kan i utgangspunktet ikke prøves av domstolen.

Likevel er ”kan” betinget av beviskravet i § 4-19. Det vil videre være beviskravet etter § 4-19 som gjelder. Jeg viser til gjennomgangen av § 4-19 nedenfor.

¹⁶⁵ Lindboe (2012) s. 60

¹⁶⁶ I.c.

¹⁶⁷ Lindboe (2012) s. 61

4.5.7 Barnevernloven § 4-12

Utgangspunktet etter barnevernloven er at barn skal bo samme med sine biologiske foreldre. For at barnet skal kunne bo hjemme er det flere tiltak barnevernet kan sette i verk i hjemmet, og disse vil forsøkes i den grad de vil verne barnet.

I noen tilfeller vil dette likevel ikke være mulig, eller at situasjonen ikke bedrer seg. I slike tilfeller kan barnevernet plassere barnet utenfor hjemmet gjennom omsorgsovertakelse, dersom fylkesnemnda finner at vilkårene i § 4-12 er oppfylt.

Omsorgsovertakelse er når det treffes vedtak om å flytte et barn fra foreldrene, og myndighetene gjennom barnevernet overtar omsorgen. Barnet flyttes enten i fosterhjem eller på en barnevernsinstitusjon.

Spørsmålet er hvordan barnevernloven § 4-12 verner barn mot vold?

Etter barnevernloven § 4-12 kan vedtak om omsorgsovertakelse treffes for et barn dersom både grunnvilkåret og tilleggsvilkåret er oppfylt.

Grunnvilkåret er delt i fire alternativer, første ledd bokstav a til d. Jeg avgrenser mot alternativet i bokstav b, da særproblemstillinger rundt funksjonshemming ikke er relevant for oppgaven.

4.5.7.1 Anvendelsesområdet

Grunnvilkåret - Bokstav a)

Første alternativ følger av bokstav a, der det kan treffes vedtak om omsorgsovertakelse ”dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og

utvikling”. Vilkåret kalles vanligvis omsorgssviktkriteriet.¹⁶⁸ Det er omsorgen på avgjørelsestidspunktet som skal vurderes.

Første alternativ, ”alvorlige mangler ved den daglige omsorg ” omfatter i følge teorien svikt i den fysiske omsorgen.¹⁶⁹ Den fysiske omsorgen kan være mangler ved stell, hygiene, mat og lignende. Dersom en forelder lar vær å gi mat til sitt nyfødte barn er dette svikt ved fysisk omsorg. Vold mot barnet vil også omfattes av fysisk omsorgssvikt. Bevistemaet i bokstav a tillater å trekke inn også andre momenter ved omsorgen enn bare vold. Dette er i motsetning til bokstav c, som kun omhandler mishandling og andre overgrep.

Andre alternativ, ”alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling”, handler om psykisk omsorgssvikt. I følge NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester m.v. omfatter disse begrepene ”for det første de tilfeller hvor det foreligger en følelsesmessig avvisning av barnet eller en situasjon hvor foreldrene faktisk ikke er i stand til å dekke barnets kontaktbehov. Dernest dekker uttrykksmåten tilfeller hvor tvang eller vold i hjemmet skaper fysisk eller psykisk utrygghet. Utrygghet kan også skapes gjennom psykiske lidelser hos foreldrene, som også påvirker barnet.”¹⁷⁰

NOU 1985:18 legger her for det første til grunn at fysisk vold mot barn er omsorgssvikt gjennom at volden og frykten for vold skaper en utrygg situasjon hjemme.

For det andre legges det i NOU 1985:18 til grunn at psykisk vold gjennom at barnet er vitne til vold også er omsorgssvikt etter alternativ a. Når et barn er vitne til vold i hjemmet vil det for det første i mange tilfeller gjøre barnet redd og utrygt. For det andre vil den forelderen som utsettes for vold være redd og utrygg, og ikke evne å gi barnet den kontakten barnet trenger for å gjenopprette tryggheten. Når barnet blir opplever utrygghet, som ikke blir

¹⁶⁸ Bla. Syse (2008) s. 482

¹⁶⁹ Syse (2008) s. 482 og Lindboe (2007)

¹⁷⁰ NOU 1985:18 s. 345

gjenopprettet fordi begge foreldrene er utilgjengelige, vil dette kunne skade barnets helse og utvikling. Samlet utgjør dette omsorgssvikt.

Videre må manglene være ”alvorlige”. Etter Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) er det ”forutsatt at situasjonen må være forholdsvis klart uholdbar – ikke ethvert avvik fra det man kan kalle vanlige normer eller situasjoner skal gjøre det berettiget å treffe vedtak om ansvarsovertakelse”¹⁷¹. På tross av den uklare formuleringen skal dette være et klart signal om at manglene må være av en viss kvalifisert art.

Bokstav a) er mest aktuell i en sak etter typetilfelle 1) der begge foreldrene utøver vold, og typetilfelle 3), der den ene forelderen utsetter den andre forelderen for vold og barnet er vitne til dette, eventuelt også at barnet utsettes for vold. Det typiske for typetilfelle 3) er at den voldsutsatte forelderen ikke evner å beskytte barnet.

Bokstav a) beskytter barn mot vold særlig på én måte. Det er ikke først og fremst volden, men det volden fører med seg i hjemmet som rammes etter bokstav. Det er ikke alltid det er mulig å bevise at et barn eller noen i familien utsettes for vold. Noen ganger kan det likevel være mulig å bevise at situasjonen hjemme er utrygg og at barnet ikke får den kontakten og tryggheten fra foreldrene som barnet trenger, uansett hva dette skulle skyldes.

Bevistemaet i bokstav a) gjør at det ikke er nødvendig å bevise at barnet eller noen i familien er utsatt for vold. Det er for eksempel tilstrekkelig å bevise at barnet ikke opplever det som trygt hjemme. Bevistemaet er vidt og tillater at flere momenter om omsorgen trekkes inn.

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 110

Grunnvilkåret - Bokstav c)

I motsetning til bokstav a) har bokstav c) en klar hjemmel for å verne barn mot vold. Omsorgsovertakelse kan vedtas ”dersom barnet blir mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet”.

Bokstav c) er særlig aktuell i typetilfelle 1), der begge foreldre utøver vold mot barnet, og typetilfelle 3), der den ene forelderen utøver vold mot barnet og den andre forelderen ikke evner å beskytte barnet mot volden. Dette gjelder også der foreldrene ikke bor sammen.

I forarbeidene stilles det spørsmål ved om det er nødvendig med denne hjemmelen, når situasjonen vil falle inn under bokstav a og b.¹⁷² Dette er fordi bevistemaet i bokstav a er videre enn bevistemaet i bokstav c. For å fatte vedtak om omsorgsovertakelse etter bokstav c må fylkesnemnda finne det bevist at barnet er blitt utsatt for mishandling eller andre alvorlige overgrep. Etter bokstav a er det ikke nødvendig å finne dette bevist, det er tilstrekkelig å se omsorgssituasjonen i sammenheng og finne at den ikke er tilstrekkelig god. Her vil vold og det volden fører med seg i hjemmet være momenter som taler for at det er alvorlig omsorgssvikt. Dette fører til at det for barnevernet vil være mest praktisk å påberope bokstav a som hjemmel for å beskytte et barn mot vold.

Spørsmålet er hva mishandling eller andre alvorlige overgrep omfatter. Etter forarbeidene omfattes ”såvel fysisk mishandling og seksuelle overgrep som psykisk sjikane, trakassering, eller vedvarende mindre overgrep.”¹⁷³ Videre gjøres det unntak i forarbeidene for maktbruk som skal avverge og beskytte barnet. Det uttales på s. 111 at ”ikke all bruk av makt kan kalles mishandling – for eksempel er det ikke naturlig å bruke ordet når det gjelder holding og andre lette beskyttende eller avvergende tiltak. ”

¹⁷² Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 111

¹⁷³ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 43

Det er den aktuelle omsorgssituasjonen som er grunnlaget for vurderingen etter bokstav c). Dette betyr for eksempel at dersom voldsutøveren flytter ut av hjemmet, vil den aktuelle omsorgssituasjonen kunne være tilstrekkelig god, dersom den andre forelder evner å beskytte barnet mot voldsutøveren i fremtiden og gi barnet den tryggheten barnet trenger. Dersom denne situasjonen foreligger vil ikke vilkårene for omsorgsovertakelse være oppfylt, også sett i forhold til nødvendighetsvilkåret i annet ledd.

Bokstav c) verner barn mot vold ved at når det først er bevist at barnet er utsatt for fysisk og/eller psykisk vold, gir det grunnlag for omsorgsovertakelse, uten andre vurderinger av grad av alvorlighet.

Grunnvilkåret - Bokstav d)

Endelig kan det etter bokstav d) vedtas omsorgsovertakelse ”dersom det er overveiende sannsynlig at barnets helse eller utvikling kan bli alvorlig skadd fordi foreldrene er ute av stand til å ta tilstrekkelig ansvar for barnet”.

Etter ordlyden ”kan bli skadd” skal det etter dette alternativet vurderes hvordan situasjonen vil være i fremtiden. Det må altså ikke bevises at det er et problem i dag, men at det kan bli et problem i fremtiden. Dette støttes av forarbeidene, der det uttales at ”det er tilstrekkelig at det foreligger en slik skaderisiko på sikt og det er ikke nødvendig å dokumentere at de forhold som skaper en slik risiko allerede er til stede.”¹⁷⁴

Bokstav d) verner barn mot vold ved at det ikke må bevises at det faktisk har vært utøvd vold i familien, men at det er en fare for det. Bokstav d) er særlig relevant der det er flere barn i en familie, og ikke alle er utsatt for vold. Fordi omsorgsovertakelse må vurderes konkret i forhold til hvert enkelt barn vil omsorgsovertakelse for barn som ikke er utsatt for vold kunne hjemles i bokstav d).

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 111

Tilleggsvilkåret - Annet ledd

I tillegg til at grunnvilkåret i første ledd må være oppfylt for å kunne vedta omsorgsovertakelse, må tilleggsvilkåret etter § 4-12 annet ledd være oppfylt. Vedtak kan ”bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Et slikt vedtak kan derfor ikke treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak etter § 4-4 eller ved tiltak etter § 4-10 eller § 4-11.”

Etter annet ledd skal det foretas en nødvendighetsvurdering, med utgangspunkt i den aktuelle omsorgssituasjonen på vedtakelsestidspunktet. Dersom vedtak om omsorgsovertakelse ikke er nødvendig lenger fordi forholdene har endret seg siden barnevernet fremla forslag om omsorgsovertakelse for fylkesnemnda skal ikke vedtak fattes.

For å vurdere om tiltaket er nødvendig, skal det vurderes om det er andre og mindre inngripende tiltak som kan beskytte barnet i tilstrekkelig grad. Dette er utslag av minste inngreps prinsipp. Prinsippet betyr at forvaltningen skal gjøre så lite inngrep som mulig. For barnevernet betyr det at dersom barnet beskyttes i tilstrekkelig grad gjennom andre tiltak enn å bli flyttet, som for eksempel gjennom støttekontakt og hjelp til den ikke-voldsutøvende forelderen, er ikke omsorgsovertakelse nødvendig. Tilsvarende vil kunne være tilfellet dersom foreldrene samarbeider med barneverntjenesten og samtykker i plassering utenfor hjemmet etter § 4-4.

Endelig skal det i vurderingen av hva som er nødvendig legges vekt på hva som er det beste for barnet, jf. annet ledd og § 4-1. Det skal etter § 4-1 ”legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.”. Dette er momenter som også har betydning ved vurderingen av § 4-12 annet ledd. Barnevernets tiltak må etter dette være bedre for barnet enn situasjonen er hjemme.

Hva taler ”stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen” for i vurderingen av om omsorgsovertakelse vil være til det beste for barnet eller ikke?

På den ene siden taler stabil og god voksenkontakt for at dersom det er mangler ved omsorgssituasjonen hjemme bør barnet flyttes til et sted der barnet får stabile voksne rundt seg som kan gi barnet trygghet og mulighet til å utvikle seg. Selv om det kan være mange årsaker til at det er mangler ved omsorgen, vil det i mange tilfeller være stabil og god voksenkontakt og nye trygge relasjoner som barnet trenger for å gjenopprette tryggheten i seg for å utvikle seg videre.

Kontinuitet i omsorgen kan på den ene siden tale for at de biologiske foreldrene skal ha omsorgen så langt de gir barnet tilstrekkelig god omsorg. På den annen side kan kontinuitet i omsorgen tale for at nye og trygge voksne skal ta vare på barnet slik at barnet får tid og mulighet til å gjenopprette trygghet uten å skulle være redd for å bli flyttet frem og tilbake.

En særlig problemstilling i forbindelse med saker om omsorgsovertakelse er at mange barn allerede er flyttet når saken kommer opp i fylkesnemnda og eventuelt domstolen. Fordi det er situasjonen på avgjørelsestidspunktet som skal legges til grunn ved vurderingen av omsorgsovertakelse må det også vurderes om vilkårene for tilbakeføring etter § 4-21 er oppfylt, fordi det er jo det som faktisk skal skje. Dette følger blant annet av Rt. 2004 s. 1683, der det uttales om dette at ”Det er derfor – slik også lagmannsretten har gitt uttrykk for – ikke nødvendig å ta stilling til om vilkårene for omsorgsovertakelse forelå da fylkesnemnda traff sitt vedtak.”¹⁷⁵ På grunn av dette vil saker som i utgangspunktet omhandler omsorgsovertakelse etter § 4-12 i mange tilfeller heller bli en vurdering av om vilkårene for opphevelse av omsorgsovertakelse etter § 4-21 er oppfylt. § 4-21 behandles i kapittel 4.5.9.

Samlet gir § 4-12 barn vern mot vold ved at ulike aspekter ved vold i familien i dag eller i fremtiden gir grunnlag for vedtak om omsorgsovertakelse. Dette er et vern fordi barnet blir plassert utenfor hjemmet, hos mennesker som kan gi det trygghet og god omsorg og som kan beskytte barnet mot nye overgrep.

¹⁷⁵ Rt. 2004 s. 1683 avsnitt 33

4.5.7.2 Beviskrav

I utgangspunktet er beviskravet alminnelig sannsynlighetsovervekt for vurderinger etter barnevernloven. Spørsmålet er om det gjøres unntak fra hovedregelen i vurderingene etter § 4-12 første eller annet ledd?

Grunnvilkåret - Bokstav a)

Etter ordlyden i bokstav a) er beviskravet formulert gjennom begrepet ”alvorlige mangler”, fordi det er begrepet som angir i hvilken grad de andre vilkårene må bevises. I utgangspunktet må det bevises at det er mer sannsynlig at det er alvorlig mangel ved omsorgen enn at det ikke er alvorlige mangler ved omsorgen.

Likevel kan begrepet ”alvorlig” tale for et forsterket beviskrav. Det er ikke nok at det er mangler ved omsorgen, disse manglene må også være alvorlige. Etter forarbeidene er ”alvorlige mangler” definert som at ”situasjonen må være forholdsvis klart uholdbar – ikke ethvert avvik fra det man kaller vanlige normer eller situasjoner skal gjøre det berettiget å treffe vedtak om ansvarsovertakelse”¹⁷⁶.

Det må etter dette foreligge noe særskilt, som begrunner avviket i omsorgen og som gjør at det ikke er akseptabelt at barnet utsettes for denne situasjonen. Slik jeg forstår forarbeidene må dette også være relativt klart, men ikke helt klart. For eksempel kan ikke utradisjonelle oppdragelsesmetoder kvalifisere til omsorgsovertakelse, ved at foreldrene ikke følger samfunnets normer, med mindre dette gjør situasjonen for barnet uakseptabel.

På den annen side er det ingen holdepunkter i praktiseringen av bokstav a) som tyder på at ”alvorlig” skal forstås som er forsterkning av beviskravet.

Hensynet til vernet av barnet og barnets beste taler også i mot et forsterket beviskrav. Et

¹⁷⁶ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 110-111.

forsterket beviskrav ville gjort vernet av barnet mindre, ved at kravet for å kunne vedta omsorgsovertakelse etter bokstav a) ville vært strengere. Et slikt krav ville etter dette måtte være tydeligere uttalt, enten gjennom ordlyden eller forarbeider.

Beviskravet må etter dette forstås som alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Grunnvilkåret - Bokstav c)

Etter bokstav c) er skal det bevises at barnet ”blir” mishandlet eller utsatt for andre alvorlige overgrep i hjemmet. Utgangspunktet er alminnelig sannsynlighetsovervekt for å bevise at et barn blir mishandlet eller utsatt for andre overgrep.

Etter ordlyden kreves det her mer sikker kjennskap til hva som skjer i hjemmet, jf. at det kreves at barnet faktisk ”blir” utsatt for overgrep, i motsetning til antakelser om overgrep.

Omsorgsovertakelse kan dermed vedtas dersom det er mer sannsynlig at barnet utsettes for mishandling eller andre alvorlige overgrep, enn at barnet ikke blir utsatt for mishandling eller andre alvorlige overgrep.

Grunnvilkåret - Bokstav d)

Etter bokstav d) er beviskravet uttalt i ordlyden gjennom begrepet ”overveiende sannsynlig”. Spørsmålet er om det her er gjort unntak fra hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”overveiende sannsynlig” taler for at beviskravet er strengere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Dette fremkommer også av forarbeidene.¹⁷⁷ Beviskravet er etter dette et kvalifisert sannsynlighetskrav, og det strengeste beviskravet av de tre alternative vilkårene som er behandlet. Begrunnelsen for det strenge

¹⁷⁷ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 111

beviskravet er at bestemmelsen gjelder hendelser i fremtiden. For å kunne treffe vedtak om omsorgsovertakelse basert på noe i fremtiden må det være mye mer sikkert at det er fare for alvorlig skade enn at det ikke er sikkert. Etter forarbeidene er det nok at skaderisikoen foreligger på sikt, og det er ikke ”nødvendig å dokumentere at de forhold som skaper en slik risiko allerede er til stede”.¹⁷⁸

Tilleggsvilkåret - Annet ledd

Beviskravet etter annet ledd er at vedtak er ”nødvendig” ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Fraviker dette beviskravet fra hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt?

På den ene siden kan begrepet ”nødvendig” være forsterkende, ved at det ihverfall må ha en betydning og det må være noe som må skje.

På den andre siden er det ikke andre holdepunkter i som taler for at begrepet er forsterket. Videre er det heller ingen holdepunkter i forarbeider eller rettspraksis som tilsier at beviskravet skal være strengere.

Beviskravet er dermed alminnelig sannsynlighetsovervekt for å legge til grunn at omsorgsovertakelse er nødvendig.

¹⁷⁸ Ot.prp.nr.44 (1991-1992) s. 110-111.

4.5.8 Barnevernloven § 4-19 første og annet ledd

4.5.8.1 Anvendelsesområdet

Første ledd

Det følger av barnevernloven § 4-19 første ledd at ”barn og foreldre har, hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre”. Dette er en gjensidig rett barn og foreldre har, basert på det biologiske prinsipp.

Det presiseres at denne regelen om samvær gjelder når barnevernet har omsorgen for barnet og foreldrene ønsker samvær med barnet sitt, i motsetning til når den ene forelderen er barnets faste bosted og den andre ønsker samvær med barnet etter barneloven § 43. Begge reglene gir foreldre rett til samvær med barnet sitt, men det er ulike tilfeller og hensyn som ligger bak reglene.

Årsaken til dette er at en sak om samvær etter barneloven ikke nødvendigvis dreier seg om at den ene forelderen ikke evner å gi tilstrekkelig omsorg til barnet, mens etter barnevernloven er det en forutsetning at ingen av foreldrene evner å gi tilstrekkelig omsorg, for at det overhode er et samværsspørsmål.

Annet ledd

Etter § 4-19 annet ledd bestemmes det at ”når det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, skal fylkesnemnda ta standpunkt til omfanget av samværsretten, men kan også bestemme at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Fylkesnemnda kan også bestemme at foreldrene ikke skal ha rett til å vite hvor barnet er.”

Spørsmålet er hvordan § 4-19 annet ledd om å nekte samvær verner barn mot vold?

Etter ordlyden kan fylkesnemnda etter annet ledd avgjøre at det av ”hensyn til barnet ikke skal være samvær”. Dette henviser til en vurdering av hva som er det beste for barnet, jf. også § 4-1. Vernet ligger i hovedsak i muligheten til å nekte samvær fullstendig, eller i

hvert fall å begrense samvær så mye som mulig. Vurderingen som skal foretas er altså om det av hensyn til barnet ikke skal være samvær.

Hva kreves det for å nekte samvær?

Verken ordlyden i § 4-19 annet ledd eller forarbeider gir holdepunkter for hva som kreves, utenom å konstatere at utgangspunktet er at foreldre og barn skal ha samvær.

Det vises til Rt. 2002 s. 908, der saken gjaldt spørsmålet om å nekte samvær etter omsorgsovertakelse i medhold av barnevernloven. Høyesterett uttalte at utgangspunktet er at det, når det er vedtatt omsorgsovertakelse, kan det ”etter § 4-19 andre ledd første punktum bestemmes at det av hensyn til barnet ikke skal være samvær. Dette skjer etter en bred skjønnsmessig vurdering, der fylkesnemnda og domstolene må ta i betraktning det generelle utgangspunktet i barnevernloven § 4-1 - at det ved avgjørelser etter lovens kapittel 4 skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet.”

Etter dette skal det foretas en bred skjønnsmessig vurdering, der hensynet til barnets beste skal ha avgjørende vekt. Spørsmålet er da om fare for vold tilsier at samvær ikke er til det beste for barnet?

I utgangspunktet anses det for det beste for de aller fleste barn å ha kontakt med foreldrene sine. Dersom omsorgsovertakelsen ikke er ment å være varig, er det også viktig for barnet å ha jevnlig kontakt med foreldrene.

For barn som enten er blitt utsatt for vold eller har vært vitne til vold er det likevel ikke sikkert at samvær vil være det beste. Samvær med foreldrene kan være både skadelig, i form av nye overgrep, og retraumatiserende, i form av gjenopplevelse av overgrepene. Nye overgrep kan unngås ved at det pålegges at samvær skal gjennomføres med tilsyn. Retraumatisering derimot, kan skje bare ved at barnet treffer foreldrene, er i sitt gamle hjem, andre opplever andre sanser som minner dem på overgrepene. Dette kan ikke tilsyn verne

barnet mot, og er det vanskelig å unngå. Dersom barnet har traumer fra overgrep vil retraumatisering kunne bringe barnet flere steg tilbake i en bearbeidelsesprosess.

Foreldrenes og barnets rett til samvær skal her veies mot barnets rett til beskyttelse mot vold. Etter forarbeidene¹⁷⁹ skal det som utgangspunkt legges vekt på hvilken verdi det kan ha for barnet at den har kontakt med sine biologiske foreldre, og ikke den rett foreldrene har til å se sitt barn.

Haugli uttaler om dette at ”Hvis årsaken til omsorgsovertakelsen er at barnet har vært utsatt for seksuelle overgrep eller annen mishandling, eller det er mistanke om slike forhold og fare for at barnet kan bli utsatt for tilsvarende overgrep under samværet, er dette hensyn som klart må kunne tilsi at samvær nektes helt.”¹⁸⁰

På tross av dette er det ikke nødvendig for fylkesnemnda eller retten å finne at det er fare for vold, dersom omsorgssvikt generelt tilsier at samvær av hensyn til barnet kan nektes. Haugli uttaler om dette at ”hvilke konsekvenser omsorgssvikten må få for samværet, må slik jeg ser det, i første rekke avhenge av hvilke konsekvenser den sviktende omsorgen har hatt for barnet, og for forholdet mellom barnet og foreldrene. Den svikten som medfører at foreldrene ikke får ha omsorgen for barna, kan også medføre at de heller ikke bør ha samvær, eller at dette bør begrenses kraftig. Her må man skille mellom hvilke forhold det dreier seg om, og både arten og grovheten av omsorgssvikten må ha betydning”.¹⁸¹

Det kan imidlertid reises spørsmål om nektelse av samvær eller begrensnings av samværsretten er i strid med retten til familieliv etter EMK artikkel 8.

Etter EMK artikkel 8 første ledd har enhver ”rett til respekt for sitt privatliv og familieliv,

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) s. 112

¹⁸⁰ Haugli (1998) s. 271-273

¹⁸¹ Ibid. s. 266-267

sitt hjem og sin korrespondanse.” Nektelse eller begrensning i samværsrett etter barneloven § 4-19 er i utgangspunktet i strid med retten til familieliv.

Inngrep i retten til familieliv kan likevel unntas etter EMK artikkel 8 annet ledd når inngrepet er ”i samsvar med loven” og det er ”nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.”

Første spørsmål er om nektelse av samvær er ”i samsvar med loven.” Hjemmel til å nekte samvær følger av barnevernloven § 4-19 annet ledd, og nektelse av samvær følger derfor av norsk lov. Nektelse vil da være i samsvar med loven.

Annet spørsmål er om nektelse av samvær er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn for å beskytte andre rettigheter og friheter. Her er foreldrenes rett til familieliv i kollisjon med barnets rett til å beskyttes mot vold. Lovhjemmelen skal blant annet beskytte barn mot vold.

I følge EMD må det i samværssaker, for å gjøre unntak fra foreldrenes rett til familieliv, foreligge ”spesielle og sterke grunner” for at nektelse av samvær er å nekte samvær. Er risiko for vold tilstrekkelig for å finne at sterke grunner er oppfylt?

Det vises igjen til Rt. 2002 s. 908, der det ble uttalt at ”Uansett legger jeg til grunn – slik også kommunen er enig i – at det kreves spesielle og sterke grunner for at hun skal fratras rett til samvær.”¹⁸²

I den konkrete vurderingen av om det forelå spesielle og sterke grunner for å nekte samvær

¹⁸² Rt. 2002 s. 908 s. 913

uttalte Høyesterett at: ”Jeg ser det ut fra dette ikke som forsvarlig å utsette B for en så stor risiko for skade som samvær med moren vil innebære. Det foreligger spesielle og sterke grunner for å bestemme at A ikke har rett til samvær med B, slik at de strenge kravene etter barnevernloven sett i sammenheng med artikkel 8 i EMK er oppfylt.”¹⁸³ Etter denne dommen var risiko for skade nok for å konstatere ”spesielle og sterke grunner” for å nekte samvær.

Dommen inntatt i Rt.2004 s. 1046 omhandler også spørsmålet om nektelse av samvær. Jeg viser til det som er sagt om dommens innhold tidligere. Sentralt i denne sammenheng er Høyesteretts henvisning til ovennevnte dom, Rt.2002 s. 908, og uttalelse: ”I dommen i Rt-2002-908 uttalte Høyesterett – blant annet på bakgrunn av praksis fra EMD – at det kreves «spesielle og sterke grunner» for å frata foreldrene rett til samvær etter en omsorgsovertakelse.”¹⁸⁴

I vurderingen av om det forelå spesielle og sterke grunner for å frata foreldre samværsrett uttalte Høyesterett at på tross av de generelle hensyn som taler for samvær, ønsker ikke jenta å ha samvær. Høyesterett uttalte videre: ”De sakkyndige omtaler Cs vegring som særlig « bastant », og de uttaler at hun viser ubehaget på en spesielt « sterk og utvetydig måte ». De mener – ifølge psykolog Johansens forklaring i Høyesterett – at dette « mest sannsynlig » skyldes reaktivering av traume i forbindelse med de skader hun er påført. Det fremgår av det jeg tidligere har sagt, at Cs problemer i forkant og etterkant av samværene ikke synes å avhenge av om disse ytre sett har forløpt rimelig vellykket eller ikke. Jeg kan ikke se at jeg har grunnlag for å sette til side de sakkyndiges vurdering når det gjelder synspunktet om reaktivering av traume.”¹⁸⁵. Videre ble det vist til at de sakkyndigs uttalelse om at ”Cs problemer vil forsterkes nå hun får nærmere kunnskap om årsakene til hennes skader og at dette vil vanskeliggjøre samvær ytterligere.... Jeg viser her til at C er påført betydelige og

¹⁸³ Rt. 2002 s. 908 s. 915

¹⁸⁴ Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 49

¹⁸⁵ Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 73

varige fysiske skader, som har store konsekvenser for hennes livsutfoldelse og som hun naturlig nok er meget opptatt av. ”¹⁸⁶

Volden som jenta ble utsatt for i tidlig alder har gitt henne både fysiske og psykiske skader, som har fått stor betydning for om samvær skulle nektes. Høyesterett konkluderte med at påkjenningene ved samvær var så store for jenta at hensynet til foreldrene måtte vike, og at samvær dermed ble nektet. Disse forhold utgjorde etter Høyesterett « sterke og spesielle » grunner” for å nekte samvær.¹⁸⁷ Det var ikke her i hovedsak risiko for vold som var utslagsgivende, men den retraumatiseringen jenta opplevde ved samvær.

Etter dette vil både risiko for å utsette barnet for vold og retraumatisering kunne være tilstrekkelig til å finne at det foreligger sterke og spesielle grunner for å nekte samvær. Slike tilfeller vil etter dette være nødvendig i et demokratisk samfunn, og dermed legitimere unntak fra EMK artikkel 8.

4.5.8.2 Beviskrav

Første ledd

Det følger av § 4-19 første ledd at ” barn og foreldre har, hvis ikke annet er bestemt, rett til samvær med hverandre.” Utgangspunktet er altså at foreldre og barn har rett til samvær, med mindre fylkesnemnda eller retten finner at det ikke skal være samvær etter annet ledd.

Annet ledd

Etter annet ledd er det som skal bevises vedrørende samværsretten at ”av hensyn til barnet ikke skal være samvær”.

¹⁸⁶ Rt. 2004 s. 1046 avsnitt 74

¹⁸⁷ Ibid. avsnitt 74 og 75

Utgangspunktet for vurderingen er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Spørsmålet er om hovedregelen fravikes?

På den ene siden taler ordlyden ikke for at det er gjort unntak fra hovedregelen, da det ikke er brukt forsterkende eller lempende uttrykk. Videre taler praksis for at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det vises til Rt. 2004 s. 1046, der dette var temaet. Foreldrene var blitt fratatt omsorgen for datteren sin på grunn av vold. Da datteren var syv år søkte foreldrene om samværsrett. Foreldrene ble ikke tilkjent samværsrett. Høyesteretts begrunnelse var blant annet at datteren var blitt utsatt for vold da hun bodde med foreldrene og at hun ikke ville. Av betydning for temaet beviskrav uttaler Høyesterett direkte at ”det kan ikke stilles opp et strengere beviskrav enn vanlig sannsynlighetsovervekt for å kunne legge til grunn at skaden skyldes en eller annen form for mishandling fra en eller begge foreldrenes side. [...]”

Her uttaler Høyesterett at både at det er alminnelig sannsynlighetsovervekt som er det gjeldende beviskravet i vurderingen av om samvær skal tilkjennes, og i tillegg at det ikke har noen betydning for beviskravet at samvær nektes på grunnlag av et belastende faktum.

Dette fører til at dersom det fremkommer at barnet er utsatt for vold eller mishandling av foreldrene under samvær, skal dette kunne bevises med alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Videre uttaler Høyesterett: ”Det må etter kommunens mening legges til grunn at C er påført sine fysiske skader i hjemmet. Hun er ved flere anledninger og over tid utsatt for overgrep og annen omsorgssvikt fra foreldrenes side. Bruk av straff har vært en del av oppdragelsen. I erklæring fra Kreyberg Normann og Rognum heter det at skadene ”med overveiende sannsynlighet (er) oppstått som følge av grov ytre vold.” Både fylkesnemnda, byretten/tingretten og lagmannsretten har ved begge behandlingene enstemmig kommet til at det måtte anses overveiende sannsynlig at skadene er påført C av foreldrene. Høyesterett har intet grunnlag for å fravike denne bevisvurderingen. Ved vurderingen av årsaksforholdet kan det ikke stilles strengere beviskrav enn krav om vanlig sannsynlighetsovervekt. ”

Høyesterett konstaterer her at selv om faktum bygger på en straffbar handling, og at det finnes bevist at det er overveiende sannsynlig at foreldrene har utsatt jenta for grov vold, skal det ikke stilles strengere krav til bevis enn det som følger av hovedregelen om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

4.5.9 Barnevernloven § 4-21 første ledd

4.5.9.1 Anvendelsesområdet

Barnevernloven § 4-21 omhandler opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse.

Det følger av første ledd at ”Fylkesnemnda skal oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse når det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg. Avgjørelsen skal likevel ikke oppheves dersom barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet. Før et vedtak om omsorgsovertakelse oppheves, skal barnets fosterforeldre gis rett til å uttale seg.”

Grunnvilkåret etter første ledd første punktum

Første vilkåret, som kalles grunnvilkåret, for at fylkesnemnda skal oppheve et vedtak om omsorgsovertakelse er at ”det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg.”, jf. første ledd første punktum. Etter ordlyden ”skal” er dette en plikt fylkesnemnda har. Utgangspunktet etter forarbeidene (til tilføyelsen av kravet til overveiende sannsynlighet) er at ”avgjørelsen av om vilkårene for tilbakeføring er til stede, herunder om foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, vil alltid måtte bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering av alle relevante opplysninger i saken.”¹⁸⁸

¹⁸⁸ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) kap 3.4

Spørsmålet er hva som tilsier at det er overveiende sannsynlig at foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg.

For det første må grunnlaget for omsorgsovertakelsen være endret. Hvis ikke vil vilkårene for omsorgsovertakelse fortsatt foreligge. Dersom omsorgsovertakelse ble vedtatt på grunnlag av vold i hjemmet må foreldrene påvise at dette ikke vil skje igjen.

Det er videre ikke av betydning om fosterforeldrene er mer skikket enn de biologiske foreldrene så lenge foreldrene med overveiende sannsynlighet kan gi barnet forsvarlig omsorg, jf. Rt. 1996 s. 1684.¹⁸⁹

Endelig skal foreldrenes omsorgsevne vurderes opp mot barnets omsorgsbehov.¹⁹⁰ Ofstad og Skar mener at ”dersom barnet har særlige omsorgsbehov, f.eks. på grunn av tidligere omsorgssvikt, vil dette få betydning for hvilke krav som må stilles til foreldrenes omsorgsevne”.¹⁹¹ For eksempel vil ofte et barn som har traumer etter voldsepisoder ha behov for ekstra trygghet, kontakt og oppfølging. Selv om foreldrene viser at de kan gi god og forsvarlig omsorg på et normalt nivå, kan dette konkrete barnets særlige behov tilsi at de ikke har tilstrekkelig grad av omsorgsevne.

Tilleggsvilkåret etter første ledd annet punktum

Selv om grunnvilkåret er oppfylt kan tilbakeføring likevel ikke skal skje dersom ”barnet har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet.”, jf. første ledd annet punktum.

¹⁸⁹ Rt. 1996 s. 1684 side 1693

¹⁹⁰ Ofstad (2004) s. 184

¹⁹¹ Ibid. s. 184

Spørsmålet er når slik tilknytning foreligger, at tilbakeføring kan føre til at alvorlige problemer?

Det avgjørende er i Ofstad og Skar, basert på flere høyesterettsdommer, at ”tilbakeføring vil medføre en reell fare for skadevirkning av betydning på lengre sikt”.¹⁹²

På den ene siden argumenteres det i forarbeidene for at ”tilknytningen til biologiske foreldre i seg selv kan være en ressurs for barnet. Problemer av mindre alvorlig, eller forbigående karakter, bør derfor ikke være utslagsgivende dersom foreldrene ellers kan gi barnet en varig forsvarlig omsorgssituasjon.”¹⁹³ Dette er utslag av det biologiske prinsipp, der det skal tilstrebes at foreldre og barn er sammen. Flytting vil føre med seg vanskeligheter for barnet, blant annet fordi det må bryte med ny familie, venner, barnehage/skole og lignende, og finne en ny plass i et nytt miljø. Slike problemer skal etter dette ikke ha avgjørende betydning.

På den andre siden kan barnet ha ”betydelige problemer og kreve... en særskilt kvalifisert omsorgssituasjon, eller at barnet har fått en slik tilknytning til sitt nye miljø at tilbakeføring vil gi problemer, er de vesentlige begrunnelser i de fleste sakene.”¹⁹⁴ Dersom barnet lider av traumer på grunn av vold fra foreldrene vil slike problemer tale for at tilbakeføring kan medføre en reell fare for skadevirkninger. Både retraumatisering og brudd med trygge omsorgspersoner kan tilsi dette.

¹⁹² Ofstad (2004) s. 185

¹⁹³ Ot.prp.44 (1991-1992) s. 55

¹⁹⁴ Hove (2011) note 210

4.5.9.2 Beviskrav

Beviskravet for grunnvilkåret er at det er ”overveiende sannsynlig” at foreldrene har tilstrekkelig omsorgsevne. Beviskravet ble skjerpet ved lovendring av 19. juni 2009 nr. 45¹⁹⁵ ved at ”overveiende sannsynlig” ble tilføyet. Det følger av forarbeidene til lovendringen at ”Dette innebærer at det i saker om tilbakeføring kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at foreldrene kan gi det enkelte barn forsvarlig omsorg. Departementet legger til grunn at "overveiende sannsynlig" innebærer at det kreves høy grad av sannsynlighet.”¹⁹⁶

Det kvalifiserte beviskravet gjør at foreldrene må bevise i enda større grad at de er skikket til å få barnet tilbake. Hvis vi ser hjemmelen for omsorgsovertakelse og hjemmelen for tilbakeføring i sammenheng betyr dette at beviskravet for de forhold som kvalifiserte til omsorgsovertakelsen er lavere enn beviskravet som kreves for tilbakeføring. Det skal altså mer til å få barnet tilbake enn det å bli fratatt barnet i utgangspunktet. Dersom en sak som i utgangspunktet omhandler omsorgsovertakelse, på grunn av at barnet allerede er flyttet, i realiteten blir en vurdering av tilbakeføring, vil det skjerpede beviskravet etter § 4-21 få enda større betydning for vernet av barn mot vold enn det bestemmelsen i utgangspunktet tilsier.

Beviskravet for tilleggsvilkåret om at tilbakeføring kan føre til alvorlige problemer for barnet er alminnelig sannsynlighetsovervekt. Sett i sammenheng med grunnvilkåret skal det mer til å bevise at foreldrene har tilstrekkelig omsorgsevne, og når det først er oppfylt skal det ikke mer til enn hovedregelen om sannsynlighetsovervekt for å bevise at barnet ikke vil få alvorlige problemer. Samlet gir de to beviskravene et sterkt vern mot å bli tilbakeført.

Barnevernloven § 4-21 gir barn et sterkt vern. For det første tillater bevistemaet i både grunnvilkåret og tilleggsvilkåret å legge vekt på hensyn til barnet som typisk kan gjøre seg

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 69 (2008-2009)

¹⁹⁶ Ibid. s. 83

gjeldende der barnet er blitt utsatt for vold. Dette gjelder særlig behovet for trygghet og stabile omsorgspersoner, faren for retraumatisering, og skadevirkningene ved at et barn som endelig har bygget seg opp i et nytt miljø igjen skal utsettes for en utrygg og ny situasjon. For det andre er beviskravet for foreldrene strengere, noe som fører til at det skal mer til å bevise at de kan gi barnet tilstrekkelig god omsorg.

4.5.10 Barnevernlovens regler i sammenheng

Barnevernlovens ulike regler om tiltak skal ikke bare verne barn mot vold isolert sett, slik som utdypet foran. Barnevernloven er bygget opp slik at den fanger opp de aller fleste særtilfeller. Når én hjemmel ikke gir barnevernet det verktøyet det trenger for å verne barnet, er det ofte en annen hjemmel som omfatter tilfellet. Poenget er at barnevernet skal hjelpe barnet, og familien, der det/de er, og de minst inngripende tiltak forsøkes først før mer inngripende tiltak settes i verk. Dette samspillet mellom hjemlene er avgjørende for at barnevernet skal kunne bistå barnet der det er nødvendig.

4.6 Norsk retts vern

Jeg har nå sett på hvordan de ulike hjemlene som skal beskytte barn mot vold fungerer hver for seg. I dette kapitlet skal jeg redegjøre for hvordan hjemlene fungerer i sammenheng, og hvordan akkurat dette i seg selv er et vern.

Det er ikke nok at Norge har lovhjemler som beskytter barn mot vold dersom reglene ikke praktiseres i henhold til regelverket. For at vernet av barn mot vold skal være tilstrekkelig er det derfor nødvendig at strafferetten, barneretten og barnevernretten praktiseres etter lovgivers motiver, både hver for seg og sammen. Poenget er at der vernet etter det ene rettsområdet ikke er tilstrekkelig, skal vernet hentes opp av et annet område. På den måten er beskyttelsen helt avhengig av at alle områdene fungerer isolert sett.

En del av praktiseringen omhandler den enkelte bestemmelses bevisetema. Bevisetema er det faktum som må finnes bevist. En annen del av praktiseringen omhandler beviskravreglene, altså med hvilken grad av sikkerhet dette temaet skal finnes bevist. Beviskravet i de tre rettsområdene er som illustrert forskjellige og de kan variere etter forholdene. Det strengeste er strafferettens krav om ”bevist utover enhver rimelig tvil”. Videre er utgangspunktet i barnevernretten alminnelig sannsynlighetsovervekt, men med variasjoner etter hvor inn- gripende tiltaket er. Endelig er barnerettens krav også i utgangspunktet alminnelig sannsyn- lighetsovervekt, men med regel om at det er tilstrekkelig med mindre enn sannsynlighets- overvekt der det er påstand om vold. De ulike beviskravene i disse tre rettsområdene fører til at det varierer mye hva som er tilstrekkelig for å legge til grunn en påstand om vold.

For at et barn skal beskyttes i tilstrekkelig grad må beviskravet praktiseres stringent, uten innblanding og påvirkning fra de andre rettsområdene. Dersom beviskravet sammenblandes kan dette gå direkte utover beskyttelsen av barnet. Det er særlig en anvendelse av strafferet- tens beviskrav, eller et forsterket beviskrav, i saker etter barneloven eller barnevernloven som er problematisk, da dette vil føre til store vanskeligheter med å bevise påstanden om vold.

For eksempel vil det å kreve at en påstand om vold må bevises utover enhver rimelig tvil i en sak der en voldsutsatt forelder påstår at den voldsutøvende forelder ikke kan ha samvær grunnet vold, er svært vanskelig. Dette vil i mange tilfeller føre til at den voldsutøvende forelder får samvær, noe som er i strid med barneloven, og som svekker beskyttelsen av barnet.

Videre vil barnevernet få problemer med å beskytte barn mot vold dersom fylkesnemnda og domstolen legger til grunn et skjerpet beviskrav, fordi det er en påstand om vold.

Det at beviskravet i straffesakeretten er så strengt har ikke egentlig så stor betydning for vernet av barnet, så lenge beviskravet i en konkret straffesak eller strafferetten generelt ikke påvirker vurderingene etter de andre hjemlene. Uansett om den voldsutøvende forelder straffes eller ikke, skal barnet enten vernes av den andre forelder eller barnevernet.

Dette vil også være mulig så fremt regelsettene holdes adskilt.

5 Forslag til endring av barneloven m.v.

12. oktober 2012 sendte Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet ut forslag på høring om lovendringer for å gi barn bedre beskyttelse mot vold og overgrep. Forslagene gjelder endringer i blant annet barneloven, barnevernloven og straffeprosessloven. Forslaget er i april 2013 under behandling.

Jeg skal kort kommentere om to av forslagene vil styrke beskyttelsen av barn mot vold ytterligere, men rammene for oppgaven tillater ikke en utførlig redegjørelse.

- Bostedsforelders rett til å beskytte barnet mot vold

Etter barneloven har barn og foreldre rett til samvær. Likevel har bostedsforelderen behov for å stoppe samvær på grunn av at barnet utsettes for vold når det er på samvær. Denne problemstillingen er vanskelig, fordi forelderens plikt til å sørge for samvær er i kollisjon med plikten til å hindre at barnet blir utsatt for vold.

Endringsforslaget går ut på at det skal presiseres at bostedsforelder etter gjeldende rett kan nekte samvær dersom det foreligger reell frykt for vold, gjennom et nytt punktum i § 43 femte ledd der ”reell frykt eller risiko for vold eller overgrep mot barnet, må anses for å utgjøre en god og legitim grunn til å nekte avtalt eller fastsatt samvær”.

Denne delen av forslaget har skapt stor debatt i mediene, fordi mange mener at denne retten vil kunne utnyttes i en konflikt mellom foreldrene. Andre mener, som departementet, at dette allerede følger av gjeldende rett. Presiseringen kan styrke beskyttelsen av barn ved at bostedsforeldre som frykter at barnet utsettes for vold på samvær, er trygg på at det både er riktig å nekte samvær og ikke vil kunne ødelegge en sak om foreldreansvar på grunn av dårlig samarbeid.

- Forslag om tap av samværsrett og/eller foreldreansvar som sivilt rettskrav i straffesak

Det forslås også å endre reglene for sivile rettskrav i straffesak der en av foreldrene blir siktet, tiltalt, dømt eller frikjent for vold mot barna eller tidligere partner. Forslaget går ut på at også krav om tap av samværsrett og foreldrerett kan fremmes etter straffeprosessloven § 3. Dette vil kunne styrke beskyttelsen av barn blant annet fordi det er mer prosessøkonomisk for bostedsforelderens at spørsmålet avgjøres i straffesaken enn å gå til egen sak etter barneloven. Samtidig vil beviskravet i det sivile rettskravet, på grunn av uskyldspresumsjonen, kunne være klar sannsynlighetsovervekt, mens det etter barnelovens regler om foreldreansvar og samvær, § 30 og 43, er mindre enn sannsynlighetsovervekt ved påstand om vold.

- Vurdering

Lovforslagene presenterer klare initiativer for å bedre barnets rettsstilling og øke beskyttelsen av barnets vern mot vold. Den økte rettsliggjøringen av barnets vern mot vold fører i noen tilfeller til en reduksjon i foreldrenes rettigheter, noe som er blitt sterkt kritisert i mediene. Det blir spennende å se hva høringsforslaget leder til.

6 Avslutning

Gjennom denne oppgaven har jeg kommet til at Norge har et solid regelverk som skal beskytte barn mot vold. Regelverket er i tråd med FNs barnekonvensjon. Barnets vern kommer særlig til uttrykk i lovgivers tilpasning av bevistema og beviskrav, både i den enkelte bestemmelse og samlet i hvert rettsområde.

I løpet av arbeidet har jeg endret syn på hva som ligger i vern. Da jeg startet arbeidet med oppgaven var oppfatningen min at vern mot vold etter strafferetten oppstiller et tilstrekkelig vern for å beskytte barn mot vold i nære relasjoner. Oppgaven har bidratt til at jeg nå forstår at strafferettens vern kun sørger for at en forelder som er mistenkt/siktet/tiltalt for vold, i en periode blir frihetsberøvet og ikke har anledning til å oppsøke barnet. Resten av tiden skal barneloven og barnevernloven beskytte barnet. Det er derfor de tre regelsettene i sammenheng som samlet utgjør et vern for barnet mot vold.

For at vernet skal være effektivt er det likevel avgjørende at aktørene som praktiserer reglene gjør dette i henhold til regelverket. I disse sakene gjelder det særlig dommere, advokater, politiet og barnevernet.

Barnets vern mot vold er på tross av regelverket svært sårbart, fordi det enkelte barn er avhengig av enten en beskyttende forelder som skaffer hjelp eller at barneverntjenesten blir kjent med at barnet utsettes for vold.

Altså er barnet helt avhengig av at hver enkelt aktør kjenner og bruker regelverket riktig, og tar ansvar for at barnet skal beskyttes.

7 Kilder

Loveregister

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai (grunnloven) av 17. mai nr. 00
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar nr. 00
- 1981 Lov om barn og foreldre (barneloven) av 8. april nr. 7
- 1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven) av 22. mai nr. 25
- 1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli nr. 100
- 1997 Lov om familievernkontorer av 19. juni nr. 62
- 1998 Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) av 17. juli nr. 61
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai nr. 30
- 1999 Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven) av 2. juli nr. 64
- 2005 Lov om barnehager (barnehageloven) av 17. juni nr. 64
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni nr. 90
- 2010 Lov om vergemål (vergemålsloven) av 26. mars nr. 9
- 2010 Lov om endringer i barneloven m.v. av 9. april nr. 13

Forarbeider

- SMK 1896 *Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. Udarbeidet af den ved kgl, Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission. Kristiania. Det Steenske Bogtrykkeri. 1896.*

- NOU 1982: 26 *Barnemishandling og omsorgssvikt.*
- NOU 1985:18 *Lov om sosiale tjenester m.v.*
- NOU 2003:31 *Retten til et liv uten vold - Menns vold mot kvinner i nære relasjoner*
-
- Ot.prp.nr.62 (1979-1980) *Om lov om barn og foreldre (barneloven)*
-
- Ot.prp.nr.8 (1986-1987) *Om lov om endring i barneloven § 30 (vold og annen mishandling av barn).*
- Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) *Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)*
- Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) *Om lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v (etterforskningsmetoder m v)*
-
- Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) *Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (rasistiske symboler, besøksforbud og strafferammen ved sammenstøt av lovbrudd)*
- Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) *Om lov om endringer i barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)*
- Ot.prp.nr. 113 (2004-2005) *Om lov om oppheving av løsgjengerloven og om endringer i straffeloven mv. (eget straffebud mot vold i nære relasjoner mv.)*
- Ot.prp. nr. 69 (2008-2009) *Om lov om endringer i barnevernloven*
-
- Ot.prp.nr.104 (2008-2009) *Barneloven mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.) (endringslov)*
- Innst. O. nr. 80 (1991-1992) *Innstilling fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven).*

Høringsforslag Forslag til endringer i lov 8. april nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) mv. for å gi barn bedre beskyttelse mot vold og overgrep.

Traktater

EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950
BK FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989
SP FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966
ØSK FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 16. desember 1966

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1996 s. 864
Rt. 1996 s. 1684
Rt. 1998 s. 1638
Rt. 1999 s. 1363
Rt. 2002 s. 908
Rt. 2004 s. 321
Rt. 2004 s. 844
Rt. 2004 s. 1046
Rt. 2004 s. 1556
Rt. 2004 s. 1683
Rt. 2005 s. 1567
Rt. 2008 s. 1409
Rt. 2010 s. 949
Rt. 2011 s. 949
Rt. 2012 s. 835
Rt. 2013 s. 59

Lagmannsrettspraksis

LG-1998-260-2

LE-2003-60

LA-2012-92858

LB-2012-065749

Praksis av Den Europeiske menneskerettsdomstol

Sekanina v. Austria	Case of Sekanina v. Austria, 25.08.1993
Johansen v. Norway	Case of Johansen v. Norway, 07.08.1996.
Asan Rushiti v. Austria	Case of Asan Rushiti v. Austria, 21.03.2000
Ringvold v. Norway	Case of. Ringvold v. Norway, 11. 02.2003
Y. v. Norway	Case of Y. v. Norway, 11.02.2003
Orr. v. Norway	Case of. Orr. v. Norway, 15.05.2008

Kommentarer og veiledere

Committee on the Rights of the Child, General comment No. 13 (2011), The right of the child to freedom from all forms of violence.

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>

Sandberg, Kirsten. *Barneloven med kommentarer*. Norsk lovkommentar nettversjon [sitert 2. april 2013]

Fliflet, Arne. *Kommentar til Grunnloven*. Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 2. april 2013]

Haugland, Geir Sunde. *Kommentar til straffeprosessloven*. Norsk lovkommentar nettversjon. [sitert 7. april 2013]

Q-1121B, juli 2006. *Veileder om barnevernets rolle ved mistanke om overgrep under samvær*. Utgitt av Barne-og Likestillingsdepartementet.

Artikler

Graver, Hans Petter. *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap s. 465-498, 2004. (siteret fra lovdata)

Lindboe, Knut. *Om beviskravet i barnevernssaker*. I: (FAB) nr. 3, 2007. (siteret fra lovdata)

Oppedal, Mons. *Vold og seksuelle overgrep som argument i avgjørelser etter barneloven*. I: FAB 2008 nr. 2.

Litteratur

- Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. Oslo, 2009
- Mæland, John Henry. *Innføring i alminnelig strafferett*. 3. Utgave. Bergen, 2004
- Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 2. utgave Oslo, 2006
- Syse, Aslak og Kjønstad, Asbjørn. *Velferdsrett*. 4. Utgave. Oslo, 2008
- Hov, Jo. *Innføring i prosess 1*. Oslo, 2009
- Hov, Jo. *Innføring i prosess 2*. Oslo, 2009
- Fliflet, Arne. *Grunnloven, kommentarutgave*. Utg. Oslo, 2004
- Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess* 4. utgave ved Myhrer, Tor-Geir Oslo, 2010
- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utgave ved Matningsdal, Magnus og Rieber-Mohn, Georg Fredrik Oslo, 2005
- Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*. 2. utgave ved Andorsen, Kjell V. Harstad, 2009
- Backer, Inge Lorange. *Barneloven, kommentarutgave* 2008
- Ofstad, Kari og Skar, Randi. *Barnevernloven med kommentarer*. 2004
- Haugli, Trude. *Samværsrett i barnevernssaker*. Tromsø, 1998.

Annet

Film av Domstoladministrasjonen. *Til barnets beste*

– *behandlingen i barnelovssaker ved volds- og overgrepssproblematikk.*

Produsert av Sheriff Film Company.

2012