



Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet,
Samlivs- og likestillingsavdelingen
Postboks 8036 Dep.
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post: postmottak@bld.dep.no

Deres ref.:
12/6734

Dok. nr.: 147089

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no
T +47 22035046

03.12.2012

Høring - forslag til lovendringer for å gi barn bedre beskyttelse mot vold og overgrep

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 12.10.2012 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt Forsvarergruppens høringsutvalg og lovutvalget for familierett arv og skifte. Høringsutvalget består av Arild Dyngeland (leder), John Christian Elden, Inger Marie Sunde, Mette-Julie Sundby, Rene Ibsen og Knut Rognlien. Lovutvalget består av Ingrid Lång (leder), Sverre Larhammer, Rikke Lassen, Janne Karin Rasmussen, Simon Ladderud Stende og Roar Vegsund.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Uttalelse

Advokatforeningen er av den oppfatning at enhver styrking av de mest sårbare og utsatte barnas rettsvern er av det positive. Departementets forslag er dyptgripende, men gir grunnlag for enkelte problematiseringer.

Etter Advokatforeningens syn inneholder dagens barnelov i all hovedsak de rettslige rammer som er nødvendige for å kunne ivareta barnas beskyttelse mot vold og overgrep. En vil imidlertid fremheve at det å fokusere på barnas grunnleggende rett til slik beskyttelse, samt å få dette presisert i lovteksten er utelukkende positivt. Advokatforeningen viser imidlertid til at dette kom svært klart frem ved lovendring av Bl § 48,2.ledd. Det er grunn til å understreke at det i mediene mange steder er skapt et inntrykk av at det nå er foreslått en helt ny mulighet for at en forelder kan nektes samvær av den andre der samvær kan være farlig for barnet. I realiteten følger dette allerede av foreldreansvar og omsorgsplikt, og departementets forslag er en presisering og kodifisering av dette.

Departementet spør eksplisitt om kommentarer til om en slik presisering av retten til å beskytte barnet ved å ikke etterleve den underliggende avtalen mellom foreldrene også bør omfatte samværsforelder, slik at vedkommende kan holde barnet tilbake etter samvær. Det er vanskelig å se at dette stiller seg annerledes en den omvendte konstellasjonen, og vi legger til grunn at man på samme måte her må forutsette at denne allerede eksisterende nødrettsfunksjonen vil brukes bare der den er nødvendig, og at domstolene vil slå ned på misbruk.

Etter Advokatforeningens syn dekker dagens § 60,1.ledd de rammer som forutsetningsvis er ment for å gi barna forsvarlige omsorgsrammer ift foreløpige avgjørelser. Advokatforeningen er av den oppfatning at dagens ordning likevel gir for lite sikkerhet for raske og effektive avgjørelser.

3. Kommentarer til de enkelte forslag

Advokatforeningen støtter departementets forslag om å innføre en *skal*-regel for retten i forhold til saker hvor det er påstått vold eller overgrep mot barn fra en av partene. Dagens ordning hvor dette er en *kan*-regel, synes i for stor grad å skape usikkerhet i forhold til om retten følger opp en slik begjæring fra en av partene før det er avholdt saksforberedende møte i saken etter § 61. Tidselementet i disse sakene er svært sentralt, og vurderingene en omsorgsperson må gjøre i en slik situasjon er langt på vei lik de vurderinger en kjenner fra barnevernlovens akutthjemler. At en kan forvente en avgjørelse innen kort tid vil derfor skape det nødvendige rammeverk i disse vanskelige sakene. Advokatforeningen merker seg departementets uttalelse om at «Bostedsforelders terskel for å nekte samvær på grunn av frykt for vold og overgrep ikke må være for høy». På den annen side er det en problemstilling at en kan stå overfor grunnløse beskyldninger motivert av bostedsforelderens motstand mot samvær.

Advokatforeningen ser det som hensiktsmessig å presisere at rettens plikt til å ta stilling til en slik begjæring, ikke endrer de generelle krav til forsvarlig behandling og alminnelig beviskrav. Også for dette forslaget synes en del av den offentlige kritikken som er fremsatt å være basert på manglende forståelse for den prøving som domstolen vil gjøre innenfor rammen av hjemmelen for midlertidig kjennelse.

Når det gjelder problemstillingen knyttet til dommeres eventuelle meldeplikt til barneverntjenesten når de får kjennskap til bekymringsfulle forhold under behandling av saken, er Advokatforeningen av den oppfatning at dette bør lovhjemles slik at dagens uklarhet kan fjernes. Dommere vil kunne bli kjent med alvorlige forhold som det åpenbart er viktig kan videreformidles til barneverntjenesten.

Det reiser seg imidlertid flere særlige spørsmål knyttet til et slikt pålegg, som for eksempel etterfølgende vitneførsel og mulig inhabilitet i mindre rettskretser, slik det også påpekes i forslaget. Det kan videre på mange nivåer diskuteres om taushetsplikt i ulike institusjoner og faggrupper bør uthules ved slike bestemmelser om meldeplikt.

Ved mulig alvorlig omsorgssvikt for barn gjør imidlertid helt særlige hensyn seg gjeldende, og det kan ikke sees at dommere skal stå i en annen stilling enn for eksempel leger og psykologer.

Advokatforeningen deler departementets syn om at også barn under syv år, og som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal gis anledning til å uttale seg og høres om relevante sider ved saken, herunder få informasjon i forkant av høringen og om utfallet av saken. Advokatforeningen støtter forslaget til lovendring hvor det fastslås en informasjonsrett til barnet. Dagens praksis, hvor det hovedsakelig overlates til sakkyndige å snakke med barnet, har vel allerede ført til at dette også i dag gjøres, men å få dette presisert i lovteksten antas å være positivt.

Den etterfølgende informasjonen til barnet, er også med på å styrke barns grunnleggende retter, og å sikre at retten til informasjon og høring ivaretas, samt at barnets mening tillegges den vekt den tilkommer i det enkelte saken.

Advokatforeningen er av den oppfatning at det synes mest egnet, og gir den beste helhetlige løsningen å legge forslaget om tilbakemelding til barnet inn i den eksisterende hjemmelen i Bl § 31. Dette for å sikre at regelen gis anvendelse også der det ikke tas noen andre skritt etter § 61 enn oppnevning av sakkyndig for tradisjonell utredning. Ved at bestemmelsen tas inn i § 31, som det er vist til fra § 61 første ledd nr. 4 dekker man garantert alle saker.

Etter Advokatforeningens syn representerte endringene i saksbehandlingsreglene (§ 61) en svært positiv utvikling i de fleste barnefordelingssaker. Imidlertid har meklingsinstituttet vist seg å være mindre hensiktsmessig i de mest alvorlige sakene, herunder i saker hvor vold og overgrepssproblematikk mot barna er tema. Advokatforeningen støtter derfor endringsforslaget i § 61 nr 1 hvor dommeren skal foreta en vurdering av hvorvidt saken er egnet til mekling. Mye av de praktiske spørsmål som må avklares i disse sakene vil kunne løses gjennom planmøtene mellom dommer og partenes prosessfullmektiger. Igjen er tidselementet av stor betydning og gevinsten ved å muligens få fremskyndet en hovedforhandling er betydningsfull. Forholdet til finansiering av sakkyndige utredninger har bydd på utfordringer for mange foreldre som har anstrengt økonomi. I de alvorligste sakene deler derfor Advokatforeningen departementets (og Barneombudets) syn om at det bør vurderes at kostnadene med en sakkyndig utredning etter § 61, nr. 3 bør dekkes av staten. Kartlegging av de alvorligste problemstillingene krever ofte sakkyndighet, og en har erfaring med at de ofte ikke er like egnet for avklaring gjennom ordinær bevisførsel. Det er videre et poeng av betydning at retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning, og spesielt i de alvorlige sakene er det ofte nødvendig med sakkyndighet. Staten bør derfor, etter Advokatforeningens syn, i større grad kunne ta disse kostnadene.

En ordning med kostnadsdekning i de alvorlige sakene vil ha stor betydning for muligheten til forsvarlig saksopplysning og tilstrekkelig beskyttelse for de risikoutsatte barna. Advokatforeningen vil videre sterkt oppfordre til at det også på barnelovsområdet utarbeides et tilpasset regelverk for noen standardiserte krav til sakkyndige utredninger, slik det er gjort

for sakkyndig arbeid i barnevernsakene.

Lovregelen om oppnevning av advokat for barnet etter barnelovens § 61, nr. 5 har, etter Advokatforeningens syn, vært lite brukt. Advokatforeningen støtter departementet i at det, spesielt i saker med vold og overgrep kan være av stor betydning at det oppnevnes egen advokat for barna. I saker som har hatt et strafferettslig fokus har barna oppnevnt bistandsadvokat i anledning barneavhør og eventuell senere straffesak, og barna bør etter Advokatforeningens syn gis samme mulighet i barnefordelingssaker hvor de samme forhold vil kunne være tema.

Vedrørende forslaget om endring i straffeprosessloven § 3

Advokatforeningen mener det ikke bør gis adgang til å fremme krav om tap av foreldreansvar og/eller samværsrett som sivilt rettskrav i straffesak etter straffeprosessloven § 3. Dette skyldes følgende bekymringer:

Barnets beste vs. rettsikkerhet

De grunnleggende hensynene for henholdsvis behandling av straffekravet og behandling av det barnerettslige kravet er diametralt forskjellige. Som departementet selv påpeker i høringsbrevet på s. 37, har advokaten i en barnerettslig sak plikt til å sette hensynet til barnets beste fremst ved utføringen av advokatoppdraget, jfr. barneloven § 48. Dette vil ikke bare «kunne komme i strid med forsvarerrollen», men stå i grunnleggende konflikt med forsvarerens eneste oppgave: å forsvare sin klient innenfor de straffeprosessuelle og forsvareretiske rammer. Tiltaltes rettsikkerhet er et ufravikelig hensyn i straffesaker, og må ikke rokkes ved.

At barnets beste-hensynet er styrende for utøvelsen av oppdraget som prosessfullmektig, vil for eksempel komme til syne når edisjonsplikten i relasjon til det sivile kravet inntreffer: Advokaten har for eksempel dokumentasjon for at klienten ruser seg mer enn det som har fremkommet i straffesaken, og vurderer at dette har betydning for omsorgsevnen. I slike tilfeller blir det åpenbart at man ikke kan kombinere en forsvarergjerning med den sivilrettslige (barnerettslige) edisjonsplikt. Dette er i regelen mindre problematisk ved behandlingen av et erstatningskrav, hvor det i all hovedsak er skadelidte som skal dokumentere inntrådte skadevirkninger og tap – det er sjelden skadevolders forhold trekkes inn etter at ansvarsgrunnlaget (straffbar handling) er konstatert. Det gjelder dessuten ikke noe særlig overordnet formål. I et krav om tap av samværsrett, vil imidlertid nettopp samværsforelder/den tiltaltes personlige forhold bli måtte bli et tema fra begge parter side, og rent faktisk vil en kunne flyte inn i den strafferettslige sfære også i den tematikk som berøres isolert for det sivile kravet. Dette gjør at konflikten mellom de grunnleggende sivilprosessuelle og straffeprosessuelle hensyn tilspisses i stor grad, og gjør dobbeltrollen for den som er forsvarer og prosessfullmektig vanskelig hvis ikke umulig.

Det skulle ikke være nødvendig å fortrenge rettsikkerhet for den tiltalte til fordel for barnets beste – eller motsatt. Separat behandling av de to krav må derfor bli løsningen bare av denne grunn.

Bevistema og bevisføring

I høringsbrevet øverst på s. 37 uttrykker departementet bekymring for at det strenge

beviskravet som gjelder i straffesaker skal ”smitte over” på behandlingen av det sivile samværskravet. Dette er neppe noe å frykte, idet det regelmessig idømmes erstatningsansvar i frifinnende dommer. Advokatforeningen peker imidlertid på tilbakemeldinger fra en del forsvarere om at de opplever en annen form for ”smitteeffekt”: Ved å fremme sivile krav (eksempelvis erstatningskrav som er mest vanlig) i tilknytning til straffesak, gis det adgang til bevisføring som i relasjon til skyldspørsmålet ikke er relevant, og ofte heller ikke i særlig grad for straffespørsmålet.

Et eksempel på denne type bevisføring kan være uttalelser fra fornærmedes psykolog eller nærstående som skal belyse senere psykiske skadevirkninger i forbindelse med fremsatt krav om ménerstatning som følge av PTSD-diagnose. I den grad det bestrides at tiltalte har påført skade – men skadevirkninger vitterlig er manifestert hos fornærmede – er det en mulighet at skaden har oppstått av andre årsaker. Skadevirkningene som sådan er et lite robust bevis for at skaden har blitt påført på den påståtte måte. Det fryktes allikevel at denne type bevisførsel ”smitter”, i psykologisk forstand, over på dommernes vurderinger i relasjon til skyldspørsmålet – at skadevirkninger Y senere har inntrådt, ubevisst tolkes som en støtte for påstanden om at X har skjedd, noe som er en logisk feilslutning. Det kan også skape (ytterligere) irrasjonelle reaksjoner som sympati for den ene parten, og antipati den andre veien.

På samme måte er det en bekymring at dersom det tillates fremme av krav om tap av samvær og/eller foreldreansvar i forbindelse med straffesak, vil retten måtte tillate – antagelig i enda større grad enn ved erstatningskrav – bevisførsel som går langt utover hva som kommer *straffesaken* ved – (smnl. strprl. § 136 tredje ledd m.fl.) Det er derfor en fare for at bevisførsel som på generelt grunnlag skal belyse at samværsforelder/den tiltalte er et menneske som er lite egnet til å være forelder, og dermed vil skape antipati for tiltalte og/eller belyse sider ved vedkommende som ikke er relevante for skyldspørsmålet, vil kunne tilflytte de strafferettslige bevisvurderingene. Dette er lite heldig.

Vi er uenige i departementets generelle forutsetning i første avsnitt punkt 4.3 s. 36 om at «*i en straffesak vil retten få mye informasjon om tiltalte i form av sakkyndige rapporter, vitneforklaringer etc. som vil kunne være viktige og relevante i en samværs sak*».

Bevisførselen i en straffesak er som oftest knyttet til enkeltstående situasjoner, for å avgjøre skyld og straff på bakgrunn av enkeltstående handlinger. Bevisførselen vil sjelden gjelde tiltaltes omsorgsevne, generelle egenskaper, tilknytning til barna, mv. Og selv om spørsmålet om hva tiltalte har gjort «*vil være av sentral betydning både for straffekravet og kravet om tap av samværsrett*» (samme avsnitt), må man passe seg for en antagelse om at det *alltid* vil være riktig at en domfelt forelder skal miste rett til samvær. De to vurderingstemaene er slett ikke alltid symmetriske, og det kan eksempelvis lett tenkes tilfeller hvor tiltalte dømmes for vold mot mor, men hvor det er til barnets beste at samvær fortsetter. Det er da ikke spørsmålet om hva tiltalte har gjort – men *andre* spørsmål – som vil være av minst like sentral eller større betydning.

I strafferetten skal all rimelig tvil komme den tiltalte til gode, og bevisførsel som gjelder vurderinger av tiltalte i sin alminnelighet skal som hovedregel avskjæres, jfr. § 301 annet ledd. Ved samværs sak skal barnets beste være styrende, beviskravet er et annet, og ikke minst vil bevisetemaet være annerledes anlagt – også i noen grad i en del saker der hvor påstander om straffbare handlinger utgjør fundamentet for krav om tap av samvær. Dette synes som uforenelige størrelser.

Selvinkriminering og uskyldspresumsjonen

Reglene om tiltaltes/saksøktes egen forklaringsplikt vil være ulik i relasjon til straffekrav og sivil krav i en og samme hovedforhandling. Retten til vern mot selvinkriminering følger av EMK artikkel 6 og er helt sentralt for en rettferdig rettergang. Dette kan komme på spissen eksempelvis der man ikke vil tilstå og dermed pådra seg straff, men likevel er innstilt på å få hjelp til å endre atferd (for eksempel voldsmestring eller avrusing) som ledd i forsøk på å etablere kontakt med barnet. Siktete kan fort forhindres fra dette om sakene behandles i samme prosess. I forlengelsen av dette settes uskyldspresumsjonen på prøve. Den siktede tvinges således til å foreta et valg med henhold til hva han skal prioritere på et område hvor han har rett til å slippe dette i dag.

Forklaringsplikt for vitner

Den andre forelderen som søker samværsendringen endret gjennom et sivil krav, vil i de fleste tilfeller være tidligere samboer eller ektefelle av tiltalte/saksøkte. Denne gruppen har ikke forklaringsplikt i straffesaken mot tiltalte, jfr. strprl. § 122. På den annen side har denne gruppen plikt til å forklare seg i saken som gjelder samvær, og har for øvrig en generell plikt til å bidra til at ikke barna forblir i en uholdbar samværsituasjon. Disse reglene står åpenbart i konflikt.

I de fleste praktiske tilfeller antas riktignok at den forelderen som ikke er siktet ønsker å forklare seg både i forhold til straffesaken og samværsaken. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor en tidligere ektefelle ikke ønsker å bidra til straffeforfølgningen av en som er mistenkt og siktet for eksempelvis overgrep mot felles barn, men hvor vedkommende ønsker å nekte samvær dersom den siktede blir funnet skyldig av en domstol. Dette antas uproblematisk all den tid en eventuell ordning etableres på den måten at bostedsforelder (og eventuelt fornærmet) selv må begjære et slikt sivil krav om tap av rett til samvær – da kan vedkommende velge å avvende situasjonen og fremme kravet senere. Dersom en på den annen side skulle vedta en ordning hvor offentlig myndighet får adgang til å begjære et slikt krav medtatt i straffesaken, vil dette imidlertid bli mer problematisk.

Verre er det dessuten for andre nærstående som siktedes foreldre og søsken, som vil kunne bli kalt inn i hovedforhandling som både skal omhandle straffesak og krav om tap av samværsrett. Denne gruppen vil lett havne i skvis mellom de to ulike regelsettene vedrørende deres forklaringsplikt, og vil måtte ta valget mellom å bidra til straffeforfølgning av for eksempel en sønn eller ikke forklare seg/forklare seg falskt og risikere at et barnebarn forblir i en situasjon med omsorgssvikt.

Faren for ulikt styrkeforhold

Departementet har selv påpekt i høringsnotatet på s. 37 en bekymring for at både forsvarer så vel som aktor (der det ikke er bistandsadvokat) kan mangle barnerettslig kompetanse, og lagt til grunn at behandlingen av samværsspørsmål kan bli komplisert. Advokatforeningen er enig i at den problematikken er aktuell, og vil også tilføye en ytterligere bekymring hva gjelder rammevilkårene for prosessfullmektigoppdraget i slike sivile krav:

For det første er det grunn til å peke på at det gjennomgående vil være oppnevnt bistandsadvokat i saker hvor det er aktuelt å fremme sivil krav om samværsspørsmålet, jfr.

strprl. § 107a første ledd, som i stor grad dekker overgrep og alvorlig vold/familievold. Oppnevningshjemmelen blir som regel praktisert slik at også der det eksempelvis er tale om en siktelse for en enkeltstående overtredelse av strl. § 229, og dette har skjedd i familien, oppnevnes bistandsadvokat etter § 107a tredje ledd med henvisning til at forholdet i sin art ligger nær en overtredelse av § 219. Advokatforeningen påstår derfor at den klare hovedregelen i sakene det her er snakk om, vil bli at det sivile kravet vedrørende samvær vil fremsettes og prosederes av en bistandsadvokat, ikke aktor. (Dette også med referanse til departementets drøftelse i punkt 4.6 på s. 41-42.)

Forsvarer på sin side vil måtte turnere både spørsmålet om skyld og straff med aktor som motpart, og krav om tap av samvær med bistandsadvokat som motpart. Ikke sjelden er straffesaken isolert sett arbeidskrevende for forsvarer. I praksis frykter Advokatforeningen at arbeidspresset vil kunne føre til at forsvarer blir tvunget til å nedprioritere den sivile delen av saken, da denne tross alt vil være aksessorisk i relasjon til straffesaken, mens bistandsadvokaten møter fullt forberedt. Dette vil gi et misforhold mellom partene som ikke er å anbefale.

At dette er betenkelig forsterkes av at det her er tale om to krav (krav om straff og krav om å miste retten til å være sammen med eget/egne barn), som er av de aller mest alvorlige inngrep et menneske kan bli utsatt for. Til forskjell fra i de straffesaker hvor man i tillegg møter et økonomisk krav – som i seg selv kan være byrdefullt og fortjener en forsvarlig behandling, men som naturligvis medfører en helt annen belastning enn å bli avskåret fra sitt barn, dersom de blir tatt til følge.

Det er grunn til å peke på at *i tillegg* vil det regelmessig fremmes erstatningskrav i denne sakstypen. Dette forsterker de ovennevnte argumenter ytterligere.

Advokatforeningen finner det dessuten nødvendig å påpeke at dette er nok et eksempel på at forsvarer skal ha flere og større oppgaver, uten at det (sannsynligvis) samtidig vil gjøres endringer i reglene om stykkpris. Et utvidet antall timer i retten, som igjen vil være styrende for stykkpris, vil ikke i tilstrekkelig grad bidra til honorering i forhold til forsvarlig saksforberedelse av slike krav som det her er tale om.

Faren for sekundær behandling av kravet

Advokatforeningens medlemmer som jobber med straffesaker, gir til stadighet uttrykk for den opplevelse at sivile krav blir stemoderlig behandlet når de medtas i straffesaker, med unntak av de rene oppreisningskrav. I straffesaker der man, hvis man var i det sivilprosessuelle spor, ellers ville brukt tid på å prosedere kompliserte spørsmål om for eksempel adekvans og årsakssammenheng eller skadelidtes tapsbegrensningsplikt, avgjøres tilsvarende spørsmål nærmest med et pennestrøk etter at ansvarsgrunnlaget (skyldspørsmålet) er fastsatt. Sivile krav medtatt i straffesak, er og blir bi-krav som får en sekundær behandling sammenlignet med hovedsaken. Holdningen synes å være at er man skyldig i noe straffbart, får man leve med at det stilles lavere krav enn ellers til saksøkers dokumentasjon av kravet og generelle bevisbyrde. Det avsettes dessuten ofte for liten tid under hovedforhandlingen. Hovedfokuset under eksaminasjonen er på de spørsmål som er relevante for straffekravet. I tillegg kommer ikke minst at kravet oftere er vesentlig dårligere forberedt fra partenes side enn det ville vært etter tvistelovens system med utveksling av prosesskriv og tilhørende presisering av anførsler mv.

Det vises i høringsnotatet på s. 37 til at retten ved kompliserte sivile krav har mulighet til å skyte ut kravet til senere behandling jfr. strprl. § 431 eller nekte det forfulgt fordi det passer best i sivilprosessuelle former jfr. strprl. § 428, men denne adgangen benyttes erfaringsmessig ikke ofte. Utover det prosessøkonomiske hensyn som taler mot slik utskutt eller utsatt behandling, så er det nok en mer eller mindre bevisst tanke at man ikke vil belaste fornærmede med nok en (eller flere) rettsdag(er), og at man av hensyn til vedkommende «bør bli ferdig med saken». Således står retten i fare for å ta til behandling krav som kanskje ikke alltid er tilstrekkelig opplyst.

Og dersom det er grunn til å tro at hovedregelen blir at slike sivile krav om samvær regelmessig blir utsatt til separat behandling, bør man i alle fall legge opp til et annet system enn å medta kravene i straffesaker hvor det i utgangspunktet passer dårlig å ta dem til behandling.

Også av hensyn til sakens opplysning, blir Advokatforeningens konklusjon at tap av samværsrett bør behandles i en separat sak, slik at rammevilkårene for behandlingen av kravet blir optimale.

Krav til saksbehandlingen

Det følger av EMDs praksis at kravene til saksbehandlingen skjerpes i saker der det er tale om inngrep i retten til familieliv etter EMK artikkel 8, jfr. eksempelvis Johansen v. Norge, avsn. 64 flg. Selv om det i slike saker som høringsbrevet omhandler vil være tale om et sivilt krav fra en forelder mot den annen, og ikke offentlig myndighet som krever omsorgsovertakelse, antas at de samme krav vil gjelde også når det er tale om domstolsavgjørelse som vil medføre et inngrep overfor den ene forelderens rettigheter etter artikkel 8. Det er grunn til å spørre om et slikt krav til økt prøvingsintensitet kan oppfylles med den prosess som er anvist i utkastet, som skal innebære en "enklere og raskere" avgjørelsesprosess, herunder uten tvistelovens system for saksforberedelse som normalt gjelder i slike saker, jfr. også våre bemerkninger til hvordan sivile krav får et sekundært preg når de behandles sammen med et hovedkrav om straff.

Faren for misbruk

Advokatforeningen vil kun *peke på* problemstillingen hvorvidt det er grunn til å frykte misbruk fra bostedsforelders side av en regel som fører til at man får behandlet krav om tap av samvær i tilknytning til straffesak. Barnefordelingssaker er en sakstype hvor konfliktnivået til tider kan være svært høyt. Advokatforeningens medlemmer opplever i blant å mistenke at uriktige påstander om vold og/eller overgrep bevisst brukes av den ene forelder som brekkstang i barnefordelingskonflikter. Det vises til at departementet i sitt høringsnotat gjennomgående finner grunn til å bruke formuleringene «*reelle* mistanker om» og «*reell* frykt for» osv., noe som kan tyde på at en slik bekymring også er å spore i departementets tekst. Naturligvis er det straffbart å fremsette slike uriktige påstander, men dette er ikke til hinder for at det årlig blir innlevert et uvisst antall falske anmeldelser. Videre er det årlig en rekke «påstand mot påstand-saker» som gjelder vold og sedelighet som tas til behandling hos domstolene, noe som viser at en anmeldelse ikke alltid behøver å ledsages av uavhengige bevis for at det skal tas ut tiltale. Hvis bostedsforelder automatisk får en rett til å behandle krav om tap av samværsak ved å anmelde samværsforelder og anmeldelsen fører til tiltale, er det en mulighet for at flere innleverer falske anmeldelser mot den andre forelder i saker der konfliktnivået er utålelig. Fremgangsmåten for å få motparten inn i rettslige forhandlinger vil

fremstå som lettere enn der man selv må utta stevning og fremsette slike påstander – og hevnmotiver mot ekspartner kan heller ikke utelukkes. Advokatforeningen mangler imidlertid det empiriske grunnlaget til å uttale seg sikkert om i hvor stor utstrekning en slik bekymring er realitetsforankret. En ber imidlertid departementet vurdere dette i større grad enn de enkeltstående betraktningene i høringsbrevet.

4. Oppsummering

Det er forståelig, og lett å sympatisere med, at en vil lette situasjonen for bostedsforelder og barn der hvor samværsforelder blir dømt for vold og overgrep mot sine næreste. Det er imidlertid en vesensforskjell på de to spørsmål som skal avgjøres, og å presse to så alvorlige avgjørelser inn i én sak synes av flere grunner uforsvarlig, jfr. ovenfor. Det kan reises spørsmål om straffeprosessen, med de rammer disse sakene vil kunne få, i slike tilfeller vil oppfylle kravene til rettferdig rettergang i EMK artikkel 6.

Sammenligningen med at det i dag er adgang til å medta som sivilt krav eksempelvis krav om oppløsning av ekteskap er etter Advokatforeningens syn intet selvstendig argument for å tillate det samme for krav om tap av samvær. Å bli fradømt rett til samvær er vesentlig mer inngripende enn å bli skilt ved dom, idet båndet mellom forelder og barn er beskyttelsesverdig i en helt annen grad enn båndet mellom to voksne mennesker, og dessuten byr barnerettslige saker på langt større utfordringer hva gjelder både materielle og prosessuelle spørsmål, jfr. ovenfor.

Det er grunn til å minne om at ikke enhver straffedom mot en samværsforelder for forgåelser mot barn og/eller mor automatisk vil bety at vedkommende ikke bør ha samvær – selv om det nok kan være slik ofte. I det klima som vil være rundt tiltalte i en straffesak, er det imidlertid grunn til å tro at det ubevisst vil kunne gå noe automatikk i den type slutninger. Samvær- og foreldreansvarsspørsmålet bør behandles i sivilprosessens former, som en egen hovedsak, ikke som et påheng til en straffesak, og hvor begge parter har en prosessfullmektig som er fullt ut fokusert på spørsmålet som skal til behandling. Hensynet til rettssikkerhet i strafferettspleien, og til at også den som er tiltalt for straffbare handlinger skal få ivaretatt sin posisjon som saksøkt på en forsvarlig måte, må gå foran rettsøkonomiske hensyn og hensynet til å lette belastningen på bostedsforelderen.

Hensynet til de bostedsforeldre som ikke har «*vilje eller evne til å nekte samvær eller reise sak etter barneloven*», eller hensynet til å lette belastningen på bostedsforelderen, kan man imidlertid avhjelpe på andre måter. Som eksempler, vises til at man kan vurdere å innføre fri sakførsel uten behovsprøving der hvor samværsforelder siktes eller dømmes for vold og/eller overgrep mot bostedsforelder og/eller barn. Man kan vurdere om det skal iverksettes tiltak for automatisk berammelse av samværssak etter at kvalifiserende dom i straffesak foreligger, slik at man slipper tidsmomentet med «å begynne på nytt», utta stevning mv. En dom (eller siktelse) mot samværsforelder vil uansett være et bevis av styrke for at vold/overgrep har funnet sted, og letter i så måte bostedsforelderen for mye av søksmålsbyrden. Videre har Advokatforeningen merket seg at socialnämnden i Sverige har adgang til å reise sak om samvær der hvor samværet som løper ikke er til barnets beste, og ingen av foreldrene tar initiativ til å endre den bestående situasjonen (høringsbrevet s. 13). En lignende ordning kan vurderes innført her i landet, med tanke på de bostedsforeldre som ikke orker, klarer eller ønsker å reise samværssak etter en siktelse/tiltale/dom om vold eller overgrep.

Barneverntjenesten som partshjelper

Advokatforeningen er skeptisk til departementets forslag om at barneverntjenesten skal kunne ha en rolle hvor de skal opptre som partshjelpere i en alvorlig barnefordelings sak.

Advokatforeningen antar at barnevernets rolle kan ivaretas ved regulær vitneførsel i saken, herunder med fremlegging av dokumentasjon gjennom undersøkelsessak. Videre antas at hensynene til barnets beste også ivaretas av de vurderinger den sakkyndige vil gjøre i saken, både i forkant gjennom samtale med foreldre og barn etter § 61 nr. 1 og ved en eventuell regulær sakkyndig utredning.

På den annen side ser vi at en mer formalisert og reell mulighet til å delta i saken og påvirke framdrift og opplysning kan være en heldig klargjøring av barnevernets ansvar også for barn omfattet av denne type saker, og en vesentlig støtte for den forelder som normalt vil oppleve å stå helt alene.

Det fremmes forslag om at barneverntjenesten uhindret av taushetsplikt skal kunne gi opplysninger til domstolen i barnelovssaker, uten at man som i dag skal måtte gå veien om samtykke fra foreldre eller departementet (fylkesmannen). Forslaget innebærer ingen realitetsendring ettersom samtykke alltid gis, og det vil være prosessøkonomisk hensiktsmessig. Departementet anbefales å raskt drøfte dette spørsmålet tilsvarende for familievernkontorene, hvor det anses å foreligge en rettslig uklarhet. Etter tvisteloven § 22-3 er disse likestilt med barnevernloven, men etter familievernkontorloven § 5 gjelder taushetsplikten etter helsepersonelloven, og det ligger dermed en motsetning og et ikke klart utfall her.

Vennlig hilsen



Erik Keiserud
leder



Merete Smith
generalsekretær