



Agder lagmannsrett

Barne- og likestillingsdepartementet
Postboks 8036 Dep
0030 Oslo

Sendt på e-post til postmottak@bld.dep.no

Deres referanse
12/6734

Vår referanse
12-127 008 dbn

Dato
8. desember 2012

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

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 12. oktober 2012 med høringsnotat av samme dato. Vår høringsfrist er blitt utsatt til 8. desember 2012.

På vegne av Agder lagmannsrett benytter jeg anledningen til å gi uttalelse. Viktige forslag i høringsnotatet har vært drøftet blant dommerne her, men uttalelsen står for min regning.

At det er et overordnet mål å beskytte barn mot vold og overgrep i nære relasjoner, vil ingen være uenige i. Spørsmålet er hvordan dette målet best kan realiseres. Det er verd å drøfte om man ved lovendringer bedre kan sikre at barnets beste ivaretas i saker med volds- og overgrepssproblematikk. Utfordringene består i å vurdere effektiviteten av ulike tiltak og i avveiningen mellom hensynet til beskyttelse av barnet og eventuelle negative virkninger for andre beskyttelsesverdige interesser.

2. Bostedsforelders rett til å beskytte barnet mot vold og overgrep

Departementet tar i punkt 2 opp et svært vanskelig tema. At det i tilknytning til tvister om foreldreansvar, fast bosted og samvær fremsettes beskyldninger eller tilkjennegis mistanker om seksuelle overgrep eller andre krenkelser av barnets fysiske eller psykiske integritet, er noe domstolene erfarer fra tid til annen. Disse sakene byr på store utfordringer for dommerne. Det vil ofte være vanskelig å verifisere mistanken. Selv om det er et overordnet prinsipp at barn ikke skal bli utsatt for risiko for overgrep, kan man heller ikke være blind for at beskyldninger om overgrep kan bli fremsatt som et middel i en tilspisset konflikt. Da er det et farlig våpen og en svært stor belastning for den som blir urettmessig beskyldt for overgrep. Barnet blir også skadelidende ved å bli hindret i samvær med samværsforelderen og tillitsforholdet mellom dem

kan bli varig skadet ved den usikkerhet som blir sådd hos barnet. Hensynet til barnets beste vil i de aller fleste saker tilsi en best mulig samlet foreldrekontakt etter et samlivsbrudd.

Vanligere er det nok likevel at en forelder uten ond vilje feiltolker utsagn fra barnet eller andre signaler. Risikoen for slike feilslutninger og misforståelser må antas å øke i en situasjon hvor forholdet mellom foreldrene er konfliktfylt eller likefrem fiendtlig, og ikke minst i saker hvor bostedsforelderens selv har negative erfaringer som er egnet til å så tvil om den andres personlige egenskaper som omsorgsperson.

Det er urealistisk å forvente at foreldre flest etter et samlivsbrudd er i stand til å løsrive seg helt fra egne negative følelser overfor sin tidligere partner og nøytralt vurdere hva hensynet til barnets beste tilsier. Derfor har man behov for en uavhengig tredje part. Etter vår oppfatning finner man ikke noen som er bedre egnet til den oppgaven enn en erfaren dommer, bistått av en oppnevnt sakkyndig i saker hvor det er behov for det. Det vil det ofte være i saker med overgrepssproblematikk.

Llagmannsrettens dommere er uenige i forslaget i høringsnotatet om å lovfeste i barnelova § 43 nytt første ledd tredje punktum en plikt for den av foreldrene barnet bor fast sammen med, til å nekte samvær "[d]ersom det er naudsynt for å hindra at barnet vert utsett for vold eller på anna vis vert handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare."

I høringsnotatet forutsettes det at forslaget bare tydeliggjør en regel som nå er gjeldende rett. Vi tviler på at det er dekning for å gå langt. Hvis man kan konstatere at det faktisk *er* en reell risiko for at barnet vil lide overlast ved samvær med den andre av foreldrene, må det antas at bostedsforelderens har rett og plikt til å stoppe samværet. Men det en forelder subjektivt opplever som "reelt", behøver ikke etter en mer objektiv vurdering ikke å gi grunn til mistanke.

Det foreligger noen avgjørelser i saker med mistanke om seksuelle overgrep. Departementet tar høyesterettsavgjørelsene i Rt. 1989 side 320, Rt. 1990 side 239 og Rt. 1994 side 940 til inntekt for at det "overhodet ikke kan tas noen risiko i et slikt forhold". Selv om Høyesterett uttaler at dette er "et relevant synspunkt", er det ikke nødvendigvis et synspunkt Høyesterett ubetinget slutter seg til. I senere avgjørelser som man i høringsnotatet dessverre unnlater å nevne; Rt. 1995 side 1152, Rt. 1996 side 398, Rt. 1998 side 1876 og Rt. 2001 side 937 nyanseres bildet. Høyesterett fremhever at avgjørelsen må bero på et konkret skjønn, der man på den ene side må ta hensyn til barnets rett til samvær med begge sine foreldre, og på den annen side at det ikke bør utsettes for noen "urimelig" risiko.

Avgjørelsene gjelder saker hvor det er spørsmål om risiko for seksuelle overgrep. Hvilken risiko som bedømmes som "urimelig", må antas å bero på hva det er risiko for. Ved mistanke om seksuelle overgrep vil selv en relativt lav risiko kunne bedømmes som urimelig, og det samme gjelder ved risiko for andre alvorlige fysiske integritetskretnelser.

At barnet blir behandlet slik at dets psykiske helse blir utsatt for skade eller fare, er et mer usikkert kriterium. Det er også spørsmål om tidsperspektivet.

Vi trekker i tvil om det er dekning i rettspraksis for en så kategorisk og generell regel som forslaget til regelformulering i høringsnotatet inneholder, og som gir bostedsforelderens plikt til å stanse en rettslig bindende fastslått samværsrett basert på en subjektiv oppfatning om at barnets

helse vil bli utsatt for skade eller fare. Når inngrepet i samværsretten bedømmes i ettertid, vil man måtte vurdere mer objektivt om situasjonen gjorde handlingen berettiget. Det vil ved vurderingen også måtte legges vesentlig vekt på hva som er grunnlaget for samværsretten. Hvis samværsretten nylig har vært fastsatt i en rettssak der overgrepssproblematikk og omsorgskompetanse har vært et tema, skal det godt gjøres at bostedsforelder vil kunne sette sin egen vurdering over domstolens. Dreier det seg på den annen side om en eldre utenrettslig avtale, vil handlingsrommet være langt større.

Prinsipielt bør en bostedsforelder som vil stanse barnets samvær med den andre forelder reise sak for å få endret samværsretten, og i hastesaker begjære foreløpig avgjørelse. Det vises til det som er sagt nedenfor om barneloven § 60.

Vi sitter ikke inne med noe fasitsvar på hvordan disse vanskelige spørsmålene bør løses. Ingen mennesker er like, og hver enkelt sak har sitt unike sett av relevante fakta. Det er neppe mulig på det generelle plan å komme stort lenger enn det Høyesterett har gjort i de nyere avgjørelsene vi har nevnt ovenfor: Avgjørelsen beror i den enkelte sak på et konkret skjønn der man med barnets beste som overordnet prinsipp må veie barnets rett til samvær med begge sine foreldre mot nødvendigheten av å beskytte barnet mot en urimelig risiko.

Vi mener at det ikke er noen god løsning å lovfeste en eksplisitt plikt for bostedsforelder til å nekte samvær på så lite presise vilkår som er foreslått. Det kan tenkes mange situasjoner i praksis hvor det i kraft av prinsippet om barnets beste vil være rettmessig å sette den andre forelders formelle rettigheter til side. For eksempel vil både bosteds- og samværsforelder ha rett, eventuelt også plikt, til å nekte å overlate barnet til en som er ruset, eller som vil hente et lite barn i en bil uten forsvarlig sikring. Det vil likevel være ulike oppfatninger om hvor mye som skal til, og avgjørelsen må treffes der og da. Det er heller ikke slik at samværsforelder er den eneste som utgjør en mulig risiko for barnet. Det forekommer også at samværsforelder får begrunnet mistanke om at barnet lider overlast hos bostedsforelder, for eksempel ved å bli utsatt for overgrep fra en ny partner. Også i slike tilfeller kan det være rettmessig å gripe inn til å beskyttelse av barnet.

Som oppsummering mener vi at det er svært vanskelig å formulere en regel som tilstrekkelig nyansert dekker de situasjoner hvor det av hensyn til barnets beste kan oppstå en rett eller plikt til å gripe inn i den annen forelders samværsrett eller rettigheter for øvrig. En regel som foreslått vil antakelig gjøre mer skade enn gagn. Det er grunn til å frykte at adgangen til å stoppe samvær vil bli misbrukt for å legitimere uberettigede inngrep i samværsretten, og at regelen vil virke konfliktskapende. Det er heller ikke ønskelig at en bostedsforelder ved ensidig å sette den annens samværsrett til side vil oppnå å overføre søksmålsbyrden til denne.

Som en konsekvens av vårt syn på dette forslaget, støtter vi heller ikke forslaget til ny § 43 femte ledd annet punktum. Det bør avgjøres etter fri bevisvurdering og skjønn hvilken betydning det bør ha for spørsmålene om foreldreansvar eller fast bosted at samværsretten er hindret, og med hvilken begrunnelse. Strengt tatt er hele § 43 femte ledd overflødig i betraktning av den vide adgangen til å reise endringssak etter § 64. Vilkåret om "særlige grunner" for endring er ikke særlig strengt, og retten vil kunne tillegge bostedsforelderens inngrep i samværsretten den betydning det bør i lys av det overordnede hensynet til barnets beste. Ved å oppheve hele femte ledd unngår man også at begrensninger i utøvelsen av samvær

overeksponeres, og behovet for et innskrenkende tillegg i nytt femte ledd annet punktum bortfaller.

Vi er på den annen side enige med departementet i at det er ønskelig å se på mulighetene for å kunne iverksette midlertidige tiltak raskt i situasjoner hvor det er behov for dette. Det krever et hensiktsmessig regelverk og tilstrekkelig kapasitet i besluttsende organer. I praksis er det domstolene og barnevernet som utpeker seg, men også påtalemyndigheten vil ved å nedlegge besøksforbud etter straffeprosessloven § 222a kunne gripe inn i akutte situasjoner.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i reglene om foreløpige avgjørelser i barnelova § 60 og reglene om tvangsgjennomføring i § 65. Etter vår oppfatning ivaretar § 60 behovet for strakstiltak. Retten kan når særlige grunner taler for det, treffe foreløpig avgjørelse om foreldreansvar, bosted og samvær, og kan også nedlegge forbud mot at den andre av foreldrene kommer til eiendommen eller boligen der barnet oppholder seg. Som hovedregel skal retten gi den annen part adgang til å uttale seg før det treffes en avgjørelse av så stor betydning for ham eller henne, men dersom det "trengst avgjerd straks", kan retten vedta de nødvendige forholdsregler uten å høre den annen part. Avgjørelsen kan treffes svært raskt. Alle tingretter skal ha en beredskap som gjør det mulig å behandle hastesaker. På straffeprosessens område kan begjæringer om varetektsfengsling behandles på dagen, og på sivilprosessens område behandles krav om midlertidig sikring etter tvisteloven kapittel 32 til 34 raskt når situasjonen krever det. Om nødvendig, finnes kompetanse til å tilkalle en dommer fra et annet embete, og i verste fall får man utsette mindre presserende gjøremål.

Det er etter vår oppfatning også vel begrunnet at den av foreldrene som får gjennomført slike foreløpige tiltak, må følge opp saken innen en frist.

Vi har vanskelig for å se at det er noe særlig å oppnå ved å endre de materielle eller prosessuelle reglene om midlertidige tiltak etter § 60. Reglene er fleksible, sikrer en enkel adgang til retten og ivaretar behovet for strakstiltak.

Departementet fremmer i punkt 2.8 et forslag om at retten skal ha plikt til å treffe en foreløpig avgjørelse i saker der det er risiko for vold og overgrep. Forslaget er konkretisert i utkastet til ny § 60 første ledd fjerde punktum. Hvis det med plikt menes at retten skal realitetsbehandle begjæringen uten å stå fritt til å vurdere om den vil treffe en foreløpig avgjørelse, har vi ikke noe å innvende mot forslaget.

Departementet drøfter i punkt 2.5.3 på side 23 adgangen til tvangsfullbyrdelse av samværsrett etter § 65. Vi er enige i at begrensningen i adgangen til tvangsfullbyrdelse som er etablert i rettspraksis ved hjelp av umulighetskriteriet, bør komme til uttrykk i lovteksten. Forslaget til § 65 andre ledd nytt tredje punktum er likevel for indirekte og ikke helt treffende formulert. Dessuten mener vi at det å avslå å gjennomføre en rettskraftig avgjørelse om samværsrett, bør være et midlertidig tiltak for å unngå at barnet blir skadelidende i tiden inntil et krav om endring eller opphør av samværsretten kan bli behandlet. Dette bør komme til uttrykk ved at fullbyrdelsen *utsettes*.

Regelen (uten oversettelse til nynorsk) kunne eksempelvis lyde:

Tvangsfullbyrdelsen skal utsettes dersom gjennomføringen vil være klart utilrådelig av hensyn til barnets fysiske eller psykiske helse. Dersom saksøkeren krever det, skal retten fastsette en frist for saksøkte til å kreve samværsretten endret ved foreløpig avgjørelse etter § 60. Fristen kan forlenges dersom særlige grunner tilsier det. Dersom sak ikke er reist innen fristen, kan saksøkeren kreve at fullbyrdelsen blir gjennomført.

3. Barneverntjenestens rolle ved mistanke om vold og andre overgrep under samvær

Vi konsentrerer oss spørsmålet som er reist i punkt 3.3 om hvorvidt barneverntjenesten bør kunne opptre som partshjelper i saker etter barneloven. Dette spørsmålet er åpent stilt, uten at det i høringsnotatet er tatt standpunkt til spørsmålet.

Vi finner det klart at barnevernet bør ikke kunne opptre i rollen som partshjelper etter tvisteloven § 15-7. Reglene her passer ikke. Partshjelperen kan bare foreta prosesshandlinger til støtte for parten, og som ikke må stride mot partens egne prosesshandlinger. At barnevernet vil være formelt bundet av partsdisposisjoner selv om disse ikke vurderes å være til barnets beste, er uforenlig med barnevernets rolle. Rollen som partshjelper vil binde barnevernet ensidig til å støtte den ene av foreldrene i konflikten dem imellom.

Dersom barnevernet skal opptre i rettssaker mellom foreldrene, må det være for å ivareta barnets interesser uavhengig av foreldrene. Hvilke prosessuelle rettigheter barnevernet å så fall skal gis, må utredes nærmere. Om man skal la seg inspirere av tvistelovens alminnelige regler, virker det mest nærliggende å ta utgangspunkt i § 15-8 første ledd bokstav b om offentlige organers adgang til å inngi skriftlige innlegg til belysning av allmenne interesser en sak reiser innenfor organets ansvarsområde. Slike innlegg vil inngå i rettens avgjørelsesgrunnlag etter § 15-8 annet ledd. Erstatte man "allmenne" med "barnets" er man på sporet av noe. Adgangen vil gi barnevernet en mer aktiv rolle enn når det som nå er overlatt til retten å avgjøre om det skal innhentes uttalelse fra barnevernet etter barnelova § 61 nr. 6.

Man kan vurdere å styrke barnevernets prosessuelle stilling ytterligere ved å la dets representant være til stede i rettsmøtet og eventuelt avgi et muntlig innlegg. Å la barnevernet nedlegge påstand i saken, må imidlertid være uaktuelt. Retten skal uavhengig av partenes påstander og anførsler treffe en avgjørelse som antas å være til barnets beste, og barnevernet vil kunne bistå retten i den oppgaven. Etter vår foreløpige oppfatning er det imidlertid trolig en bedre løsning å bygge på adgangen til å oppnevne advokat som representant for barnet etter barnelova § 61 nr. 5.

Vi er enige i forslaget om at barneverntjenesten bør få et lovbestemt fritak for taushetsplikt i saker der barnevernet skal gi vitneforklaring i retten i en barnefordelingssak. Taushetsplikten bør som foreslått også oppheves for uttalelser gitt i medhold av barnelova § 61 nr. 6.

4. Tap av samværsrett og/eller foreldreansvar som sivilt krav i straffesak

Vi er underhånden gjort kjent med høringsuttalelsen fra Borgarting lagmannsrett. Vi er enige med Borgarting lagmannsrett i at det må frarådes å innføre en adgang til å behandle krav om tap av samværsrett og/eller foreldreansvar som sivile krav i en straffesak og slutter oss fullt ut til

begrunnelsen i uttalelsen fra Borgarting, punkt 3. Vi viser også til uttalelsen fra Frostating lagmannsrett.

5. Barns deltagelse

Vi slutter oss også på dette punktet fullt ut til synspunktene i høringsuttalelsen fra Borgarting lagmannsrett og går imot forslaget i punkt 5.4.4 i høringsnotatet om lovpålagt plikt for dommeren til å informere barnet om utfallet av saken.

6. Opplysnings- og meldeplikt for dommere

Vi slutter oss fullt ut til den grundige vurderingen fra Borgarting lagmannsrett i punkt 2 i lagmannsrettens uttalelse.

Hensynet til domstolenes uavhengige rolle og det både prinsipielt og praktisk uheldige ved å pålegge en dommer plikt til å foreta embetshandlinger som vil gjøre dommeren inhabil i saker dommeren behandler, er tungtveiende innvendinger mot forslaget. Det er en vesentlig svakhet ved behandlingen av temaet i høringsnotatet og i Domstoladministrasjonens uttalelse i brev til Barne- og likestillingsdepartementet 28. oktober 2012 at dette aspektet ikke er drøftet.

Ettersom det må antas å forekomme svært sjelden at en dommer får tilgang til viktige opplysninger om barns omsorgssituasjon som ikke er kjent av andre, er behovet for en slik plikt heller ikke særlig stort. For øvrig vil avvergeplikten i straffeloven § 139 også gjelde for dommere. Plikten omfatter blant annet straffebed som er viktige for å avverge alvorlige overgrep mot barn; som straffeloven §§ 193, 195, 197, 199, 200 annet ledd, 217 og 219.

7. Saksbehandlingen i barnelovssaker for domstolene – saker med volds- og overgrepssproblematikk

Til temaet i punkt 7.2 bemerker vi at vi ikke ser bort fra at det spesielle opplegget for saksbehandlingen i barnelova § 61 nr. 1 kan bli brukt også i saker hvor det ville vært en bedre løsning å gjøre ”kort prosess” ved å følge tvistelovens ordinære regler. Bare et begrenset antall saker går videre til lagmannsretten. Vår erfaring er at det er best å behandle ankesakene på vanlig måte og beramme ankeforhandling så fort som mulig. Ordinær sakkyndig oppnevnes i saker hvor det er behov for det. På dette trinnet vil gjerne muligheten for en minnelig ordning ved å følge fremgangsmåten i § 61 nr. 1 være langt dårligere, og tidsaspektet taler mot dette. Det er likevel ikke så få saker som løses ved mekling i retten eller ved utenrettslig avtale før ankeforhandlingen.

Det er mulig at noen i tingrettene har gått ut fra at loven gir sterkere føringer om bruk av behandlingsreglene i § 61 nr. 1 enn det har vært forutsatt av lovgiver. En fordel med å tilføye reservasjonen ”der saka er eigna for det” i § 61 nr. 1 første punktum, er at lovgiver kan klargjøre sitt syn i forarbeidene til lovendringen. De øvrige forslagene til tilføyelser i § 61 nr. 3 og 5 mener vi er unødvendige. Rent språklig er ”påstandar om ... psykiatri” ikke bra.

Vi har sympati for forslaget i punkt 7.3 om at det offentlige bør dekke kostnadene til ordinær rettsoppnevnt sakkyndig i barnefordelingssaker, ikke bare til sakkyndige som oppnevnes for å bistå under meklingsprosessen i § 61 nr. 1. Disse tankene er ikke nye.

Twistemålsutvalget, hvor jeg deltok som medlem, gikk enstemmig inn for at staten skulle dekke kostnadene til sakkyndige som retten oppnevner av eget tiltak. Forslaget er omtalt i utvalgets utredning "Rett på sak", NOU 2001:32 B side 1017-1018. Utvalget påpekte særlig behovet for en slik reform i saker som ikke er undergitt fri rådighet, hvor retten har et selvstendig ansvar for at saken blir tilstrekkelig opplyst. Justisdepartementet fulgte imidlertid ikke opp utvalgets forslag av økonomiske grunner, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 58-59. En særregel for barnelovssaker vil være mindre kostnadskrevende, jf. høringsnotatet punkt 8, og merkostnadene blir som nevnt der redusert som følge av at kostnadene i mange saker dekkes som fri rettshjelp.

Den endelige kostnadsfordelingen i forholdet mellom partene blir avgjort ved rettens avgjørelse om sakskostnader. I familiesaker er det nokså utbredt ikke å tilkjenne erstatning for sakskostnader, en praksis som kan ha gode grunner for seg, jf. Schei m.fl., Tvisteloven side 913-914, Da risikerer en saksøker eller ankende part som ikke har fri rettshjelp å bli sittende alene med ansvaret for å dekke kostnadene til den sakkyndige. Parten må regne med å måtte innbetale et beløp på forskudd, enten til retten eller egen advokat. En mulig konsekvens er at retten enten må avstå fra å oppnevne sakkyndig, eller at saksøkeren frafaller saken fordi han eller hun ikke har økonomisk evne til å dekke kostnadene. En adgang for retten til å oppnevne sakkyndig for det offentliges regning når det finnes nødvendig for å få saken forsvarlig opplyst til beste for barnet, vil være egnet til å avbøte negative virkninger av at partenes ressurser er ulikt fordelt.

Med hilsen

Dag Bugge Nordén
Førstelagmann

Kopi av uttalelsen er sendt elektronisk til førstelagmennene i Borgarting, Eidsivating, Gulating, Frostating og Hålogaland samt Domstoladministrasjonen.