



BORGARTING LAGMANNSRETT

Dok 2

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet
Samlivs- og likestillingsavdelingen

Postboks 8036 Dep
0030 Oslo

Deres referanse
12/6734

Vår referanse
12-170545ADM-BORG/BORG

Dato
06.12.2012

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

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 12. oktober 2012 og høringsnotat datert 12. oktober 2012, med utsatt høringsfrist til 08.12.2013.

Det er et overordnet mål å beskytte barn mot vold og overgrep i nære relasjoner, og Borgarting lagmannsrett er enig i at det kan synes å være behov for lovendringer for å sikre at barnets beste ivaretas i saker med volds- og overgrepssproblematikk. Vi har imidlertid innvendinger mot noen av forslagene til lovendringer, jf. nedenfor punkt 2-4.

2. Opplysnings- og meldeplikt for dommere

2.1 Innledning

Lagmannsretten vil innledningsvis bemerke at vi ikke er enig i at det etter gjeldende rett er usikkert om dommere som gjennom sin behandling av saker etter barneloven får kunnskap om bekymringsverdige omsorgssituasjoner for involverte barn, har adgang og plikt til å melde dette til barnevernet. Dommere er ikke nevnt i barnevernloven § 6-4 andre ledd. Domstolene er heller ikke nevnt i Ot.prp. nr. 44 (1991-1992) eller i forarbeider til senere endringer i bestemmelsen. Det er også lagt til grunn i praksis at barnevernloven § 6-4 ikke gjelder for domstolene, jf. Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse av 23. juni 2000 (sak nr. 2000/484).

Postadresse
Postboks 8017 Dep, 0030 Oslo

Sentralbord
21 55 80 00

Saksbehandler
Marianne Bakkeløkken

Bankgiro

Organisasjonsnummer

Kontoradresse
Borgarting lagmannsretts Hus
Keysers gate 13, Oslo

Telefaks
21 55 80 38

Telefon
21 55 80 01

Ekspedisjonstid
0800-1545 (1500)

Internett/E-post
<http://domstol.no/borgarting>

borgadm@domstol.no

Det heter her at "[U]tvalget er således enig med byretten i (...) at barnevernloven § 6-4 om opplysningsplikt for "offentlige myndigheter" ikke antas å gjelde for domstolene".

Rettsstilstanden synes derfor klar: Dommere har etter barnevernloven § 6-4 andre ledd *ikke* opplysnings- og meldeplikt til barnevernet med reservasjon for det som følger av avvergingsplikten i straffeloven § 139.

2.2 Lovforslaget

I høringsnotatet er det foreslått en *ny* § 63 b i domstolsloven:

Dommere skal 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. barnevernloven § 4-10, § 4-11 og § 4-12. Det samme gjelder når et barn har vist vedvarende alvorlige atferdsvansker, jf. barnevernloven § 4-24. Barnevernloven § 6-4 andre ledd tredje og fjerde punktum gjelder tilsvarende.

Forslaget er nærmere begrunnet i høringsnotatet under punkt 6 (side 52-56), og fra begrunnelsen hitsettes:

"Etter departementets vurdering er det vanskelig å se at det foreligger reelle hensyn¹ som tilsier at alvorlige opplysninger om barns forhold, som en dommer får kjennskap til i en sak hun eller han har til behandling, skal behandles annerledes enn alvorlige opplysninger om barns forhold som ansatte i forvaltningsorganer får kjennskap til.

(...)

På denne bakgrunn foreslår departementet en lovendring hvor det klargjøres at også dommere, uavhengig av taushetsplikten, har en rett og plikt til å melde fra til barneverntjenesten.

(...)

Det er viktig at opplysningsplikten blir etterlevd i alle tilfeller der vilkårene er oppfylt, og at en ikke av hensyn til foreldrene er tilbakeholdne med å melde fra til barneverntjenesten. Hensynet til barnet skal her gå foran hensynet til foreldrene. Det er viktig at opplysningsplikten til barnevernet blir godt kjent for dommere og de øvrige aktørene i saker etter barneloven."

Lagmannsretten er overrasket over og stiller seg kritisk til at forslaget om opplysnings- og meldeplikt for dommere overhodet ikke er vurdert i forhold til dommernes uavhengighet, men at man uten noen nærmere drøftelse "likestiller" domstolene og forvaltningsorganer her.

¹ Lagmannsretten er klar over at samme standpunkt er inntatt av Wang Andersen i "Melde- og opplysningsplikt overfor barneverntjenesten", Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr. 1/2008 s. 35.

2.3 Dommernes uavhengighet og habilitet

Uavhengige domstoler er avgjørende for rettsstaten. Høyesterettsjustitiarius Tore Schei har i boken *Dommernes uavhengighet*, Fagbokforlaget 2012, blant annet uttalt følgende side 17:

Skal domstolene kunne sikre grunnleggende individrettigheter, må de kunne avgjøre saken fri for forsøk på å influere behandlingen og utfallet fra andre, særlig andre myndighetsorganer, utover den innflytelse partene skal ha gjennom sine partsrettigheter etter prosesslovgivningen.

Lagmannsretten anser forslaget om opplysnings- og meldeplikt for dommere som problematisk i forhold til dommernes uavhengighet. Domstolenes oppgave er å løse de rettstvister som bringes inn for domstolene, og domstolene bør ikke i tillegg bli pålagt en "angiverrolle" overfor barnevernet uansett hvor god intensjonen ellers måtte være.

I boken *Dommernes uavhengighet* side 483 skriver doktorgradsstipendiat Katja Jensen Fredriksen:

Det følger av domstoloven § 55 tredje ledd at en dommer skal utføre sin dommergjerning upartisk og på en måte som inngir tillit og respekt. Det forventes i denne sammenhengen ikke bare at dommeren er upartisk, men også at han eller hun skal fremstå på en måte som *skaper tillit* hos alle parter. Det er en forutsetning for at dommeren i det hele tatt skal kunne løse rettstvister at dommeren har autoritet og tillit hos partene som skal leve med de avgjørelser som dommeren tar.

Det stilles særlige krav til dommerens nøytralitet og upartiskhet i saker med parter som kommer fra rettskulturer som bygger på en annen rettsforståelse og rettsoppfatning enn den norske. (...)

Det som fremheves her, er noe av det sentrale ved dommernes uavhengighet, og som vil kunne bli skadelidende dersom det innføres en opplysnings- og meldeplikt for dommere. Lagmannsretten er bekymret for at en slik plikt generelt vil kunne svekke tilliten til domstolene.

Forslaget skaper også et særlig problem i forhold til habilitetsreglene for dommere. Schei op. cit. side 37:

Det har ved fastleggelsen av habiliteten til dommerne i de enkelte saker de siste 10-15 årene skjedd en betydelig skjerping av habilitetskravene. Ulike former for tilknytning til partene eller aktører, tilknytning til andre som kan ha interesse av utfallet mv., fører i større grad enn tidligere til at dommerne må vike sete. (...) Begrunnelsen ligger i at det er viktig at dommerne både overfor parter og allmennhet fremstår som fullstendige uavhengige i den saken de er satt til å løse.

En opplysnings- og meldeplikt for dommere vil lett kunne føre til at dommeren inhabiliserer seg selv. Det er overraskende at heller ikke dette spørsmålet er drøftet i høringsnotatet. Det er

en rekke spørsmål som reiser seg. Når skal en eventuell opplysnings- og meldeplikt inntre; under saksforberedelsen, under hoved-/ankeforhandling eller etter at dom er avsagt? Hvis plikten utløses allerede under saksforberedelsen, vil en dommer i større kollegiale domstoler kunne fratse og overlate saken til en annen dommer. I mindre domstoler vil dette kunne bli problematisk. Hvis plikten til å melde fra utløses under selve hoved-/ankeforhandlingen, er det lite prosessøkonomisk om dommeren ved å rette en henvendelse til barnevernet blir inhabil, må fratse saken og saken utsettes. I kollegiale domstoler kan det tenkes å oppstå uenighet mellom dommerne om det har oppstått en plikt til å melde fra. Hvordan skal det løses? Skal flertallet bestemme? Skal dommeren si til partene at det vil bli sendt bekymringsmelding til barnevernet? Skal partene ha rett til å få vite om det? Når oppstår eventuelt denne retten for partene, og skal partene ha rett til å uttale seg før retten tar beslutning om å melde fra?

Lagmannsretten kan heller ikke se at de saker hvor meldeplikt kan være aktuelt, blir bedre opplyst, eller at barnevernet får flere opplysninger enn før. Dommernes plikt til å melde fra til barnevernet vil etter hvert bli kjent for parter – aktuelle og potensielle sådanne. Det kan da ikke utelukkes at opplysningsplikten etter omstendighetene vil kunne legge en demper på partenes lyst til selv å opplyse saken, for eksempel av frykt for at det de sier, kan føre til at saken (som ennå ikke er en barnevernssak) ender i barnevernet. Lagmannsretten vil også nevne at det ikke fremgår av høringsnotatet at det er påvist at barnevernet uten den foreslåtte meldeplikt for dommere, ikke får tilstrekkelige opplysninger. Tvert i mot fremgår det i punkt 8 – økonomiske og administrative konsekvenser – at "departementet legger til grunn at barneverntjenesten i de fleste tilfeller allerede er kjent med saken eller blir orientert om saken av andre aktører [enn dommere]".

Oppsummering: Det bør ikke innføres en opplysnings- og meldeplikt for dommere til barnevernet. En slik plikt vil være problematisk i forhold til dommernes uavhengighet, og vil også i den enkelte sak lett kunne skape problemer i forhold til habilitetsreglene. Det er også en risiko for at forslaget om det blir vedtatt, generelt vil svekke folks tillit til domstolene og dommernes upartiskhet. Endelig er det ikke påvist at barnevernet uten den foreslåtte meldeplikt for dommere ikke får tilstrekkelige opplysninger.

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

3.1 Innledning

Borgarting lagmannsrett går i mot forslaget om at krav om tap av samværsrett og foreldreansvar skal kunne fremmes som sivilt krav i straffesak. Vi vil i den forbindelse generelt vise til at de mothensyn som er vurdert i høringsnotatet under punkt 4.3, er helt sentrale når dette spørsmålet skal vurderes, og at de må tillegges langt større vekt enn de hensyn som taler for å trekke slike krav inn i straffesaken. Lagmannsretten vil nedenfor gå nærmere inn på enkelte forhold.

3.2 Straffeprosessens regler og sakenes omfang

Som det også fremgår av høringsnotatet, passer prosessreglene i en straffesak dårlig i saker som gjelder sivile krav, og det vil i særdeleshet gjelde saker om tap av samværsrett og/eller foreldreansvar. Lagmannsretten viser i den forbindelse til at barneloven i kapittel 7 har regler om saksbehandlingen i saker om foreldreansvaret, fast bosted og samvær, og §§ 56-64 inneholder regler om saksbehandlingen for domstolene. Selv om forslaget i høringsnotatet forutsetter at det kun er i de alvorligste straffesakene ("utsatt for alvorlig mishandling") at man kan fremsette krav om tap av samværsrett og/eller foreldreansvar, er det betenkelig at man i praksis vil sette til side barnelovens saksbehandlingsregler.

Det er også grunn til å anta at slike krav vil føre til en forhaling av straffesaken, og at saken blir for omfangsrik. Dette sett i sammenheng med de ulike bevisreglene i straffesaker og sivile saker, jf. nedenfor punkt 3.3, vil medføre at domstolene vil vegre seg mot å behandle vanskelige samværsaker i en straffesak, jf. straffeprosessloven § 428 siste ledd. Det vil også være en risiko for at sakene ikke blir tilstrekkelig opplyst.

Lagmannsretten viser også til at det av høringsnotatet fremgår at departementet mener at spørsmålet om fast bosted blir for omfattende å behandle som sivilt krav i en straffesak. Saker om tap av samværsrett og/eller foreldreansvar vil imidlertid ofte også være omfattende.

3.3 Forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK

Som det fremgår av høringsnotatet, er en særlig vanskelighet ved pådømmelse av sivile krav i forbindelse med en straffesak, at bevisbyrdereglene er ulike. Dette oppstår i praksis særlig i forbindelse med at tiltalte blir frifunnet for straff, men likevel dømt til å betale erstatning. Etter høyesterettspraksis kan en ilegge tiltalte sivilrettslige reaksjoner selv om han blir frifunnet, bare man passer på ikke å beskrive de forhold som ga grunnlag for å tilkjenne erstatning på en måte som kan gi inntrykk av at det var begått en straffbar handling, jf. Hov, Rettergang II side 716 med henvisninger til praksis og EMD. Denne problemstillingen er følgelig allerede i dag en utfordring for domstolene.

Når det gjelder spørsmålet om tap av samværsrett og/eller foreldreansvar, er det grunn til å anta at forholdet til uskyldspresumsjonen ytterligere kompliseres. Tap av samværsrett og/eller foreldreansvar beror normalt på en sammensatt vurdering, og vi antar at det bare rent unntaksvis vil være aktuelt å la slike sivile krav føre frem basert på bevisføringen i straffesaken når tiltalte frifinnes. Vi viser i den forbindelse til at det må være årsakssammenheng mellom lovbruddet, vold eller overgrep mot barnet eller bostedsforelder, og bortfall eller opphør av samværsrett og/eller tap av foreldreansvar for at dette kan idømmes i straffesaken. Lagmannsretten er for øvrig enig i at behandling av samværsspørsmål i straffesaken kan føre til at bevisbyrden "smitter over" og beviskravene skjerpes, slik at

terskelen for å fradømme samvær og/eller foreldreansvar vil kunne bli høyere enn den ellers ville ha vært hvis spørsmålet ble behandlet i en sivil sak.

I høringsnotatet er det vist til at det følger av rettspraksis at krav om skilsmisse etter ekteskapsloven § 23 (skilsmisse på grunn av overgrep og tvangsekteskap) kan tas med som et sivilt krav i en straffesak. Dette er imidlertid etter vår oppfatning ikke noe argument for å åpne for at også krav om tap av samværsrett og/eller foreldreansvar tas med som et sivilt krav i en straffesak. Etter § 23 kan en ektefelle kreve skilsmisse uten forutgående separasjon i visse tilfelle av overgrep ("alvorlig mishandling") og ved tvangsekteskap. Normalt vil spørsmålet om skilsmisse etter § 23 være "enkler" å håndtere for domstolene enn spørsmålet om tap av samværsrett og/eller foreldreansvar. Skilsmissesakene vil vanligvis heller ikke reise særlige problemer i forhold til uskyldspresumsjonen i EMK.

4. Barns deltagelse – tilbakemelding om resultatet

Lagmannsretten har ikke vesentlige innvendinger mot det som generelt sies om barns deltagelse, selv om det i praksis neppe vil være mange barn under syv år som vil være i stand til å danne seg egne synspunkter vedrørende spørsmålet om fast bosted og samvær. Det vil også være en utfordring for de som skal høre barna om disse spørsmålene, da det ofte vil kunne stillet barnet overfor et "umulig" valg mellom mor og far. Dette er allerede i dag ofte et vanskelig valg for barn som er syv år eller eldre.

Lagmannsretten er imidlertid uenig i forslaget om at domstolene skal gis et lovpålagt hovedansvar for å sikre at barnet får en tilbakemelding om resultatet, jf. høringsnotatet punkt 5.4.4 og forslaget til endringer i barneloven.

Dette reiser i prinsippet to hovedspørsmål. *For det første* om domstolene overhodet skal ha dette hovedansvaret, og *for det andre* om dommeren i så fall skal informere barnet om utfallet av saken.

Når det gjelder det siste spørsmålet, er vi av den klare oppfatning om at dommeren ikke skal være den som gir barnet informasjon om avgjørelsen. Som det fremgår av høringsnotatet (side 51) er orientering til barnet om utfallet spesielt viktig i de vanskeligste sakene, når utfallet av saken går på tvers av barnets ønske. I en slik situasjon vil dommeren lett komme i en posisjon hvor han eller hun må "forsvare" sin egen avgjørelse, og man må anta at dommeren vil kunne komme i en diskusjon med barnet om avgjørelsen. Dette vil generelt sett være uheldig og ikke ønskelig.

Til dette kommer hvilke reaksjoner man kan forvente seg fra barnets side i samtalen med dommeren. Det er grunn til å anta at enkelte barn vil kunne "bryte sammen" eller få andre reaksjoner når utfallet i saken går på tvers av barnets ønske. Dette kan skje på

dommerkontoret eller etter at samtalen er avsluttet. Slike situasjoner vil vanskelig den enkelte dommer – eller domstolen – kunne håndtere på en hensiktsmessig og forsvarlig måte.

Lagmannsretten antar for øvrig at i de fleste tilfellene vil barnet bli orientert om utfallet av saken av foreldrene på en god måte. I de tilfellene foreldrene ikke er beste egnet til å orientere barnet om utfallet, bør i så fall en utenforstående informere barnet i trygge omgivelser. Det kan være den sakkyndige i de saker hvor han eller hun har hatt samtale med barnet på forhånd, et familiemedlem barnet har tillit til, eller andre.

Det bør imidlertid ikke pålegges domstolene som oppgave å sørge for at dette blir gjort. Lagmannsretten vil for øvrig bemerke at vi kan ikke se at det fremgår av høringsnotatet at det er påvist *et reelt* behov for å innføre nye regler på dette punkt. Etter vårt syn er domstolene bevisste på at barn skal høres, og at deres uttalelser skal tillegges vekt. Vi kan således ikke se at å gi domstolene et lovpålagt hovedansvar for å sikre at barnet underrettes, vil øke denne bevisstheten.

5. Avslutning

Når det gjelder de øvrige forslagene i høringsnotatet, finner ikke lagmannsretten grunn til å kommentere disse. Det skal dog nevnes at når det gjelder de økonomiske konsekvenser av eventuelt å la staten dekke utgifter til sakkyndig utredning etter barneloven § 61 første ledd nr. 3, er det stor usikkerhet knyttet til hvilke økte utgifter dette vil innebære. Det fremgår av høringsnotatet selv at økte utgifter er anslått til ca. 1,1 millioner kroner, men at beregningene er beheftet med stor grad av usikkerhet.



Ola Dahl
Førstelagmann

Med hilsen



Per Racin Fosmark
Lagdommer