

23. september 2016

Uttalelse angående

Prop. 161 L (2015-2016)

Endringer i barnelova mv. (likestilt foreldreskap)

v/[Øivind Østberg, advokat](#)

1. Innledning

Slik jeg oppfatter det har lovforslaget to hovedmålsettinger: *å likestille foreldrene som omsorgspersoner og å sikre barnets rett til kontakt med begge foreldre.*

Disse målsettingene slutter jeg meg til. De avspeiler grunnleggende holdninger og verdier som deles av de fleste i vårt samfunn. Jeg støtter derfor den retningen de foreslåtte lovendringer går i.

Mine merknader vil konsentrere seg om å påpeke på hvilke punkter lovendringsforslagene etter min mening er utilstrekkelige for å nå disse mål. Derunder vil jeg påpeke svakheter i de fremlagte forslag til nye lovformuleringer og at det finnes bestemmelser og retningsgivende rettspraksis som står i strid med disse målsetningene som burde vært korrigert, men hvor det ikke er forslag til endringer.

I sum mener jeg forslaget ikke lever opp til forhåndsreklamen. Når det kommer til stykket, er det fortsatt morspresumsjonen som får rå i de konkrete forslagene til endrete lovformuleringer. Hvorfor, vil fremgå av den detaljerte gjennomgangen i det følgende.

2. Foreldreansvaret

Forslaget til ny § 35 legger opp til felles foreldreansvar også der foreldrene verken er gift eller samboende. I sistnevnte tilfellet er det imidlertid nok at mor gir melding til folkeregisteret om at hun vil ha foreldreansvaret alene. Gjør hun det innen et år etter at farskapet er fastsatt, får hun foreldreansvaret alene. Far vil da være henvist til å gå til retten for å ha mulighet til å få del i foreldreansvaret. Dette vil være meget tungt å vinne frem med når loven er utformet slik som her. I praksis betyr dette derfor at det er opp til mor om far skal ha del i foreldreansvaret der foreldrene ikke har bodd sammen ved barnets fødsel.

Mitt forslag til alternativ bestemmelse innebærer at det er én paragraf om foreldreansvaret, nemlig en endret versjon av dagens § 34, og at § 35 utgår.

Forslag:

§ 34 Foreldreansvaret

Foreldre har foreldreansvaret saman for sams barn.

Foreldre som ikkje bur saman kan avtale at dei skal ha foreldreansvaret saman eller at ein av dei skal ha det aleine. Inntil avtale eller avgjerd om foreldreansvaret ligg føre, har dei ansvaret saman.

§ 35 utgår fra loven

3. Flytting med barnet

Her innføres en endring av § 42 a, hvor man utvider varslingsplikten fra 6 uker til 3 måneder samt at det innføres en regel om at den som vil flytte må kreve meglings, dersom man ikke blir enige. Dette er en forbedring, men det betyr ingen reell begrensning på adgangen til å flytte barnet vekk fra den andre forelder. Fortsatt vil likevel flytting med sterkt redusert kontakt mellom samværsforelder (oftest far) og barnet til følge, kunne gjennomføres av mor uten noe hinder. Den lengre varslingsfristen gir likevel far større mulighet til å få en rettslig prøving av spørsmålet om hvor barnet skal bo fast før flytting finner sted. Erfaringsmessig er dette likevel ikke noe effektivt virkemiddel, da samværsforelder sjelden vil vinne fram med et krav om fast bosted i en slik situasjon. Og regelens krav om at den som flytter må søke meglings ved uenighet, vil nok medføre at det kreves en bedre gjennomtenkning og begrunnelse for flytting, og at motforestillinger får mer plass. Men i siste instans vil det likevel være helt opp til den som har daglig omsorg å beslutte om flytting finner sted.

Forslag:

Jeg mener flyttekompetansen også for flytting innenlands burde legges under foreldreansvaret, slik et flertall foreslo i NOU 2008:9.

4. Delt bosted

Departementet foreslår her en endring i § 36 a som er uten rettslig betydning. Å nevne delt bosted som et av flere mulige alternativer kan vi ikke si bringer oss nærmere likestilt foreldreskap.

Jeg mener det burde være en hovedregel om delt omsorg etter samlivsbrudd inntil annet er avtalt eller avgjort av en domstol. Mens foreldrene bor sammen er de likestilt i sine juridiske rettigheter i forhold til barnet. I utgangspunktet er det ikke noen grunn til at dette ikke skal videreføres etter samlivsbrudd. Selvsagt skal likevel foreldrene kunne avtale noe annet, eller retten skal kunne avgjøre at barnet skal bo fast hos den ene. Dagens rettsituasjon, som videreføres i lovforslaget, betyr i praksis at mor i de aller fleste tilfeller "automatisk" beholder omsorgen for barnet etter samlivsbrudd, og dette er det vanskelig å endre på senere selv om mor ikke den best skikkede omsorgsperson.

Jeg mener også departementets høringsalternativ 2 – som er forlatt i proposisjonen – inneholder flere svakheter, selv om det er et bedre forslag enn det som nå fremmes.

Jeg viser til at omfattende forskning tilsier at delt omsorg gir best utviklingsbetingelser for barn, også små barn, og at denne ordningen har fått sterkt økt utbredelse blant norske foreldre de senere år, til tross for lovgivningens negative holdning. Det reflekterer at dette av stadig flere oppfattes som en naturlig forlengelse av det likestilte foreldreskap de har praktisert under samlivet.

For øvrig har departementet ikke foreslått noen endring av den bestemmelsen i § 36, 2. ledd som gjør det tilnærmet utelukket at domstolene kan dømme til delt bosted. Dette

kan kun skje dersom det foreligge "særlige grunner". Av forarbeidene til lovvedtaket fremgår at dette skal tolkes svært strengt, og det er fulgt opp i rettspraksis, slik at dette nærmest bare er en teoretisk mulighet. Det er kritikkverdige at departementet ikke har tatt opp denne bestemmelsen til vurdering i høringsutkastet. Den gir et sterkt signal om at delt bosted er noe ekstraordinært, som bare sjelden kan fungere, og den gjøre det vanskeligere å oppnå forlik om delt omsorg, i eller utenfor retten, også der de beste grunner taler for denne løsning.

Delt omsorg bør, på lik linje med at barnet bor fast hos den ene eller den andre forelder, være blant de alternativer som domstolene kan velge mellom dette en helt konkret vurdering av hva som er best for barnet.

Forslag:

§36 Barnets faste bustad

Foreldra kan gjera avtale, eller, om at barnet skal bu fast hos begge eller hos ein av dei. Retten kan treffe avgjerd om det same dersom foreldra er usamde.

4. Samværsretten

Verken høringsutkastet eller proposisjonen drøfter barneloven § 43. Bestemmelsen slår i første setning fast utgangspunktet om rett til samvær. Paragrafen fikk imidlertid et tillegg ved lov 7. april 2006 nr 6, der det ble innført en ny setning i 1. ledd som lyder slik:

"Dersom samvær ikkje er til beste for barnet, må retten avgjere at det ikkje skal vere samvær."

Bestemmelsen har gjennom senere uttalelser i forbindelse med andre lovendringer og gjennom rettspraksis, spesielt en Høyesterettsdom i Rt 2013 s.1329, blitt tolket slik at terskelen for å frata samværsretten har blitt betraktelig senket i forhold til tidligere.

Med henvisning til en senere lovproposisjon, Prop 85 L (2012-2013) og en dom i RT 2010 s. 216, slår Høyesterett fast at det *ikke* kreves tungtveiende grunner for at retten skal avskjære samvær. Det er nok at det "foreligger forhold som innebærer at det ikke er til barnets beste."

Dette er en lovtolkning som er meget tvilsom i forhold til EMK art 8 om retten til familieliv og BK art 9 om barns rett til kontakt med sine foreldre.

I dommen fra 2013 ble det lagt til grunn at en far som det ikke var noe å utsette på og som hadde hatt fine samvær med datteren, helt skulle avskjæres fra samværsrett med barnet fordi mor hevdet at fars samvær med barnet påførte henne belastninger. Dette hadde bakgrunn i hennes påstått frykt for at faren skulle begå overgrep mot barnet, noe det ikke forelå noen holdepunkter for at noen gang hadde gjort. Denne angivelige frykten var til stede selv om samvær foregikk under tilsyn. Mors insistering på at hun ikke tålte at far hadde samvær med barnet, ble ansett som tilstrekkelig begrunnelse for at samvær ikke var til barnets beste, og samværsretten ble totalt avskåret.

Denne dommen har senere blitt regelmessig påberopt for norske domstoler til støtte for et krav fra mødre som av en eller annen grunn ønsker å marginalisere faren fra barnets liv. Realiteten er at far og barn dermed får et sterkt svekket rettsvern for den fundamentale retten til kontakt med hverandre der mor ikke ønsker slik kontakt. Med denne dommen blir det i realiteten opp til mor å avgjøre om far får samvær. Hvis mor sterkt nok insisterer på at hun ikke vil ha samvær, at samvær for far gjør henne syk og redd og full av angst – påstander som det er umulig å overprøve – så får han ikke samvær.

Høyesterett uttalte også at regelen i § 43, 1. ledd andre setning er "absolutt", hvilket utledes av lovens ordlyd "må retten avgjøre at...".

I praksis betyr det at hvis en sakkyndig i retten sier at samvær ikke er til barnets beste, fordi mor får reaksjoner eller hevder hun får reaksjoner på fars samværsrett, så avskjæres far og barn fra hverandres liv. Jeg er overbevist om at mange fullt kompetente og verdifulle fedre er blitt ekskludert fra barnas liv, med bakgrunn i den presedens som denne dommen setter.

På denne bakgrunn er det nødvendig at lovgiver tar tak i situasjonen og vedtar en ny lov som beskytter samværsretten bedre, i anerkjennelsen av dens fundamentale betydning for både barnets og forelderens livskvalitet.

Forslag:

§ 43 første ledd:

Den av foreldra som barnet ikkje bur saman med, har rett til samvær med barnet om ikkje anna er avtala eller fastsett. Omfanget av samværsretten bør avtalast nærare. Dersom det er påviselege og tungtveiende grunner for at samvær ikkje er til det beste for barnet, kan det avgjerast at det ikkje skal vera samvær. Ein slik avgjerd skal ikkje gjelde for lenger enn eitt år av gangen.

5. Tvangsfullbyrding av samværsretten

Det er også en betydelig svakhet ved gjeldende norsk lovverk og rettspraksis at selv en rettslig fastsatt samværsrett har svak rettslig beskyttelse. Dette signaliserer en nedvurdering av hvor viktig denne retten er. Jeg vil understreke at dette dreier seg om en rett av menneskerettslig karakter og at staten har en forpliktelse til å sikre at menneskerettighetene overholdes i praksis. Jeg understreker også at respekten for hele rettssystemet svekkes når det mangler mekanismer som sikrer at rettslig fastsatte ordninger etterlevs.

Som departementet påpeker, er tvangsfullbyrdelse i form av tvangsmulkt ved samværs sabotasje et lite effektivt virkemiddel. Selv der en tvangsmulkt fastsettes, blir den i mange tilfeller ikke inndrevet. I lys av denne rettsfornektelsen er departementets ordrike endringsforslag utilstrekkelig. Jeg mener det i tillegg bør innføres en åpning i loven for at samværsrett, i likhet med dom om foreldreansvar og hvor barnet skal bo fast, kan tvangsfullbyrdes fysisk, ved henting av barnet. Slik har man i alle de andre nordiske land. En slik sanksjonsadgang skal selvsagt utøves med varsomhet, men den vil

virke langt mer effektivt enn tvangsmulkt. Jeg mener også at loven må uttrykke at tvangsmulkten skal være så høy at den medfører følbare konsekvenser hvis den påløper.

I tillegg bør det innføres straffesanksjonering av grove og forsettlig brudd på samværsretten.

Forslag

Barneloven § 65

Departementets forslag endres slik at 2. ledd 1. setning lyder slik:

Avgjerd eller avtale med tvangskraft om foreldreansvar, kvar barnet skal bu fast og om samværsrett, kan tvangfullførast ved henting eller tvangsbot.

2. ledd, 2. setning i forslaget bortfaller.

Det skytes inn en ny setning som tredje siste setning i 2. ledd som lyder:

Tvangsmulkten skal vere så høg at den motiverer til at samværsretten vert etterlevd.

Straffeloven § 261

1. ledd, 1. setning endres slik:

*Den som alvorlig eller gjentatte ganger unndrar en mindreårig eller holder denne unndratt fra noen som i henhold til lov, avtale eller rettsavgjørelse skal ha den mindreårige boende fast hos seg, **eller skal ha samvær i henhold til rettslig avgjørelse eller rettsforlik**, eller som urettmessig unndrar den mindreårige fra noen som har omsorgen etter barnevernloven, straffes med bot eller fengsel inntil 2 år.*