

Domstolens mekling i barnefordelingssaker,  
med fokus på prosessgarantier

Kandidatnr: 72726

Leveringsfrist: 17. desember 2007 kl 14.00

Til sammen 13115 ord

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING .....</u></b>	<b><u>4</u></b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>MEKLING ETTER GJELDENE RETT.....</u></b>	<b><u>6</u></b>
2.1	Teoretisk perspektiv på meklerrollen.....	6
2.2	To hovedretninger: tilretteleggende og evaluerende mekling.....	9
2.3	Prosessgarantier ved mekling.....	12
2.3.1	Prosessgarantier generelt, avgrensning .....	12
2.3.2	Habilitet.....	12
2.3.3	Kontradiksjon .....	15
2.4	Meklingsordninger i domstolen etter gjeldende rett .....	16
2.4.1	Hovedlinjer.....	16
2.4.2	Sammenligning: Ordinær mekling og rettsmekling.....	16
2.4.2	Barnelovsmekling.....	21
2.5	Resultat av mekling:.....	24
2.5.1	Utenrettslig avtale .....	24
2.5.2	Rettsforlik.....	24
2.5.3	Hovedforhandling fortsetter .....	27
<b><u>3</u></b>	<b><u>NOEN UTVALGTE PROBLEMSTILLINGER .....</u></b>	<b><u>29</u></b>
3.1	Kan partene fraskrive seg prosessgarantiene i EMK art 6 .....	29
3.2	Hvilken betydning har barnets beste som skjønnsnorm for dommerrollen i barnelovsmekling? .....	34
3.3	Hvilken betydning har ulik domstolspraksis i barnefordelingssaker for prosessgarantiene?.....	39
<b><u>4</u></b>	<b><u>SLUTTKOMMENTAR .....</u></b>	<b><u>42</u></b>

**LITTERATURLISTE..... 43**

Artikler ..... 43  
Lovverk ..... 43  
Forarbeid ..... 43  
Domsregister ..... 44

# 1 Innledning

Barnefordelingssaker er tvister om foreldreansvar, fast bosted for barnet eller samvær. Dette er en sakstype der partene er nødt til å forholde seg til hverandre i etterkant, og en løsning ved mekling kan gjøre dette lettere enn etter en domstolsbehandling<sup>1</sup>.

Etter § 51 i barneloven (bl) av 1981 er det en prosessforutsetning; et vilkår for å kunne reise sak, at foreldre må møte til mekling og få meklingsattest. Men også etter at saken er brakt inn for tingretten skal det legges til rette for mekling mellom partene jf bl § 59, 2.ledd jf § 61 nr1.

Mitt tema er mekling i domstolen etter at sak er reist, ikke den obligatoriske meklingen før sak reises som er familievernkontoret sitt ansvar<sup>2</sup>. Domstolstilknyttet mekling er lovregulert i ulike ordninger, og jeg har derfor valgt å sammenligne meklingsordninger i domstolen etter gjeldende rett. Videre har jeg særlig valgt å se nærmere på hvilke prosessgarantier<sup>3</sup> partene og barnet har i meklingsprosessen, med særlig vekt på vernet gjennom EMK art 6 og hvilken betydning skjønnelementet barnets beste har for dommerhabilitet. Det er mekler som skal ivareta partenes rett til kontradiksjon og til en upartisk dommer<sup>4</sup>, og det blir sentralt å se på hvordan meklerrollen dermed bør praktiseres.

Tradisjoner og synet på meklers rolle kan variere, men i hovedsak går denne ut på å søke løsning uten dommer eller annen tvang. I mange land er mekling som konfliktløsningsform skilt fra domstolen, med meklere som ikke er dommere og der mekling kun inngås ved frivillighet og samtykke fra partene. I Norge kan i prinsippet mekling pålegges, og mekling eller forliksvirksomhet praktiseres ved dommer som mekler. Hovedskillet i forhold til meklingsrollen er om mekler kun har meklingskompetanse eller også domskompetanse, noe som vil variere etter hvilken meklingsform som blir brukt etter sakstypen en står overfor.

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr 51(2003-2004), s 67.

<sup>2</sup> I NOU 1998: 17 er det foreslått å benevne denne første meklingen for veiledning, og med dette skille den fra den mekling som skjer i domstolen. I veiledningen informeres foreldre om verdien av å finne frem til minnelige løsninger for å skåne barna, og oppfordres til å møte til mekling, mens mekling er basert på frivillighet. Men dette ble ikke lovens ordlyd, da denne første veiledning i praksis ofte går over i mekling. Forutsatt at nødvendig meklingskompetanse foreligger, synes det å ha lite for seg å skille begrepene.

<sup>3</sup> Begrepet prosessgarantier er valgt i stedet for rettssikkerhetsgarantier fordi mekling selv om den er domstolstilknyttet, er en alternativ tvisteløsningsmetode. Se Gisela Knuts, Förfarandegarantier s 57.

<sup>4</sup> Offentlighet er også en sentral prosessgaranti, men da barnefordelingssaker er unntatt offentlighet blir offentlighet ikke tema i denne fremstillingen

Den generelle forliksbestemmelsen i tvisteloven (tl) § 8-1 tilsier nå som utgangspunkt etter sin ordlyd en plikt til å mekle, mens slik plikt ikke kunne utledes av den avløste tvistemålsloven (tvml) § 99(1). Det er ulike oppfatninger blant dommere om hvor aktive de bør være, og Høysterettsjustitiarius Tore Schei<sup>5</sup> illustrerer problemstillingen slik:

”Det er dommere som aldri forsøker å mekle med henblikk på at forlik skal inngås. Det er på den annen side dommere som forsøker å påtvinge partene forlik i nær sagt enhver sak. Det første er uheldig. Det siste er ille.”

Imidlertid foreligger en uttrykkelig plikt til å mekle i bla. barnefordelingssaker jf bl § 59(2)<sup>6</sup>: "Dommaren skal på kvart trinn av saka vurdere om det er mogeleg å oppnå forlik mellom partane, og leggje tilhøva til rette for det jf bl § 61<sup>7</sup>. For å jf § 59: "påskunde saka så mykje som mogleg", skal retten straks fastsette tid for hovedforhandling<sup>8</sup>, eller bl § 61(1) innkalle partene til "førebuande møte" for klarlegging av tvistepunkt, drøfte vidare behandling og evt. mekle mellom partene.

Tolket i lys av de nye saksbestemmelsene i barneloven<sup>9</sup> åpner disse for at meklingsplikten kan oppfylles ved bruk av sakkyndig eller ekstern mekler § 61(1) og (2). Men i praksis er disse lite benyttet. Selv om det kunne være særlig interessant å se på prosessgarantier i den sammenheng, har jeg derfor valgt å avgrense oppgaven mot mekling ved sakkyndig eller ekstern mekler og vil kun se på mekling ved dommer.

---

<sup>5</sup> I Austbø, Engebretsen s 28

<sup>6</sup> jf Ot.prp. nr 29 s 87

<sup>7</sup> Med bakgrunn i tvistemålsloven (tvml) § 422

<sup>8</sup> jf tl §§ 9-12 til 9-17

<sup>9</sup> i kraft 1.april 2004

## 2 Mekling etter gjeldende rett

### 2.1 Teoretisk perspektiv på meklerrollen

Meklingsfilosofien viser spennet mellom Østens mekling basert på filosofiske og kulturelle tradisjoner, til Vestens mekling med basis i behovet for konfliktløsning uten omfattende prosesser og store kostnader<sup>10</sup>. Basisprinsippene er likevel de samme.

Ordet *mediation* av latin: *medius/medium*, betyr *det som er i midten*. Mekling betyr altså å stille seg i midten, upartisk og nøytral mellom stridende parter. *Medius* har likhet med ordet *medeor* som betyr å *lege, helbrede, hjelpe*, som i senere bruk også har vært assosiert med mekling: meklere bistår i å lege konflikten. En praktisk og enkel definisjon: Mekling er å hjelpe folk til å finne frem til sine egne løsninger<sup>11</sup>.

Bakgrunnen for den meklingsteori som foreligger i dag har sitt utspring i Multidoor court house ordningen i USA, som kom til som en prøveordning på slutten av 70-tallet etter misnøye med domstolens saksbehandling. Ordningen tok sikte på at folk kunne få løst sine konflikter ved domstolen, men at en der kunne velge hvilken konfliktløsningsform som lå best til rette for en løsning på konflikten. Dette ble kalt Alternative Dispute Resolution (ADR) og er en samlebetegnelse på ulike metoder med det til felles at det bringes inn en nøytral tredjeperson. En hovedgruppe er *prosesslignende ordninger*, for eksempel voldgift som den mest formelle ADR-formen der voldgiftsmenn kan velges for å sikre spesialkompetanse og avgjørelsen som regel ikke kan påankes men anses endelig avgjort<sup>12</sup>. *Evaluerende* eller rådgivende ordninger har til hensikt å gi en nøytral, ikke-bindende evaluering av tvistens sterke og svake sider som kan brukes av partene i videre forliksforhandlinger. Den mest brukte formen for alternativ konfliktløsning i USA er *mediation*, der mekler verken treffer avgjørelse eller foreslår løsning av tvisten - hans eller hennes rolle er å bistå partene til selv å komme frem til en løsning.<sup>13</sup> Mekler kan være med på å foreslå alternativ, men skal verken gi uttrykk for sitt personlige syn eller gi rettslig vurdering. En noe mer aktiv form for mekling er

---

<sup>10</sup> Austbø, Engebretsen s 47

<sup>11</sup> Sitat fra amerikansk advokat/mekler Linda Singer

<sup>12</sup> Austbø, Engebretsen s 22

<sup>13</sup> Austbø, Engebretsen s 23

*conciliation* kan være tjenlig der partene har urealistiske standpunkt, men et evt forslag fra mekler binder ikke partene.

Mange vesteuropeiske land har etter hvert utviklet nye meklingstilbud etter mønster fra de amerikanske mediation-prinsipper, og det er disse som ligger til grunn også for norsk meklingsteori. Noen land har tradisjon for ”settlement conferences” der dommer tar initiativ til forliksforhandlinger på samme måte som vi har hatt i norske domstoler. I de land som har etablert mekling etter nyere prinsipper ”mediation”, er dommere vanligvis ikke involvert i selve meklingen. Forskjellen på mekling i ”settlement conferences” og ”mediation” er ikke nødvendigvis så stor: i eksempel fra et meklingsprogram tilknyttet domstolene i USA beslutter dommermekling, men selve meklingen utføres vanligvis av godkjente meklere utenfor domstolen eller av andre ansatte i domstolen.

Forhandlingsprinsippene utviklet av Harvard-prosjektet kalles *Principled negotiation*<sup>14</sup>. Selve teknikken i den norske oversettelsen er kalt prinsippforhandlinger, men kan også betegnes som interessebaserte forhandlinger<sup>15</sup>. Prinsippforhandlinger beskrives gjerne med følgende stikkord: skill mellom sak og person, fokuser på interesser - ikke standpunkter, skap muligheter for gjensidige fordeler og krev bruk av objektive kriterier. Ofte vil partene trenge meklerens bistand for å klare å skape den nødvendige distansen til konflikten, slik at de selv blir i stand til å reflektere på en mer rasjonell og målrettet måte.

Nettopp ved å bli opplevd som nøytral og uten personlige interesser i konflikten eller utfallet av meklingen, vil mekleren kunne være en verdifull diskusjonspartner med stor gjennomslagskraft. Ved å fokusere på de egentlige interesser, kan partene muligens få større forståelse for at det de i utgangspunktet ønsker, egentlig ikke er det samme som det de virkelig trenger. Selv om det ikke er aktuelt å trekke inn flere tvistepunkter eller å skape svært kreative løsninger, kan momenter som tid, kostnader og relasjoner også trekkes inn. Dersom det er mulig å anvende en eller annen form for objektiv standard, trenger ikke noen av partene egentlig å gi seg, begge kan referere til en rimelig løsning.

---

<sup>14</sup> Roger Fisher/William Ury: *Getting to Yes* referert i Austbø, Engebretsen

<sup>15</sup> Austbø, Engebretsen s 50

Grunnprinsippene er at mekler fremstår som nøytral tredjeperson som bistår partene til selv å finne frem til en løsning, ut fra partenes underliggende interesser og behov. At mekler er en nøytral tredjeperson som skal opptre upartisk under meklingsprosessen er grunnleggende forutsetninger for å sikre tillit og åpenhet som igjen er avgjørende for et godt og konstruktivt meklingsklima. Et viktig fundament for forståelsen av meklingsens vesen er at meklere ikke har myndighet til å avgjøre tvisten med bindende virkning for partene, det er ingen form for tredjemannsavgjørelse. I tradisjonelt meklingsarbeid i domstolene går disse rollene noe over i hverandre. Dommeren tar ofte initiativ til forliksforhandlinger både i forbindelse med saksforberedende rettsmøter og under hovedforhandlinger. Etter en slik aktiv meklingsinnsats vil det ikke alltid være like lett å ha i behold begge parters tillit til at man kan treffe en rettferdig og uhildet avgjørelse i saken senere. Denne situasjonen begrenser dommerens frihet til å opptre så aktivt som det er ønskelig ut fra partenes behov. Frykten for å ødelegge sin egen habilitet og å forstyrre partenes opplevelse av dommeren som upartisk og nøytral, kan av og til medføre større forsiktighet og tilbaketrukkethet enn det som strengt talt hadde vært hensiktsmessig i forhold til en målsetting om å forsøke å hjelpe partene til å få avsluttet sin konflikt med en best mulig løsning.

Mekleren skal heller ikke være rådgiver for partene. Det er partenes konflikt og dermed bør de selv gis ansvaret for å finne løsninger. Den beste basisen for å skape forliksløsninger er at partene selv arbeider frem resultatet, det er lettere å akseptere løsninger en selv har vært med på å utarbeide – også på lengre sikt. Spissformulert kan en si at partene har ansvaret for innholdet, mens meklere har ansvar for prosessen. Det ideelle er å få partene til å snakke direkte til og med hverandre på en konstruktiv måte. Dette gjøres ved oppsummeringsteknikker som bidrar til å klargjøre partenes interesser og standpunkter. Partenes krav eller posisjoner avdekker ikke alltid deres egentlige interesser og behov. Det er derfor partenes underliggende interesser og behov som bør være det sentrale. Da vil mulighetene for løsninger bli flere og bedre alternativer lettere komme til syne.

Dette illustreres av *appelsineksemplet*<sup>16</sup> som er blitt klassisk i meklingsammenheng: I en familie har de fire appelsiner. Datteren spør faren om å få dem, og han sier ja. Sønnen spør moren, og får ja av henne. Konflikten er et faktum, og de fleste foreldre ville raskt dele appelsinene likt mellom barna, med to appelsiner til hver. Men det finnes også andre måter å resonnerer på:

---

<sup>16</sup> Austbø, Engebretsen s 50



Juristen vil antakelig anvende prinsipper om først i tid, best i rett – eller spørre om hvem som hadde disposisjonsrett over appelsinene. Den tradisjonelle mekler vil, som foreldrene, skjære gjennom med rettferdighetsprinsipper: to appelsiner til hver. Den interessebaserte mekler vil spørre hva de skal bruke appelsinene til. Datteren sier at hun skal bruke skallet til appelsinmarmelade til speiderloppemarkedet, mens sønnen skal ha appelsinene til fruktsalat til speiderfesten etterpå. Begge får det de har behov for: datteren får skallet og sønnen frukten av alle appelsinene.

Et hovedmål med meklingen er å forsøk å komme bort fra vinner/taper konstellasjonen, og i stedet komme over i en vinn/vinn situasjon, at partene får følelsen av at de begge vinner noe ved meklingen.

## **2.2 To hovedretninger: tilretteleggende og evaluerende mekling**

En snakker gjerne om to hovedretninger når det gjelder mekling: den tilretteleggende og den evaluerende<sup>17</sup>. Den *tilretteleggende meklingen* legger gjerne stor vekt på at mekleren bistår i en prosess som skal sette partene i stand til selv å løse konflikten: meklingen skal være interessebasert. Partene hjelpes til selv å vurdere svake og sterke sider og sannsynlig utfall av saken. Partene oppfordres til selv å utvikle forslag til løsninger.

I en *evaluerende mekling* er mekleren mer opptatt av løsningen av konflikten og går mer aktivt inn i prosessen. Meklingen er mer rettighetsbasert. Ved evaluerende mekling kan mekleren gjerne gi uttrykk for sin vurdering av sakens sterke og svake sider og komme med forskjellige forslag til løsning. Meklingen kan begrenses strengt til den konkrete konflikten, eller den kan legge til rette for å ta opp andre aspekter og bedre forholdet mellom partene mer generelt.

Generalisert kan en si at tilretteleggeren lettest finnes i et terapeutmiljø, mens den evaluerende mekleren typisk finnes blant juristene. Terapeutene reiser av og til spørsmål om juristene i det hele tatt kan være gode meklere: spørsmålet retter seg kanskje særlig til dommere og advokater som i sitt arbeid er preget av å finne frem til hva som er juridisk riktig.

---

<sup>17</sup> Austbø, Engebretsen s 51

Tilretteleggende mekling settes av og til opp som et motstykke til effektiv mekling som er mer løsningsorientert, muligens en sannhet med modifikasjoner.

En tredje retning er *transformerende*<sup>18</sup> mekling, som har et noe annet perspektiv i tillegg til å løse de aktuelle konfliktene. Det legges stor vekt på selve meklingsprosessens muligheter for å sette partene i stand til selv å løse sine konflikter i fremtiden. Meklingen ses som et middel til å forandre hele samfunnets holdninger til konflikter og konfliktløsning.

En rent tilretteleggende og bred mekling eller en klart evaluerende og smal mekling er neppe målet. Begge retninger kan klart ha sine fordeler og ulemper. Mekling er en dynamisk prosess, og den konkrete meklings situasjonen bør møtes på en fleksibel måte. Det som kan være riktig i en situasjon, kan være uheldig i en annen. En dyktig mekler vil bruke det som er mest hensiktsmessig i den konkrete konflikten og på forskjellige stadier i meklingsprosessen. Mekling er på mange måter en modningsprosess, ofte er det naturlig å starte med å være tilretteleggende, men om nødvendig bli mer evaluerende i slutfasen. I praksis vil mekleren neppe være opptatt av hvilken meklingsretning som anvendes for øyeblikket. Etter å ha lært en del om prinsipper og teknikker, vil dette sammen med sunn fornuft og erfaring være rettesnoren.

Opplæringstiltak rettet mot norske meklere har fokus på mekler som tilrettelegger<sup>19</sup>, men det er nok grunnlag for å hevde at jurister som meklere tar med seg erfaringene fra tradisjonell juridisk rådgivningsvirksomhet og dømmende virksomhet. Som kjent er det i sistnevnte virksomhet et viktig poeng enten i klartekst å fortelle en part hva man kan eller ikke kan gjøre, eller å treffe en avgjørelse som er bindende for en part. Den tradisjonelle juristatferden er grunnleggende vurderende og de fleste jurister vil instinktivt trekkes i retning av å bli vurderende og vil lett opparbeide et ønske om å avsi dom under meklingen.

Argument for en evaluerende meklingsstil er at ikke all jus er tvilsom, bevisbyrderegler er ofte klare og tvisten uansett vil bli avgjort ved dom hvis den ikke forlikes. Mange parter og advokater ytrer under meklingen ønske om meklers mening om sakens utfall ved en domstolsbehandling, eller meklers forslag til løsning. Parter som blir forlikt ser positivt på

---

<sup>18</sup> Bush and Folger: The promise of Mediation, 1994

<sup>19</sup> Austbø, Engebretsen s 149

slik opptreden fra mekler, mens parter i saker hvor man ikke kommer til enighet har en tendens til å bebreide mekler for passivitet og manglende fremsettelse av løsningsforslag<sup>20</sup>. På den annen side har man erfaring for at parter og advokater ikke alltid er like fornøyd med meklere som forteller dem hva de kan regne med blir domsresultatet dersom de ikke forliker saken. Hvis disse likevel ikke blir enige, og deretter får en rettsavgjørelse med et annet innhold enn det meklere ga anvisning på – vil aggresjonen raskt vende seg mot mekler og meklingsinstituttet. En mekler kan altså skape betydelig fallhøyde for seg selv ved å opptre aktivt evaluerende.

Man skal ikke undervurdere risikoen for at meklere bevisst eller ubevisst glir over i den tradisjonelle dommerrollen. De fleste dommere og advokater vil mene at de har mye å bidra med både på det juridisk-faglige plan og mht å vurdere prosedabiliteten av en sak og gjennomslagskraften av en parts standpunkter. For mange vil dette faktisk føles både enklere og tryggere enn å holde fast på en meklingsrolle mer preget av å være tilrettelegger for en prosess mellom partene. Når partene i tillegg ber om å få slike vurderinger, kreves det en bevisst holdning hos mekler hvordan han ønsker å forholde seg til situasjonen. Enhver mekler bør på forhånd ha hatt en mental gjennomgang og analyse over hvordan han ønsker å arbeide som meklingsmann, ikke minst av hvor aktivt evaluerende han anses det ønskelig å opptre.

Det generelle budskapet i Austbø, Engebretsen er at meklere normalt bør unngå bastant rådgivning eller retningsgivende uttalelser. Klare synspunkter på hva som er en ”rimelig” løsning eller antydninger om hva man mener utfallet vil bli ved en senere domstolsbehandling, vil lett bli oppfattet som en forhåndsdom det ikke har noen hensikt å diskutere nærmere for partene. Så styrende er det ikke nødvendig for en mekler å opptre.

Det fins tre kategorier eller grader av meklertydelighet: å presentere egne løsningsalternativer, gi domsprognose eller legge press på partene.

Alternativt har erfaring vist at det ofte kan oppnås gode resultater i form av fremdrift og konstruktiv stemning under meklingsarbeidet ved at mekler i stedet for å presse eller gi domsprognoser, påpeker svake punkter i partenes argumentasjon. Riktig formulert vil dette tjene som en realitetsorientering som tydeliggjør at det foreligger en prosessrisiko. Meklaren bør understreke at en påpekning av en svakhet i en argumentasjonsrekke kun gjelder deler av

---

<sup>20</sup> Rettsmeklingsundersøkelsen indikerer også slikt synspunkt hos forlikte/ikke forlikte parter

saken, og ikke er ment som en antakelse om hva det totale utfallet av saken vil kunne bli i en rettsak.

Uansett hvilken grad av meklertydelighet man velger å bruke, viser rettsmeklingsundersøkelsen at både parter, prosessfullmektiger og meklere er enige om at slik tydelighet som regel bør forbeholdes de separate møtene. Det vil sjelden være heldig for meklings situasjonen om mekleren i et møte med begge partene til stede gir til kjenne synspunkter på gjennomslagskraften av den enkelte parts argumenter, eller endog formulerer oppfatninger om hvilket utfall man kan forvente ved en eventuell dom i saken. Dette vil ofte medføre at minst en av partene blir opprørt og begynner å trekke meklerens nøytralitet i tvil. En positiv effekt av slik meklertydelighet, kan man imidlertid få når den tas i bruk på en bevisst måte i forhold til en part i et separat møte.

## **2.3 Prosessgarantier ved mekling**

### **2.3.1 Prosessgarantier generelt, avgrensing**

I norsk rett er prosessgarantiene i sivile saker først og fremst knyttet til generelle prinsipper. Garantiene innebærer krav til rettsvesenet om at saker skal behandles på en mest mulig betryggende måte og med mest mulig betryggende resultat. Disse er ofte innbakt i lovteksten slik at flere prinsipper kommer til uttrykk i samme bestemmelse, og er også innarbeidet i domstolens saksbehandling.

I forhold til mekling er det først og fremst prinsippene om habilitet og kontradiksjon som gjør seg gjeldende. De aktuelle lovbestemmelsene er henholdsvis domstolsloven(dl) §108, tvml §111, tvml §§405-407 og EMK art 6(1) jf SP art 14(1)

### **2.3.2 Habilitet**

Habilitetsspørsmålet er tredelt:

- 1) Habilitet før saken starter, spørsmålet: hvem som kan dømme i saken
- 2) Habilitet "nå", under meklingen
- 3) Habilitet "hvis ikke forlik", og saken må pådømmes

En grunnleggende forutsetning for folks tillit til domstolen er at den enkelte sak er besatt av upartiske og uavhengige dommere<sup>21</sup>. Det er derfor nødvendig med habilitetsregler for å ha et velfungerende rettssystem. Samtidig vil for utstrakte habilitetsregler kunne svekke domstolenes effektivitet, skape problemer med å finne alternative dommere eller rokke ved tilfeldighetsprinsippet i dommervalget, og gi økte prosesskostnader.

Domstolloven har nokså presise regler om typetilfeller som medfører inhabilitet jf § 106 og §107 - de absolutte habilitetgrunnene, dels en skjønnsmessig bestemmelse i § 108 som fastsetter at dommer er inhabil dersom det foreligger særegne omstendigheter som er egnet til å svekke tilliten til dommerens uhildethet - de relative habilitetsgrunner. Det er denne sistnevnte som spesielt er interessant her.

Uttrykket uhildethet har sin motsats i inhabilitet, et begrep som vanligvis brukes synonymt med ugildhet<sup>22</sup>. Kjernen i inhabilitetsbegrepet er at dommeren står i et slikt forhold til saken eller dens involverte at han ikke fremstår som tilstrekkelig objektiv, fordomsfri, uavhengig og upartisk.

Habil (av latin habilis) betyr bekvem, passende, duelig, og har i rettslig forstand tradisjonelt vært knyttet både til det å inneha egenskapene loven krever for å kunne inneha dommerstillingen, og om det å kunne utføre konkrete dommerhandlinger. Her er det ikke de førstnevnte rent formelle kvalifikasjonskrav, men dommerens forhold til den konkrete saken og hans faglige og personlige skikkethet som er tema. Dette er også i tråd med Høyesteretts begrepsbruk.

I dagens juridiske litteratur er det vanlig at uttrykket "habil" først og fremst omfatter spesielle inhabilitetsgrunner, altså dommerens forhold til den konkrete saken og dens parter, selv om manglende faglig kompetanse eller personlige kvalifikasjoner enkelte ganger har vært påberopt som inhabilitetsgrunn og vurdert etter dl § 108. Det avgjørende er at den som opptrer som dommer i en sak, eller noen som står vedkommende nær, må ikke ha noen interesse i sakens utfall. Det skal i vurderingen legges vekt på partenes oppfatning av inhabilitetsspørsmålet. De samme krav til uhildethet stilles til meklere i domstolsregi, og omtrent tilsvarende regler gjelder for advokater som opptrer som meklere. Mekleren skal

---

<sup>21</sup> Torgersen s 17

<sup>22</sup> Torgersen s 19

riktignok ikke avgjøre saken, men kan ha stor innflytelse på meklingsprosessen. Det er også helt avgjørende for tilliten til mekleren at begge parter kan ha full tiltro til meklerens habilitet. Hensynene til rettsvesenets tillit og til at rettssystemet fungerer i praksis, er således grunnleggende aspekter ved habilitetsreglenes utforming og tolkning.

Reelle hensyn er en hyppig påberopt faktor ved tolkningen av dl § 108<sup>23</sup>. Det gjelder som et generelt krav jf NOU 1999:19 s 103, at dommeren i en sak må være uavhengig og upartisk i forhold til sakens parter: ”Når domstolens oppgave er å være den viktigste institusjon, og på en del områder den eneste som kan gi endelig og bindende løsninger på rettstvister, trenger det ingen nærmere begrunnelse at partene i rettssaker ønsker og har krav på upartisk og nøytral behandling av saken.” Habilitetsreglene skal, i forlengelsen av å sikre partene uavhengige dommere, bidra til å styrke folks alminnelige tillit til domstolen. Gjennom habilitetsreglene bevarer domstolen troverdighet som konfliktløsningsorgan, og domstolens uavhengighet styrkes – både i forhold til private parter og i forhold til det offentlige. Dommeren spares for påkjenningen ved å dømme i en sak der han ikke er eller mistenkes for å ikke være uavhengig.

Habilitet er altså tredelt: før saken starter, under meklingen og for det tilfelle at mekling ikke fører frem og dom må skrives. I norsk rett er hovedregelen<sup>24</sup> at dommer som har meklet, ikke senere kan dømme i saken. Skal det være adgang til senere å pådømme saken, er det en særskilt unntaksadgang som partene i fellesskap må ta initiativ til da det som utgangspunkt har mye å si for meklingsfasen at partene vet at mekleren ikke senere kan dømme i saken. En annen innvending er at det for partene kan være vanskelig å skille mellom dommer som mekler og dommer som dommer på grunn av den autoriteten dommeren har, lett vil kunne legge for stor vekt på de signalene dommer gir gjennom forslag til løsning på konflikten.

Utgangspunktet er at partene skal komme frem til et resultat de ønsker, men kan komme i en situasjon der de føler seg presset til å godta den løsningen som dommeren anbefaler. At partene vet at ikke samme dommer skal behandle saken om forlik ikke inngås, taler mot at partene vil la seg presse til et uheldig forlik. Hvor aktivt mekler bør diskutere sakens sterke og

---

<sup>23</sup> Torgersen s 27

<sup>24</sup> jf tl kap 8

svake siden og om han bør foreslå løsninger, er svært viktige og omfattende spørsmål i forhold til inhabilitet/upartiskhet.

### 2.3.3 Kontradiksjon

Prinsippet om kontradiktorisk saksbehandling er det mest grunnleggende av de prinsipper som gjelder for behandling av tvistemål<sup>25</sup>. Med kontradiktorisk saksbehandling menes for det først at avgjørelse i saken ikke skal treffes uten at begge parter har fått anledning til å gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendighetene i saken og hva som kan utledes av bevis som foreligger. For det andre må partene få adgang til å uttale seg om hverandres anførsler. Prinsippet kommer bla. til uttrykk i Tvml § 111 og må anses innebygget i det krav om rettferdig rettergang som følger av EMK art 6 (1) og SP art 14(1).

Hensyn bak kontradiksjon er at saken skal være så godt opplyst som mulig, men også at begge parter skal ha hatt anledning til å uttale seg er viktig av hensyn til den tillit folk bør ha til prosessen. Kravet om at partene skal ha hatt anledning til å gjøre rede for sitt syn, gjelder bare faktum og bevisene i saken. Rettssetninger kan anvendes selv om de ikke har vært gjenstand for kontradiksjon jf Tvml § 191 og "fair hearing" i EMK art 6(1)<sup>26</sup> Av parts eller likhetsprinsippet må imidlertid følge at i den utstrekning prosedyre og evt bevisførsel tillates, må dette praktiseres likt i forhold til begge parter .

Et konkret utslag av kontradiksjonshensynet er for eksempel at det ved barnelovsmekling, som er allmennprosess etter tvisteloven, nettopp ikke kan holdes særmøter mellom dommeren og en part uten at den annen part er til stede samtidig jf tl § 8-2(1), 2 pkt. Der mekler jf bl § 61(2) er vist til mekling hos ekstern mekler, vil en imidlertid ha en snever adgang til dette jf bl § 61(2), 2. pkt - i og med at bl § 53(2) skal gjelde tilsvarende. Imidlertid vil dette være uproblematisk da ekstern mekler ikke skal skrive dom.

---

<sup>25</sup> Skoghøy s 425

<sup>26</sup> Aall s 220

## **2.4 Meklingsordninger i domstolen etter gjeldende rett**

### **2.4.1 Hovedlinjer**

For å se nærmere på hvilke normer som gjelder for mekling etter barneloven, gir det oversikt å først se på hovedformene for mekling i gjeldende rett: ordinær mekling og rettsmekling.

Mekling i barnefordelingssaker har barneloven som *lex specialis*, men hvis forholdet ikke er regulert etter barneloven, kommer de alminnelige prosessreglene etter tvistemålsloven /tvisteloven og domstolsloven til anvendelse. På grunn av endringer i barnelovens saksbehandlingsregler (ikraft 1.april 2004) og det økte fokus på mekling og rettsmekling i den nye tvisteloven som trår i kraft 1.januar 2008 (-altså like rundt hjørnet), følger en oversikt og sammenligning av de ulike meklingsinstituttene.

Det er også på det rene at mekling i barnefordelingssaker også kan skje etter reglene om ordinær mekling og rettsmekling hvis vilkårene for den type mekling er oppfylt. Men hvilken meklingsordning som blir valgt innebærer at det er forskjellig hva som kan gjøres til tema under meklingen og hva en kan snakke om uten at prosessgarantiene etter de ulike ordningen kommer i fare. Hovedskillet går ved særmøter som kun tillates ved rettsmekling der mekler ikke skal skrive dom.

Dette gir et ekstra incentiv om å se nærmere på hvordan de sentrale prosessgarantiene da vil stille seg gitt de særlige hensynene som gjør seg gjeldende i barnefordelingssakene.

### **2.4.2 Sammenligning: Ordinær mekling og rettsmekling**

Tvisteloven § 9-4(2) forutsetter at retten drøfter en plan for den videre behandling av saken straks tilsvaret er innkommet. I denne planleggingen er det forutsatt at det blir vurdert hvorvidt det bør gjennomføres rettsmekling utenfor rettsmøte eller mekles i rettsmøte.

Tvisteloven § 8-1, 1.ledd bestemmer at retten "på et hvert trinn i saken (skal) vurdere muligheten for å få rettstvisten helt eller delvis løst i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling, om ikke sakens karakter eller forholdene for øvrigtaler imot en slik løsning".



Bestemmelsen avløser tvml § 99,1.ledd som foreskrev at retten på ethvert trinn "*kunne forsøke mekling*". I motsetning til tvistemålsloven har nå retten etter tvisteloven som utgangspunkt "*plikt*" til å vurdere muligheten for mekling, men plikten til å vurdere mekling er imidlertid ikke ubetinget<sup>27</sup>. Hvis saken for eksempel gjelder et prinsipielt retts spørsmål og den ene eller begge parter har behov for en prinsipiell rettsavklaring, er det ingen grunn til at retten skal kaste bort tiden på unyttige meklingsforsøk<sup>28</sup>. Retten kan heller ikke ha plikt til å vurdere mekling der dette av andre grunner er utilrådelig, for eksempel der det er åpenbart at en av partene har rett.

Tvisteloven skiller mellom ordinær domstolsmekling tl § 8-2 og rettsmekling tl §8-3, der en av hovedforskjellene er at ordinær mekling foregår i rettsmøte j tl § 8-2(1) mens rettsmekling foregår utenfor rettsmøter jf tl § 8-5(1). Ved ordinær domstolsmekling skal retten søke å legge grunnlaget for en minnelig løsning uten at dommeren opptrer for aktivt, men det ved rettsmekling forutsettes en noe mer aktiv opptreden fra meklerens side. Med hjemmel i tvml § 99 a ble rettsmekling innført som en forsøksordning ved enkelte tingretter og lagmannsretter fra 1.januar 1997, og på bakgrunn av positive erfaringer med forsøksordningen er rettsmeklingsinstituttet ved tvisteloven gjort permanent og generell se tl §§ 8-3 til 8-7<sup>29</sup> Det er ingen tvil om at prøveordningen med rettsmekling bygger på interessebasert mekling slik den er utviklet ved Harvard Law School og rettsmeklingsordningen er til nå det mest omfattende meklingstilbudet i Norge basert på nevnte meklingsprinsipper<sup>30</sup>. Ordningen er relativt grundig evaluert og erfaringene kan dermed være av interesse også i andre meklingssammenhenger<sup>31</sup>. Før denne var det tradisjon for dommerinitiativ til forlik, som ble tatt under hovedforhandling hvor dommer eventuelt skal skrive dom umiddelbart etter. Dette forholdet og tidspresset gir lite rom for reell mekling, og rettsmekling kan derfor oppleves som en bedre prosess for partene med mindre belastninger og mindre press<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Skoghøy's artikkel 2006 s 290-291

<sup>28</sup> Sml. NOU 2001:32, Bind A s 225-227 og Innst.O nr 110 (2004-2005) s 25 for så vidt angår rettsmekling.

<sup>29</sup> Se nærmere Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s 116 flg

<sup>30</sup> Prøveordningen med rettsmekling, Austbø, Engebretsen s 32

<sup>31</sup> Evalueringsrapport av prøveordningen foretatt av rådgivningspsykolog Roald Knoff forelå i 2001. Knoff konkluderte med at det var "ingen tvil om at rettsmekling har fungert godt i prøveperioden og trygt kan innføres som generell ordning, med enkelte presiseringer og tilpasninger."

<sup>32</sup> Austbø, Engebretsen s 41

Saker hvor partene på en eller annen måte må samarbeide også i fremtiden, er bedre egnet for mekling enn andre. En minnelig løsning vil i slike tilfeller ha egenverdi som basis for det videre samarbeidet. I enkelte tilfeller vil en rent juridisk løsning ved domstolene ikke løse hele sakskomplekset. Erfaring fra rettsmeklingsprosjektet viser at mekling kan være aktuelt i de fleste tvister. Sakstypene som dominerer er avhendingslov/entreprisesaker, oppsigelser i arbeidsforhold/husleieforhold, familie og naboforhold, erstatningssaker, ulike typer pengekrav og forskjellige krav utsprunget fra forretningsforhold.

Ordinær mekling er aktuelt jf tl §8-1(1) om ikke sakens karakter eller forholdene for øvrig taler mot en slik løsning. Rettsmekling er imidlertid aktuelt i alle saker som kan avgjøres ved avtale mellom partene<sup>33</sup>.

Vurderingen av hvor langt retten kan gå, må gjøres med tanke for den situasjon at meklingen faktisk ikke fører frem, og at retten må pådømme saken<sup>34</sup>. Dommerne må derfor ikke stille seg slik at de kan bli inhabile til å fortsette saken og avsi dom.

I ordinær mekling fremgår det forutsetningsvis av tl § 8-1(1) at der er forberedende dommer i saken som mekler. Rettsmekler kan derimot jf tl § 8-4(1) være: forberedende dommer i saken, øvrig dommer ved domstolen, person fra utvalg av rettsmeklere for domstolen, sakkyndig eller eksternt mekler. I prøveperioden har ikke eksterne meklere eller sakkyndige vært oppnevnt i særlig grad. Årsaken antas å være at de fleste saker ikke har krevd kompetanse utover det enhver dommer innehar, det finnes få utenfor domstolene med erfaring fra mekling og dessuten blir dette et kostnadsspørsmål: godtgjøring til meklere utenfor domstolen må betales av partene. Dommere har erfaring i å lytte til parter, å se en sak fra flere sider, analysere problemstillinger og en grunnleggende holdning til å opptre upartisk og synes dermed egnet i meklerrollen. Dommeren kan også ved ordinær mekling peke på ulike hensyn partene bør ta i betraktning ved vurderingen av et forlik og gi råd om den tekniske utformingen av et forlik. Det er også akseptabelt at dommeren antyder mellomløsninger ut fra partenes egne løsningsforslag, men dommer skal ikke kunne sette frem eget forslag til løsning, gi partene råd eller gi uttrykk for synspunkt som er egnet til å bringe retten i en inhabilitetssituasjon jf tl § 8-2, 2.ledd 3pkt..

---

<sup>33</sup> NOU 2001:32, Bind A s 226

<sup>34</sup> Ot.prp.nr 51, s 115

I rettsmekling skal rettsmekler opptre upartisk og søke å klarlegge partenes interesser jf tl § 8-5, men han eller hun kan peke på forslag til løsning og drøfte styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon.

Mekling uten motiverte parter har liten hensikt. Selv om en part egentlig ikke har så stor tro på en løsning, virker det ytterligere negativt å bli tvunget til forhandlingsbordet. Hensynet til den annen part eller andre som berøres av konflikten, kan gjøre at det likevel kan forsvares å tvinge en part til å møte til rettsmekling. Etter tl § 8-3(2) if. kan rettsmekling i prinsippet pålegges partene selv om en eller begge er imot. Det er imidlertid viktig å understreke at sistnevnte pålegg er tale om en snever unntaksregel, da hensynene bak mekling normalt forutsetter frivillighet.

I rettsmekling kan det holdes separate møter med partene, mens det imidlertid er presisert i tl § 8-2(1) 2.pkt jf Ot.prp nr 51 s 116, at det ved ordinær mekling ikke skal holdes separate møter/særmøter. Heller ikke skal dommer motta opplysninger som ikke kan gjøres kjent for alle berørte parter. Begrunnelsen for dette er nettopp hensynet til partenes kontradiksjon og habilitet.

Særmøter kan etter sin egenart bidra til usikkerhet og uklarhet om hvilke opplysninger dommeren får og gir og kan derfor være egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet. Samtykke til slike særmøter kan også være preget av at parten ikke vil pådra seg rettens misbilligelse, og gjør de ikke uproblematiske da det kan være vanskelig for partene på forhånd å overskue de konsekvenser et slikt samtykke får for rettens upartiskhet dersom den skal pådømme saken. Hvis saken ligger slik an at det er behov for og ønskelig med separate møter, kan retten beslutte rettsmekling i stedet.

Det er også et grunnleggende prinsipp at en part kan pålegge mekleren taushetsplikt om opplysninger meddelt i et separat møte<sup>35</sup>. Dette kan bli problematisk for det tilfelle at mekler får opplysninger fra den ene parten som er av vesentlig betydning for den andre parten, men opplysningene nektes kjent for den andre parten. Det kan være opplysninger som gjør at et evt forlik inngås på sviktende premisser, eller det kan være opplysninger som gjør at forliket ikke vil løse konflikten annet enn på svært kort sikt.

---

<sup>35</sup> Austbø og Engebretsen s 166

Utgangspunktet synes klart: Mekler bør ikke medvirke til et forlik som bygger på forutsetninger som den ene parten ikke kjenner, og som ville ha vært av vesentlig betydning for dennes vurdering av forliket. Det vil imidlertid være avgjørende hvor vesentlige opplysningene er, og hva slags type sak det dreier seg om. I en mekling om bosted og samvær med barn vil nok de fleste føle mer ansvar for å få alle relevante opplysninger frem, enn i en sak mellom forretningsdrivende. I det første tilfelle må også konsekvensene for barnet tas med i bildet. En mulighet for å komme ut av situasjonen er å konfrontere den parten som har gitt opplysningene, med problemene ved å holde dem skjult. Dersom situasjonen for øvrig gjør det naturlig, kan også bruk av hypotetiske spørsmål om mulige konsekvenser av forliket kunne få den andre parten til å tenke igjennom slike mulige konsekvenser. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor taushetsplikten står i veien for et etisk forsvarlig forlik. Mekleren må da sørge for å avslutte meklingen på en slik måte at taushetsplikten ikke brytes.

Rettsmeklere er jf tl § 8-6, 2.ledd pålagt taushetsplikt om det som foregikk under rettsmeklingen overfor sine kolleger, dette for å unngå at dommerkollega av mekler som senere skal dømme i sak som ikke kom til forlik, ikke har et forutinntatt syn. Unntaket fra dette er at de kan forklare seg om en avtale som er i samsvar med det partene var enige om under rettsmeklingen jf tl § 8-6, 2.ledd 2.pkt. Alle aktører i rettsmeklingen har samme taushetsplikt som beskrevet i tvistemålsloven §284. Det er særlig viktig at forlikstilbud og utsagn under mekling, ikke skal kunne påberopes senere i saken og at den dommer som har meklet i saken har taushetsplikt i forhold til dommere som eventuelt skal pådømme saken. Utgangspunktet i ordningen med rettsmekling er at dommer som har vært rettsmekler ikke kan delta i den videre behandlingen av saken, men loven gir adgang til at samme dommer kan fortsette såfremt begge partene samtykker og retten ikke finner det betenkelig jf tl § 8-7(2). Noen tilsvarende bestemmelse er det ikke for ordinær mekling. Fratreden finner dermed bare sted hvis dommeren under meklingen har handlet i strid med dl § 108 under gjennomføringen av meklingen.

Oppsummerende kan en si at ordinær mekling er mer tradisjonell mekling for å legge grunnlaget for en minnelig løsning. Det forutsettes at det ikke holdes separate møter med partene eller mottas opplysninger som ikke kan gjøres kjent for alle involverte parter. Det kan heller ikke fremsettes forslag til løsning, gis råd eller gis uttrykk for synspunkter som kan svekke rettens uhildethet jf Tl § 8-2. Betydningen av skillet mellom ordinær mekling og

rettsmekling er at tradisjonell mekling fortsatt bør benyttes i situasjoner hvor det er aktuelt at vedkommende mekler treffer en avgjørelse i saken dersom meklingen ikke fører til forlik. I den mer dyptgående meklingen som rettsmekling innebærer, vil mekleren lett kunne bli inhabil, og der forutsettes derfor at mekleren ikke kan treffe avgjørelse i saken senere. Tradisjonell mekling vil vanligvis skje i rettsmøte, mens rettsmekling skjer utenrettslig. Tvistelovens meklingsbestemmelser gir altså stor fleksibilitet når det gjelder meklingsform og på hvilket tidspunkt i konflikten mekling kan skje.

Partene kan både ved ordinær mekling og rettsmekling be om at avtalen formaliseres som rettsforlik jf henholdsvis tl § 8-2, 2.ledd jf § 19-11 og tl § 8-5, 6.ledd jf § 19-11, 2.-4.ledd tilsvarende.

### **2.4.2 Barnelovsmekling**

Barnelovssakene er allmennprosess etter tvisteloven kap 9, med barneloven som *lex specialis*. I tvister om foreldreansvar, fast bosted for barnet og samvær har dommeren meklingsplikt jf bl § 59 (2)<sup>36</sup>. Som utgangspunkt er det ordinær mekling med høyde for de særlige hensyn som er aktuelt, men etter bl § 8-3, 2.ledd if. kan rettsmekling besluttes og i prinsippet pålegges partene selv om en eller begge er imot. Det er imidlertid viktig å understreke at sistnevnte pålegg er tale om en snever unntaksregel, da mekling normalt forutsetter frivillighet. Enkelte saker kan imidlertid etter sin art være bedre egnet for rettsmekling.

Meklingsplikten i barnefordelingssaker jf Ot.prp nr 51 der saken gjelder parter i familie eller nærstående, der "tvistegjenstanden" er spesiell som barnet er i barnefordelingssaker. For eksempel ved oppløsning av samlivsforhold hvor konflikten også omfatter barn, vil hensynet til barna tale for at foreldrene tvinges til å snakke sammen ved meklingsbordet<sup>37</sup>. Men da en forutsetning for rettsmekling er at tvistegjenstanden må være underlagt fri rådighet, egner ikke disse sakene seg for rettsmekling i alminnelig forstand. Det er imidlertid antatt i Austbø og Engebretsen at momenter i rettsmeklingen også er anvendelige i barnelovsmekling. Av hensyn til kontradiksjon og habilitet er det utelukket å avholde særmøter i barnelovsmekling, siden dommer som mekler noen ganger må skrive dom i saken. Men andre metoder ved

---

<sup>36</sup> Den særlige regelen om mekling under saksforberedelse i Tvml § 422 foreslås i Ot.prp nr 51 (2004-2005) ikke videreført i tvisteloven.

<sup>37</sup> Austbø, Engebretsen s ...

rettsmekling som forhandlingsprinsipper og lignende. kan ha mye for seg, kanskje spesielt i slike saker.

Utvikling av nyere meklingsprinsipper og meklingsmetoder har i stor grad funnet sted nettopp innenfor familiemekling og ekteskapsmekling<sup>38</sup>. Familiemeklere så tidlig betydningen av at partene selv er med på å arbeide frem løsninger som de kan leve med, da partene vanligvis må samarbeide fremover på en eller annen måte, i alle fall når de har barn<sup>39</sup>.

Det som særpreger denne meklingen i forhold mekling i de fleste andre juridiske konflikter, er at partene vanligvis er sterkere følelsesmessig preget av den situasjonen de er i. Den følelsesmessige konflikten i forhold til den andre parten er ofte ikke bearbeidet, og partene kan være mer eller mindre preget av ydmykelse, sorg, sinne, eller aggresjon – følelser som gjør det vanskelig å opptre rasjonelt i alle sammenhenger. For det andre skal partene, der de har barn, samarbeide videre på en eller annen måte. De fleste er opptatt av å få til gode løsninger for barna, men har vanskelig for å skille egne behov fra barnas behov, samtidig som tilliten til den andre forelderen ikke alltid er den beste. Behovet for bearbeiding av følelser er ofte så sterkt at det ødelegger for å finne frem til minnelige løsninger.

Mekleren må som i alle andre meklinger bruke sin erfaring og sine teknikker tilpasset den konkrete situasjonen. Mange vil nok oppleve at det i familiesammenhenger er riktig å bruke en passiv og tilretteleggende meklingsstil. Det kan være behov for å bruke mer tid enn alminnelig mekling på et par timer, da partene ofte har større behov for å gi uttrykk for sine følelser og frustrasjoner. Det kan være aktuelt å avtale prøveordninger for å se hvordan de fungerer. Dette kan være en del av en modningsprosess. Det oppleves mer absolutt å gå inn i faste avtaler som er kompliserte å endre. Under en prøveperiode kan det også være mulighet for et meklingsmøte underveis eller med bistand fra sakkyndige.

Hvilken yrkesgruppe som er best egnet som meklere i barnefordelingssaker, har det i mange land vært brede og opphetede diskusjoner om. Det er også tale om en profesjonskamp der polariseringen har stått mellom psykologer og andre med terapeutisk bakgrunn på den ene

---

<sup>38</sup> Austbø, Engebretsen s 200

<sup>39</sup> Turid Berger, Guri Undersrud: Fra fiendskap til foreldreskap

siden og jurister på den andre<sup>40</sup>. Standpunktene henger til dels sammen med hvorvidt man legger vekt på en tilretteleggende eller en evaluerende mekling: En tilretteleggende psykologmekler kan ikke forstå hvordan en aktiv, løsningsorientert jurist kan være noen god mekler. Men det er neppe tale om noe enten eller, heller ikke fins det noe entydig svar om hvilken utdanning som gir best bakgrunn, ofte beror det på situasjonen.

I evaluering av prøveordning med rettsmekling ble prosessfullmektiger og meklere, men ikke partene spurt om ulike yrkesgruppers egnethet som meklere. Blant meklerne (dommere) fikk dommere og andre jurister svært høy gjennomsnittscore, fageksperter middels score og psykologer og andre fikk lav score. Advokatene var enda mer overbevist om at jurister og særlig dommerne var best egnet som meklere. Både fageksperter og psykologer fikk imidlertid høyere score enn fra dommerne, men ved vurderingen av disse svarene bør det tas i betraktning at de fleste saker i prøveordningen gjaldt rettslige konflikter som allerede var reist for domstolene. I de seks domstolene som var med i prøveordningen med rettsmekling fra starten av, ble i snitt 50 % av familiesakene løst ved forlik.

Samarbeid mellom flere faggrupper kan være verdifullt. I familiemekling ved domstoler i USA er det svært vanlig med to co-meklere, gjerne en jurist og en med sosial/psykologisk bakgrunn. Når domstolen har behov for sakkyndig hjelp i barnefordelingssaker er det mest vanlig at domstolen oppnevner en sakkyndig som etter samtaler med barn og foreldre avgir en sakkyndig erklæring eller gir en muntlig redegjørelse i et rettsmøte. Ofte kommer partene frem til en minnelig løsning etter at den sakkyndiges uttalelse er lagt frem, enten ved direkte forhandlinger eller med bistand fra dommeren. Indre Follo har utprøvd et prosjekt med mer fleksibel bruk av sakkyndige basert på partenes samtykke. Den sakkyndige forutsettes å være til stede under rettsmøtene og skal bidra til sakens opplysning, avklare hvilke problemer partene midlertidig bør kunne bli enige om, og medvirke til mekling mellom partene. I prosjektet har retten vært innstilt på å holde flere meklings – og forhandlingsmøter der partene ønsker det, noe som synes å ha vært gunstig for å finne konstruktive løsninger. Viser ikke partene forhandlingsvilje, avsluttes saken med hovedforhandling og dom. Formålet med prosjektet var å bruke domstolen som samarbeidsforum – ikke kamparena og det generelle inntrykk er at konfliktnivået ble redusert i de fleste sakene uten å medføre økt tids eller

---

<sup>40</sup>Austbø, Engebretsen s 170

kostnadsbruk. Pilotprosjektet er senere kalt "Konflikt og forsoningsprosjektet" og er tatt i bruk i enkelte andre domstoler.

## **2.5 Resultat av mekling:**

### **2.5.1 Utenrettslig avtale**

Når partene inngår forlik mens en sak er til behandling ved de alminnelige domstolene<sup>41</sup>, får bestemmelsene i tvml §§ 285-287 om forlik i forliksråden anvendelse jf § 99(2). Når forlik er inngått, heves saken jf tvml § 100.

Partene kan også inngå forlik gjennom en vanlig avtale under sakens gang. Dette er et utenrettslig forlik som bare har vanlige avtalerettslige virkninger og ikke har virkning som rettskraftig dom. Ved senere tvister mellom partene vil et utenrettslig forlik utgjøre grunnlaget for avgjørelsen av disse tvistene.

### **2.5.2 Rettsforlik**

Forlik etter ordinær mekling eller rettsmekling kan også inngås som rettsforlik jf tl § 8-5(6) som føres inn i protokollen for rettsmeklingen jf formreglene i tl § 19-11.

Spørsmålet er om rettsforlik kan inngås etter barnelovsmekling. Hov<sup>42</sup> tilnærmer seg dette spørsmålet slutningen: i og med at foreldrene har adgang til å inngå utenrettslig avtale om barnefordelingen, er det ikke rimelig at de skal være avskåret fra å ordne spørsmålet i minnelighet selv om det er kommet til sak. Hovedregelen er imidlertid at rettsforlik har virkning som rettskraftig dom, og da ville det kanskje være rimelig at begrensninger i adgang til å avsi dom også gjelder adgangen til å inngå forlik: at retten førte kontroll med forlikets innhold, og nektet å godta det dersom det tilsidesatte barnets interesser. Retten må klart gripe inn dersom forliket påtakelig er i strid med barnas tarv, men samme begrensninger som ved dom gjelder ikke. Selv om saken følger regler for indispositive saker når det gjelder rettens

---

<sup>41</sup> Ot.prp.nr 51, s 132

<sup>42</sup> Hov, Rettsforlik s 186



stilling til partenes påstander og anførsler, må retten til gjengjeld føre en viss kontroll med forlikets innhold<sup>43</sup>.

Det følger forutsetningsvis av bl § 64 at foreldrene har avtalefrihet når det gjelder endringer av det som er fastsatt om foreldreansvar, barnets bosted og samværsrett. Dette gjelder ikke bare tidligere avtale med tvangskraft, men også avgjørelse av domsstol<sup>44</sup>. En avgjørelse i en barnefordelingssak har altså ikke de samme rettskraftvirkningene som andre rettsavgjørelser.

Bestemmelsene i barneloven<sup>45</sup> begrenser seg<sup>46</sup> imidlertid ikke til å gjelde tilfeller hvor det påberopes senere inntrådte omstendigheter, men gjelder også i de tilfeller hvor de omstendigheter som påberopes forelå på det tidspunkt saken ble tatt til doms og for så vidt representerer bestemmelsene unntak fra de alminnelige reglene om rettskraft. Det kan også gjøres unntak fra de vanlige reglene om negativ rettskraft i saker om midlertidige avgjørelser av forskjellig slag. Mens det kreves særlige grunner<sup>47</sup> for å endre en tidligere avgjørelse fra domsstol eller fylkesmann, står retten derimot fritt i forhold til en avtale<sup>48</sup>.

Forlik som inngås etter formreglene i tl §§ 19-11 til 19-12, kalles rettsforlik. Rettsforlik undertegnes av partene og rettens medlemmer og føres inn i rettsboken jf § 19-11(1) og (2). Det er sikker rett at prosessfullmektiger ikke har rett til å inngå forlik ikraft av sin alminnelige prosessfullmakt, men må i tilfelle ha særskilt fullmakt<sup>49</sup> Retten skal jf (3) påse at forliket "nøyaktig angir det partene er enige om, og at det ikke er i strid med offentlige hensyn som begrenser partenes rådighet i søksmålet jf tl § 11-4". Hvor offentlige hensyn begrenser partenes rådighet over søksmålet, feks barns rettsforhold etter Bl, er retten ikke bundet av partenes prosesshandlinger lenger enn dette er forenlig med de offentlige hensyn. Men retten kan likevel bare avgjøre de krav som er reist i saken. Tvist om daglig omsorg og samværsrett for barn er eksempel på en sakstype som har indispositive innslag, men der forlik likevel kan inngås<sup>50</sup>. Retten skal som utgangspunkt påse at barnets interesser ikke tilsidesettes.

---

<sup>43</sup> Skoghøy s 455

<sup>44</sup> Karnov Lovkommentar Del II s 1411

<sup>45</sup> barneloven § 39(2) og § 47(3)

<sup>46</sup> Skoghøy s 796

<sup>47</sup> Se Rt.1997.442 HRK, og Rt.2001.34

<sup>48</sup> Se bekreftelse i Rt.1990.198

<sup>49</sup> Fanebust i LoR 1998 s 124

<sup>50</sup> Ot.prp.nr 51, s 132

Rettsforlik har rettskraft som dom jf tl § 19-15. Et rettsforlik har også alminnelig tvangsgrunnlag og kravet kan tvangsfyllbyrdes jf § 19-13.

Etter tvml §286(2) kan en part få opphevet rettsforliket gjennom en anke ved ankegrunner i tvml §286(2) nr1-4. Rettsforliket skal bli opphevet dersom det er ugyldig som avtale etter avtalerettslige regler, det er antatt<sup>51</sup> at avtaleloven § 36 kan påberopes som ugyldighetsgrunn. Der forliket inngås i retten ved forhandlinger ledet av dommer, vil avtalerettslig ugyldighet ikke være særlig praktisk. Ugyldighet kan først og fremst være aktuelt der en av partene gjennom svik eller på annen måte har ført motparten bak lyset.

Ankefristen er 1 måned, og det kan gis oppreisning mot oversitting av ankefristen.

Etter gjeldende rett kan rettsforlik ikke gjenopptas<sup>52</sup>. Søksmål med påstand om ugyldighet på grunnlag av etterfølgende utvikling<sup>53</sup> som gjør avtalen kvalifisert urimelig, kan også etter gjeldende rett reises som søksmål uavhengig av ankefrist eller frist for gjenopptakelse<sup>54</sup>. For enkelte sakstyper hvor rettsforlik er praktisk viktig, er det særregler som begrenser rettskraftvirkningen og åpner for nytt søksmål etter rettsforlik for eksempel bl § 64(2).

Rettsforlik er en bindende avtale mellom partene<sup>55</sup>. Oppstår det en senere tvist i tilknytning til det samme sakskomplekset, er partene bundet av forliket. I slike tilfeller kan det oppstå spørsmål om dommeren som forestod rettsforliket, også kan behandle den senere rettstvisten. Har han fått i stand rettsforliket i samme instans, løses ikke spørsmålet av dl § 106 nr 8, men av dl § 108. Skal dommeren føres som vitne om forliket, er han avskåret fra å behandle saken etter dl § 107 andre ledd. Dommeren vil normalt være inhabil etter dl § 108 hvis saken dreier seg om rettsforlikets gyldighet se Rt.1958.637. Det samme gjelder hvis saken er motivert av uenighet om forlikets innhold.

---

<sup>51</sup> Ot.prp.nr 51, s 132

<sup>52</sup> Ot.prp.nr 51, s 133

<sup>53</sup> Se Rt.1989.90

<sup>54</sup> Ot.prp.nr 51, s 136

<sup>55</sup> T s 166.

### 2.5.3 Hovedforhandling fortsetter

Som nevnt er habilitet tredelt og den habilitet som er i spørsmål når forlik ikke inngås, er først om fremst aktuelt ved ordinær mekling og barnelovsmekling. Rettsmekleren vil gjerne ha separate møter med partene og vil der kunne motta opplysninger og selv angi synspunkter under den forutsetning at dette ikke skal bringes videre til en annen part. En slik meklingsform nødvendiggjør regler om taushetsplikt og den vil også ha den konsekvens at rettsmekler normalt ikke vil kunne dømme i saken dersom forlik ikke kommer i stand<sup>56</sup>, noe som også er gjeldende rett.

Det problematiske med at dommeren tidligere har behandlet det samme sakskomplekset, er at han har fått kjennskap til forhold som er av betydning for det rettsspørsmålet som er oppe til avgjørelse<sup>57</sup>. Kun kunnskap om faktum som er gjenstand for bevisførsel kan være inhabiliserende. Muligheten for å få slik innsikt er ikke alltid nok til å begrunne inhabilitet, det avgjørende er om dommeren har fått, eller med rimelighet kan mistenkes for å ha fått slik kunnskap som gjør at han må fratre.

Ved sivile saker er utgangspunktet at det ikke foreligger inhabilitet når dommeren i den forutgående saken ikke tok stilling til sentrale bevisstema i den han nå har til behandling<sup>58</sup>. Dette begrunnes i at beviskravet i sivilprosessen er sannsynlighetsovervekt, dommeren skal bygge på det faktum han finner mest sannsynlig å være riktig.

Etter dl § 106 nr 8 er en dommer inhabil hvis har handlet i saken i lavere rett som dommer, ellers vurderes habilitetsspørsmålet etter dl § 108<sup>59</sup>. For at inhabilitet overhodet skal komme på tale etter dl § 108, må dommeren ha behandlet sider av saken som også er tema i den etterfølgende rettsaken.

I Rt.1997.2083 ble det rettet inhabilitetsinnsigelse mot sorenskriver C. Grunnlaget var at han i en tidligere sak vedrørende midlertidig avgjørelse om daglig omsorg mellom de samme parter hadde uttalt at anmeldelsen mot B er et kampmiddel i anledning barnefordelingssaken, "ellers

---

<sup>56</sup> Schei 2004 jf NOU 2001:32 til Lovutkast §7-7(2)

<sup>57</sup> Torgersen s 144

<sup>58</sup> Torgersen s 162

<sup>59</sup> Torgersen s 181

ville politiet ha reagert tidligere". Det ble vist til domstolloven § 108 og bedt om at saken måtte overføres til en annen domstol. Men lagmannsretten la her til grunn at sorenskriveren ikke hadde påstått eller ville påstå at incestanklagene er uberettiget i denne sak om samværsrett, og det forlås derfor ikke inhabilitet jf dl §108. Kjæremålsutvalget for Høyesterett kunne ikke etterprøve lagmannsrettens bevisbedømmelse og de anførsler som gjaldt lagmannsrettens lovtolkning kunne klart ikke føre frem, og kjæremålet ble derfor forkastet. Dette tilsier at det skal en del til for at en dommer i slike saker skal kjennes inhabil til å opptre som dommer når han før har avsagt midlertidig avgjørelse mellom samme parter.

Inhabilitet har formodningen mot seg når dommeren har hatt befatning med saken gjennom arbeid som loven selv forener med dommerembedet (sml dl § 106 (5) if.. Har dommeren tatt stilling til det sentrale temaet i den etterfølgende rettssaken, vil det være en relevant, særegen omstendighet, med mindre det har kommet frem nye fakta. Dommeren er imidlertid ikke inhabil hvis den første behandlingen av saken var en midlertidig avgjørelse som etter loven ikke var ment å foregripe det materielle spørsmålet. Dommeren vil normalt være inhabil hvis han må ta stilling til forståelsen av egen avgjørelse. Dette gjelder imidlertid ikke ubetinget. Dommeren vil også normalt være inhabil hvis det er et tema i rettssaken hva som foregikk under den tidligere behandlingen av saken<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Torgersen s 181

### 3 Noen utvalgte problemstillinger

#### 3.1 Kan partene fraskrive seg prosessgarantiene i EMK art 6

For det tilfelle at mekling i barnefordelingssak ikke fører frem og saken må pådømmes, blir spørsmålet om det at dommer fortsetter blir problematisk etter EMK art 6 med hensyn til upartiskhet.

EMK ble en del av norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2 nr 1. For dl § 108 betyr dette at den må fortolkes, anvendes og evt suppleres av de krav til rettergangen som følger av EMK art 6 nr 1, se Rt.2003.280. Ved motstrid går konvensjonen foran domstollovens regler om inhabilitet jf mrl § 3. Dette må modifiseres for det tilfelle at motstriden består i at dl §108 går lenger enn det som følger av EMK art 6 nr 1, da må den strengere habilitetsnorm etter dl § 108 gjelde. Alle avgjørelser fra EMD om dommerhabilitet i tilknytning til EMK er relevante i forhold til dl § 108<sup>61</sup>..

Spørsmålet blir altså om parter i *sivilprosess* ved mekling fraskriver seg rettigheten til en upartisk dommer i art 6.

Etter norsk *straffeprosess* er spørsmålet løst ved en presumpsjon for at rettigheter etter art 6 *ikke* kan fraskrives ved for eksempel avtaler med påtalemakten jf Rt.2004.1513. I

Rt.2004.1513 gjaldt saken om en av dommerene som deltok i en tidligere pådømmelse av fensel og sikring, var inhabil til å delta i en sak om konvertering av dommen til dom på forvaring jf dl § 108. Høyesterett kom enstemmig til at dl § 111 (2) ikke kan forstås slik at den avskjærer tiltaltes adgang til å påberope inhabilitet hos dommeren som ankegrunn. Etter en konkret vurdering kom for øvrig Høyesterett til at dommeren ikke var inhabil.

I domsgrunnene ble det vist til saken *Plankl og Pfeifer vs Østerrike* (EMD- 1984-10802) 1992, serie A nr 227 der EMD<sup>62</sup> krever at slike avkall måtte være entydige<sup>63</sup>. Danelius<sup>64</sup> finner

---

<sup>61</sup> Torgersen s 24

<sup>62</sup> EMD benytter en autonom tolkningsstil, den lar seg ikke styre av enkeltstaters interne vurdering, men legger til grunn sin egen oppfatning av hva som følger av konvensjonen. Norske domstoler har ikke sett det som sin oppgave å være med på å utvikle konvensjonen, klarhetsprinsippet jf Bølgepappsaken i Rt.1994.610 er senere blitt moderert. Høyesterett kom i Bøhlerdommen fra Rt.2000.996 til at norske domstoler skal benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD, men ikke legge an en for dynamisk tolkning av konvensjonen og ikke gå lenger

det vanskelig å tenke seg at et samtykke, særlig i straffesaker, skal medføre at man kan se bort fra alvorlige feil ved dommeres uavhengighet og upartiskhet. Skal samtykke få virkning, må det kreves at avkallet er tydelig og frivillig, at tiltalte har fått nødvendige opplysninger om hva avkallet innebærer, og at han har tatt en overveiet og entydig beslutning.

Ved varetektsfengsling kom EMD i *Hausschildt vs Danmark* til at det var brudd på kravet om at saken skulle behandles ved en upartisk domstol j EMK art 6(1), fordi den byrettsdommer som pådømte saken ni ganger tidligere hadde besluttet varetektsfengsling med hjemmel i en regel i dansk lovgivning som satte krav om "særlig bestyrket mistanke". Prinsippet blir det samme, men hensyn ved varetektssaker er fundamentalt forskjellig hensyn ved mekling, så dette er ikke for øvrig sammenlignbart.

Neste spørsmål blir om en kan forutsette at tilsvarende prinsipp gjelder for sivilretten slik at rettsmekling omfattes av art 6.

For sivile saker fremholder Fanebust<sup>65</sup> at tema for sakene kan imidlertid ligge så nær opp til hverandre at dommer bør fratre, og hvis det dreier seg om å ta standpunkt til en tvist som gjelder samme spørsmål som dommeren tidligere har avgjort eller vært med på å avgjøre i samme instans og uten at det er kommet til nye momenter, bør han fratre jf dl § 108<sup>66</sup>. Fra praksis om saker der dommeren kan bli inhabil fordi vurderingstemaet er det samme, gjaldt Rt.1991.832 dommer som tidligere hadde behandlet en barnevernssak og tatt stilling til om barnets far var en skikket omsorgsperson, var inhabil til å vurdere en senere barnefordelingssak der mor krevde foreldreansvar. Da farens skikkethet kunne ha betydning i begge saker, kom Høyesterett til at dommer var inhabil. For det tilfelle at det er tale om to separate domsavsigelser, kan en altså slutte av Fanebust at dommer er inhabil allerede etter dl §108 hvis det er spørsmål dommer tidligere har avgjort. Men vårt spørsmål knytter seg

---

enn det som er nødvendig i forhold til EMK. Det ble av Høyesterett ansett som en lovgiveroppgave å avgjøre hvor dynamisk man skal forholde seg til rettighetene etter EMK, se NOU 2004 nr 6, kap 4.3.2.

<sup>63</sup> Jf Erik Møse i *Menneskerettigheter* 2002, s 165.

<sup>64</sup> Hans Danelius i *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 2002, s 178 flg.

<sup>65</sup> Jf Rt.1994.86, Rt.1994.948

<sup>66</sup> Rt.1966.497 der dommer som styrte ekspropriasjonsskjønn ble ansett inhabil fordi han i realiteten hadde tatt standpunkt til det spørsmål som nå skulle avgjøres, mens dommer i Rt.1990.1166 prejudisielt hadde tatt stilling til spørsmål av betydning for saken ikke førte til inhabilitet.

spesielt til den situasjon at dommer har meklet i barnefordelingssak, men at det ikke blir forlik og om samme dommer da kan skrive dom.

Spørsmålet blir først om partene ved mekling har gitt avkall på vernet etter EMK art 6 I mekling for norske domstoler kreves ikke et aktivt samtykke fra partene, dommer tar initiativ til mekling allerede under saksforberedende møte uten å spørre partene om tillatelse. Samtidig følger det indirekte av tlf § 8-1 at det i vurderingen om tvisten kan løses i minnelighet ved ordinær mekling, kan være avgjørende om sakens karakter eller "forholdende for øvrig" taler imot en løsning ved mekling. I forhold til rettsmekling står det uttrykkelig i § 8-3 (2) at det skal legges vekt på "partenes holdning til rettsmekling og mulighetene til å oppnå et forlik eller en forenkling i saken". Av dette må en slutte at dommer ikke står fritt til å beslutte mekling der partene motsetter seg det, spesielt ikke i forhold til rettsmekling. Men det kreves altså ikke noe uttrykkelig samtykke som forstås som partens avkall på rettigheter etter EMK art 6.

For den videre fremstilling blir spørsmålet om rettsmekling, som også kan besluttes i barnefordelingssaker, omfattes av EMK art 6.

Bengt Lindell<sup>67</sup> setter spørsmålsteget ved om prosessgarantiene etter EMK i det hele tatt får anvendelse på forliksvirksomhet da han mener dette etter sin egenart er ulikt tradisjonell domstolsvirksomhet. Forliksvirksomhet kan etter Lindell sitt syn ses som en slags "pause" i rettergangen, et skritt til siden, et opphold der partene kan komme overens. Gjør de ikke det, fortsetter rettergangen. At EMK art 6 skulle være anvendelig kunne derfor virke overraskende, særlig siden det ikke finnes regler (i svensk rett) for hvordan forlikningsvirksomheten skal gå til, eller hvor den skal holdes. Andre, som for eksempel Knuts, mener imidlertid at forlikningsvirksomheten er en del av rettergangen ved at domstolen er forpliktet å virke for forlik<sup>68</sup>.

Det avgjørende blir imidlertid hvordan domstolen driver sin forliksvirksomhet, en virksomhet med stigende eller avtagende grad av aktivitet fra<sup>69</sup> domstolens side. Fullstendig aktivitet

---

<sup>67</sup> Lindell s 159

<sup>68</sup> Knuts, s 110

<sup>69</sup> Lindell s 161

innebærer at domstolen helt bytter rolle og blir en deltager i forhandlingene mellom partene. Men en dommer blir ikke en hvilken deltager som helst, men en deltager som kan – og ofte faktisk har en bestemmende innflytelse over utgangen. Vil dommeren bedrive mekling ut fra en gjennomtenkt metode, bør han etter Lindells syn studere konfliktteori, kommunikasjonsteori, forhandlingsteori og meklingsteori.

At partene går med på å forsøke å forlikes under dommerens ledelse innebærer således ikke at partene har avstått fra det vern som er innforstått i kravet på ”fair trial”<sup>70</sup>. Slik avståelse er imidlertid mulig<sup>71</sup>. Saken *Bramelid/Nolin/Malmstrøm vs Turkey* tilsier totalavkall, mens *Suvaniemi* antyder at avkallet bare gjelder retten til en offentlig domstolsprosess<sup>72</sup>. Slutningen til Lindell er kort sagt at domstolens forliksvirksomhet faller inn under art 6, mens rettsmekling ikke gjør det. Rettsmekling og forliksvirksomhet bedrevet av retten kan altså ikke likestilles<sup>73</sup> når det gjelder anvendelsen av art 6. Selv om innholdet i virksomhetene stort sett kan være identisk, finnes det altså en avgjørende forskjell med hensyn til prosessgarantier.

Mekling er ikke rettergang, men et alternativ til rettergang. Mekleren blir dommer hvis han må overvåke at prosessen oppfyller prosessgarantiene. Og i så fall må det også finnes noen som overvåker dommeren/mekleren, det vil si at rettsmiddel må innføres. Gjennom rettsmekling har altså domstolene tatt på seg en rolle som er den rake motsetning til den rolle de normalt innehar<sup>74</sup>. Det kommer til å ta mange år med informasjon og utdanning før denne nye rollen har sunket inn i allmennhetens ”rettsbevissthet”.

Domstolstilknyttet mekling er en hybrid<sup>75</sup>, men ettersom det ikke finnes noe prosessuelt instrument som kan anvendes for å angripe prosessen eller resultatet, burde avtalerettslige grunner få anvendelse ettersom dette anvises for stadfestede forlik. Avtalerettslige ugyldighetsgrunner kan uten tvil omfatte visse inhabilitetssituasjoner, dog bare de grove.

---

<sup>70</sup> Lindell s 182

<sup>71</sup> Se *Plankl, Pfeifer og Hauschildt*.

<sup>72</sup> Lindell s 211

<sup>73</sup> Lindell s 214

<sup>74</sup> Lindell s 215

<sup>75</sup> Knuts s 55



Oppsummerende kan en si at rekken av EU-tilrådninger<sup>76</sup> på meklingsområdet bekrefter at det finns føringer på anvendelse av prosessgarantier for rettsmekling<sup>77</sup>. Gjennom disse risikerer rettsmekling å integreres i rettssystemet som en del av det, i stedet for å være en frittstående prosess som har rom i domstolsorganisasjonen, samtidig som meklingen mister sin opprinnelige karakter av å være en frivillig partsstyrt prosess uten regler. Det er egentlig ingen prinsipiell forskjell mellom innholdet i disse virksomhetene, eller det behøver i alle fall ikke være det. Den helt avgjørende forskjellen er at domstolens forliksvirksomhet, i følge den analyse som her er gjort, faller under EMK art 6, - mens rettsmekling ikke gjør det.

I det hele tatt finnes det etter Lindells syn nok en motsetning her: det er ikke mulig å skape en rask, fleksibel prosess som domineres av partsautonomi, og samtidig tilse at denne prosessen oppfyller prosessgarantiene i art 6. Å plassere rettsmekling under ordinær forliksvirksomhet ville med andre ord hemme domstolens ordinære forliksvirksomhet i så høy grad at det ikke ville være mulig å oppnå en smidig prosess. For rettsmekling kan det ifølge Lindell beskrives som et mulig tilbakeslag at den ikke nyter samme status som domstolens ordinære forliksvirksomhet. Rettsmekling har imidlertid andre fordeler som overskygger denne ulempen. Her må det imidlertid kommenteres at rettsmekling i svensk rett ikke er lovregulert i nærheten av samme grad som i Norge, og Lindells syn må derfor forstås ut fra den forutsetning.

En annen som har skrevet om rettsmekling i svensk rett, Knuts, fastslår at i konvensjonspraksis er rådgivningsvirksomhet ikke omfattes av art 6 - men at det er samtidig et ufrakommelig faktum at prosessen per definisjon er tilknyttet domstolsbehandlingen. Rettsmeklingens tilknytning kan også anses som så svak at den ikke omfattes, men såfremt den foregår i domstolen av dommere taler det for å anse den som omfattet<sup>78</sup>. Ren evaluerende mekling innebærer likevel etter Knuts sitt syn en slik stillingtagen fra mekleren at det burde være uakseptabelt ut fra et EMK synspunkt.

---

<sup>76</sup> Europarådets rekommendation av 30 mars 1998: "Medling i familjerettslige tvister (98/257/EG), Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Mediation in Civil Matters, European Code of conduct for mediators (fra kommisjonen i 2004), og Forslag til Europaparlamentets og rådets direktiv om visse aspekter på medling i civilrettslige tvister.

<sup>77</sup> Lindell s 227

<sup>78</sup> Knuts 5.1 i kap: "Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling"

Aall på sin side<sup>79</sup> fremholder at et evt helt eller delvis avkall på rettigheter for det første må være avtalerettslig bindende: dvs det må ikke være avgitt under tvang eller press jf *Deweer* der det forutsettes av parten kan gi avkall på domstolsbehandling av boten, men avkallet var ugyldig som følge av tvang. Dermed forelå krenkelse av art 6. I *Pfeifer og Plankl* la EMD avgjørende vekt på at klagerne ikke kunne forventes å ha forutsetninger for å vurdere følgen av forhåndsbefatningen for kravet til upartisk domstol.

Utgangspunktet må etter dette være at det er rettens ansvar å overvåke at disse minimumsrettighetene er overholdt, ellers vil dette gå ut over domstolens anseelse, og at er ordningen lovens normalordning for tilfellet, er presumsjonen at det ikke er gitt avkall på rettigheter etter EMK art 6.

Konklusjonen må dermed bli at det foreligger en presumsjon i gjeldende rett for at rettsmekling også omfattes av art 6.

### **3.2 Hvilken betydning har barnets beste som skjønnsnorm for dommerrollen i barnelovsmekling?**

Hovedhensynet bak saksbehandlingsreglene i bl §§ 48- 65 "barnets beste", skal tillegges avgjørende vekt, både i saksbehandlingen og i selve forliket.

Dette innebærer<sup>80</sup> at spørsmål i barnefordelingssaker avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering av barnets interesser i den enkelte sak individuelt. Momenter i vurderingen er risiko ved miljøskifte, barnets eget ønske, følelsesmessig tilknytning og omsorgsmuligheter fremover. Videre legges vekt på foreldres personlige egenskaper, særlig der noen hindrer samværsrett, at ikke søskenflokkene deles, risiko for seksuelle overgrep eller sannsynlige skadevirkninger av religiøse forhold jf bl § 48, (2) og til slutt at selvtekt vil være et argument mot status quo.

---

<sup>79</sup> Aall s 383

<sup>80</sup> ifølge Ot.prp. nr 29, s 82

Etter gjeldende rett foreligger ikke særlige habilitetsregler i barneloven for mekler i barnefordelingssaker, dette reguleres etter allmennprosess ved tvisteloven og domstolloven. Barnefordelingssaker kommer imidlertid i en spesiell stilling på grunn av at partene ved samlivsbrudd og ved å stå i fare for å få mindre kontakt med sitt eget barn, opplever sterke følelsesmessige svingninger. Barnets fremtid er tema, og rettsikkerheten for barnet og begge partene blir helt sentralt i disse sakene. Dermed må det stilles særlige krav til dommerens gjennomføringsmåte i slike saker, at dommer nøye følger de prinsipper som skal sikre barnets og partenes prosessgarantier.

Spørsmålet blir hvilke føringer rettsikkerhetsprinsippene har lagt for dommerrollen i barnefordelingssaker.

Forberedende dommers oppgave er jf bl § 59 (2) å vurdere sakens egnethet for forlik og ta stilling til hvordan meklingsprosessen best kan legges opp og hvem som bør forestå meklingen jf § 61 dommer, sakkyndig eller ekstern mekler. I saker hvor det er klare indikasjoner på f.eks. vold, mishandling og/ eller rusbruk, eller en eller begge parter har alvorlige personlighetsforstyrrelser, vil det ofte være mest hensiktsmessig å få belyst saken forsvarlig så raskt som råd og bringe den til doms uten opphold.

Gjennom endringene i saksbehandlingsreglene etter barneloven<sup>81</sup> er det lovfestet at barnefordelingssakene ikke bare skal ende med et materielt resultat som er til beste for barnet, men at også avgjørelser om saksbehandlingen skal være til barnets beste prosessuelt sett. Dette kommer konkret til uttrykk i bl § 59 (1) og § 61 (1), 1 pkt., når det gjelder *fremdrift* og § 61 (1) nr 1, 1 pkt. når det gjelder å hjelpe foreldrene til å nå frem til *samarbeidsløsninger*. Men prinsippet må antas å nå lengre enn dette, hvor langt må avveies mot de alminnelige prinsippene om forsvarlig rettergang<sup>82</sup>.

I første rekke søkes barnets rettssikkerhet sikret gjennom en antatt kvalitetsheving av selve saksbehandlingsprosessen, og ved å styrke barnets muligheter for å bli hørt<sup>83</sup>. Ved dommerens økte og mer fleksible muligheter for bruk av sakkyndighet i prosessen, de endrede kravene til

---

<sup>81</sup> Som trådte i kraft 1.april 2004

<sup>82</sup> Dalseide 2004, s 177

<sup>83</sup> Aldersgrensen for barnets ubetingede uttalerett er senket fra 12 til 7 år.

aktørene for eksempel advokater, samt adgangen til i unntakstilfeller å oppnevne egen advokat for barnet, medfører dette samlet sett en økt grad av tilrettelegging for rettssikkerhet. Ved at det offentlige dekker utgiftene med de nye saksbehandlingsverktøyene, er prosessen uavhengig partenes økonomi.

Flere av bestemmelsene medfører økt satsning på å hjelpe foreldrene å komme frem til samarbeidsløsninger mellom foreldrene, gjennom blant annet økt og fleksibel bruk av sakkyndige. Gjennom forenklet stevning og tilsvar medfører lovendringen også en forenkling for foreldre som ikke har advokatbistand.

Pålegget i barneloven § 48: at også saksbehandlingsreglene skal være til beste for barnet, fremstår som et generelt prinsipp. Det reduserer neppe virkeområdet til de enkelte prosessreglene i tvisteloven og domstolloven, men kan få betydning for *hvordan* de anvendes<sup>84</sup>.

Et praktisk eksempel på avveininger mellom prosessuelle prinsipper i barneloven og alminnelige sivilprosessuelle prinsipper kan være formidlingen av innholdet i samtalen med barnet etter barneloven §31, jf. §61 første ledd nr. 4. Uttaleretten skal ivaretas på den måte som er best for barnet, jf. §48, både mht. tilrettelegging, gjennomføring og videreformidling. Det må da finne sted en konkret avveining mellom barnets beste i prosessuell forstand og særlig forsvarlighets-, parts- og likhets- og kontradiksjonsprinsippet i den alminnelige prosess, herunder det folkerettslige element « fair hearing » i EMK art. 6 nr. 1 og rettighetsnormene i barnekonvensjonen, som etter menneskerettsloven §2 og §3 gjelder direkte i norsk rett.

Etter ordlyden kan det anvendes rettsmekling også i barnefordelingssaker, jf. rettsmeklingsforskriften § 4. Med den spesialprosess som barneloven nå har fått, fremstår det likevel som mest naturlig å anvende barnelovens saksbehandlingsmodell som prinsippal ordning. Tvistemålsutvalget antar også at barnelovens prosessordning for å finne meklingsløsninger er den best egnede for barnefordelingssaker<sup>85</sup>. Både ut fra en *lex specialis* betraktning, og ut fra hensiktsmessighetsbetraktninger, synes rettsmekling mindre aktuelt for de fleste barnefordelingssaker. Den omstendighet at barneloven §61 gir anvisning på flere

---

<sup>84</sup> Dalseide 2004 s 180

<sup>85</sup> Se Ot.prp nr 29 s 87

godt egnede tiltak for forliksløsninger som ikke påfører partene utgifter, trekker klart i retning av at dette også rent faktisk blir den foretrukne ordning fremover<sup>86</sup>. På den annen side kan andre tvister mellom foreldre enn om foreldreansvar, fast bosted og samvær være meget godt egnet for rettsmekling.

Valget mellom meklingsgrunnlagene og meklingsformene kan bl.a. få betydning for hvilke normer som helt eller delvis styrer f.eks. habilitetsspørsmål, taushetsplikt, fremgangsmåte i meklingen og utgiftsdekning. Det blir derfor viktig at de som driver mekling er seg bevisst det rettslige grunnlag for den, og fullt ut følger de saksbehandlingsregler og prinsipper som gjelder for vedkommende meklingsform<sup>87</sup>. Det er f.eks. forskjell på innholdet i rettspraksis vedrørende domstolloven §108 knyttet til inhabilisering av dommeren ved mekling etter tvistemålsloven §422 første ledd siste punktum, jf. barneloven kap. 7 på den ene side og samtykkeregelen etter rettsmeklingsforskriften § 7 når enighet ikke oppnås på den annen side. Særlig for så vidt gjelder reguleringen av taushetsplikt, bør det finne sted en samordning av reglene for de ulike meklingsgrunnlag og meklingsformer, slik at f.eks. taushetspliktens innhold og omfang er uavhengig av hvem som mekler<sup>88</sup>.

Verken i de alminnelige sivilprosessuelle regler, f.eks. tvistemålsloven §422 og §99 eller i barneloven §61 første ledd nr. 1, er det gitt regler for den konkrete meklingsmetodikk. Det er således ikke noe forbud mot f.eks. å benytte særmøter med partene, slik som rettsmeklingsforskriften omhandler. Særmøter kan imidlertid under gitte omstendigheter (f. eks. med konfidensialitet) komme i strid med de underliggende sivilprosessuelle prinsipper ved mekling etter tvistemålsloven og barneloven - særlig prinsippene om forsvarlighet, kontradiksjon og likebehandling - slik de er forstått i rettspraksis i norsk rett og i teori vedrørende EMK art. 6(1) og SP 14(1)<sup>89</sup>. Her ligger bredere rettssikkerhetshensyn som man i saker med indispositive elementer i mindre grad bør kunne frafalle ved avtale eller samtykke. Hovedregelen bør derfor være at særmøter med konfidensialitet ikke kan benyttes som virkemiddel ved mekling etter barneloven § 61<sup>90</sup>. Retten kan imidlertid i slike delvis

---

<sup>86</sup> jf NOU 2001:32 bind A s 226 andre spalte.

<sup>87</sup> Dalseide s 181

<sup>88</sup> Dalseide s 181

<sup>89</sup> Dalseide s 182

<sup>90</sup> Se NOU:32 Bind B s 720

indispositive saker, i større grad enn ved rent dispositive saker bygge på opplysninger som ikke eksplisitt er påberopt av partene.

Som en oppsummering av dommerrollen i forhold til meklingen, har dommeren ansvar for å sikre fremdrift og samarbeidsløsninger gjennom sin saksbehandling. Til dette har han fått visse saksbehandlingsverktøy jf bl § 61. Meklingspålegget i loven skal ikke ha som resultat at parter som ønsker dom i saken tvinges til å inngå rettsforlik, eller at det f.eks. velges en mellomløsning som ikke er best for barnet. Det er således klare grenser for hvor langt man kan gå i å imøtekomme foreldrenes behov, selv om samarbeidsløsninger er vanskelige å finne uten at partene finner utfallet noenlunde rimelig. Et sentralt moment her er rettens ansvar for å flytte foreldrenes fokus over på barnets behov, og å påse at de får nødvendig hjelp og veiledning eventuelt med sakkyndig bistand. Retten skal ex officio påse at rettsforlik som ikke er best for barnet ikke inngås<sup>91</sup>. I vurderingen av dette skal det bl.a. legges vekt på den egenverdi det har for barnet at foreldre kan enes om en ordning. Dette momentets vekt er ikke mindre etter lovendringen.

Sentralt ved meklingen er altså at det er partene som skal finne løsningen på sin tvist gjennom meklingen.

Dommer skal i hovedsak legge til rette for dette ved et utvalg av de såkalte verktøy i § 61 ut fra de konkrete behov som reiser seg i den enkelte sak, og ved behov gjennom prosessen og til slutt ha en tilsynsfunksjon for å tilse at forliket ikke er i strid med momentene for barnets beste i den konkrete saken. Parter som føler seg tvunget til å inngå rettsforlik, vil sjelden være motiverte til å etterleve forliket, og man risikerer at man ikke har oppnådd noen slutt på eller noen reduksjon av konflikten som berører barnet. Da er verken prosessen eller det materielle utfallet best for barnet.

---

<sup>91</sup> Dalseide s 194

### **3.3 Hvilken betydning har ulik domstolspraksis i barnefordelingssaker for prosessgarantiene?**

Lovens ordlyd "vurdere om det er mogelig å oppnå forlik" i bl § 59, 2.ledd setter ingen rammer for hvilken type mekling dommer skal foreta. Meklingsarbeid i forbindelse med barnefordelingssaker kan ha forskjellig rettslig grunnlag, f.eks. rettens mekling i henhold til barneloven §61 første ledd nr. 1 første punktum (ordinær mekling etter tvml §422, jf. §99, nå tl §8-1), mekling etter barneloven §61 første ledd nr. 2, jf. barneloven §52 og §53 (jf. lov av 19. juni 1997 nr. 62 om familievernkontorer §5a), og rettsmekling jf tl §8-3. Det blir derfor viktig at de som driver mekling er seg bevisst det rettslige grunnlag for den, og fullt ut følger de saksbehandlingsregler og prinsipper som gjelder for vedkommende meklingsform<sup>92</sup>. Spørsmålet er om prosessgarantiene til partene er prisgitt skjønnet den enkelte dommer anvender, eller om det foreligger tilstrekkelig klare felles normer for hvordan dommer skal gå frem som mekler i barnefordelingssaker.

Barneloven § 61(1) ikke gir anvisning på hvilken metodikk eller arbeidsmåte som skal benyttes i sakene, men stiller til rådighet rettslige, faktiske og økonomiske virkemidler og gir rammer i bla. § 48 og § 59. Imidlertid er det både i Ot.prp nr 51 til tvisteloven og Ot.prp. nr 29 til barneloven gitt relativt klare praktiske retningslinjer både for hvordan dommer skal gå frem og for hvor langt han kan gå etter de ulike meklingsordningene i å hjelpe partene å finne løsning på sin tvist.

Knuts<sup>93</sup> påpeker imidlertid at når normene for dommerens forliksvirksomhet er svært vage, varierer utformingen av prosessen i praksis. Så vel dommerens innstilling til forliksvirksomheten som innstillingen til enkelte spørsmål varierer, og en bør spørre seg hvor mye praksis kan variere uten at variasjonen oppfattes som problematisk. Sterkt varierende praksis blir for det første et spørsmål om rettsbeskyttelse og for det andre bør forliksvirksomheten sikre de samme garantier som domstolsbehandling -selv om den etter sin natur selvsagt ikke muliggjør enhetlig praksis.

---

<sup>92</sup> Dalseide s 181

<sup>93</sup> Knuts pkt 3.4.1 i kap om "Domarens forlikningsverksamhet"

Men fremstillingen til Knuts tar sikte på den svenske rettsordningen der både ordinær mekling og rettsmekling ikke i særlig grad er lovregulert, og normene for dommerens rolle som mekler ikke er avklart. Dermed vil disse synspunktene fra svensk rett ikke uten videre ha relevans for norsk rett. Det er også på det rene at alle norske dommere i 2004 gjennomgikk et eget kurs i barnelovsmekling, slik at den faglige kompetansen hos dommere dermed vil ha et felles utgangspunkt.

Som det fremgår av faktaundersøkelsen i NOU 2001:32 side 23 første spalte, forlikes svært mange av sakene om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Det er gjennom årene inngått noen tusen rettsforlik under ledelse av mange forskjellige dommere, og det må antas at de kan ha anvendt noe forskjellige tilnæringsmåter bl.a. beroende på egen personlighet, partene, sakens art og situasjonen for øvrig. I hvilken grad man har benyttet sakkyndige, og måten dommerne samarbeider med de sakkyndige på har også variert mye<sup>94</sup>.

Noen universell, allmenngyldig og evigvarende meklingsmetode finnes neppe<sup>95</sup>. Ser man på meklingslitteraturen opp gjennom årene, har dens anbefalinger skiftet en del, selv om enkelte grunnelementer ligger fast. Den enkelte sak må løses med utgangspunkt i de konkrete forhold, og med basis i erfaring og forskning innenfor området. Kort sagt er målsettingen - der forholdene ikke tilsier at partene er best tjent med en dom - å nå frem til et robust og bærekraftig rettsforlik som innholdsmessig oppfyller lovkriteriet « best for barnet ». Dersom man skal nå det mål at barn i minst mulig grad skal leve i intense foreldrekonflikter, vil det være av stor betydning at rettsforlikene står seg. Det er sannsynlig at partenes opplevelse av selve prosessen spiller en betydelig rolle i deres lojalitetsfølelse overfor rettsforlikets innhold<sup>96</sup>. Selv om misnøye med rettsforliket ikke resulterer i nye rettssaker, vil fravær av uenighet og behov for å « ta igjen » i etterkant være et gode for barnet.

Dersom meklingen etter barneloven §61 første ledd gjennomføres ved at meklere avholder særmerter med parter, bør man etter Dalseide<sup>97</sup> sin mening innhente partenes samtykke til dette. Man bør også meddele dem at man kan komme til å måtte forelegge den annen part

---

<sup>94</sup> NOU 2001:32 s 24

<sup>95</sup> Dalseide s 202

<sup>96</sup> Dalseide s 202

<sup>97</sup> Dalseide s 202, andre spalte



opplysninger som fremkommer i sær møtene dersom de er av betydning for sakens materielle utfall. Sær møter med konfidensialitet er etter min vurdering kun aktuelt i forbindelse med mekling hjemlet i rettsmeklingsforskriften. Får dommeren opplysninger av slik karakter, må de etter min oppfatning gis til motparten, uavhengig av hva som har vært vedkommendes forutsetning når det gjelder videreformidling<sup>98</sup>.

Utgangspunktet med at rettsmekling ikke skal være en hovedordning for mekling i barnefordelingssaker, synes derfor å ha mye for seg. Dels er begrunnelsen at vesentlige prosessgarantier da ikke tilstrekkelig ivaretas på et område der rettssikkerhet står helt sentralt, og dels fordi separate møter uten mulighet for kontradiksjon ikke er forenlig med de sterke følelsene og motsetningsforhold det ofte er hos partene i slike saker.

Imidlertid blir det avgjørende i slike saker at partene finner frem til samarbeidsløsninger som med dommerens tilsyn er i tråd med barnets beste, og at dette gjøres på en måte som ivaretar de aktuelle prosessgarantiene til barnet og partene i den konkrete saken. Ulike saker fordrer ulike løsninger, og dommer har et viktig ansvar ved å tilpasse saksbehandlingen slik at han sikrer både fremdrift og samarbeidsløsninger i den konkrete sak<sup>99</sup>

Med hensyn til bruk av sakkyndige, er det et også et moment til fordel for å beslutte barnelovsmekling i barnefordelingssaker at den fleksible bruk av sakkyndig etter bl § 61 (1) dekkes av staten, mens utgiften må dekkes av partene ved tradisjonell bruk av sakkyndige. Det må ut fra dette være forsvarlig å konkludere at det foreligger tilstrekkelig klare felles normer for hvordan dommer skal gå frem som mekler i barnefordelingssaker.

---

<sup>98</sup> Se også NOU 2001:32 Bind B s 720

<sup>99</sup> Bl § 59(1) jf § 61(1) og § 61(1) og (7) jf Ot.prp.nr 29

## 4 Sluttcommentar

Etter å ha sett nærmere på de ulike meklingsordningene og sammenlignet dem i lys av sentrale prosessuelle garantier, sitter jeg tilbake med et inntrykk av at domstolens mekling i barnefordelingsaker foregår etter en grundig gjennomtenkt norm. Utfordringene med ordningen er nok som nevnt adgangen til å bruke separate møter hvis rettsmekling besluttes og grensen for når en dommer som har meklet må anses inhabil til å skrive dom i saken hvis meklingen ikke fører frem. Lovgrunnlaget gir imidlertid gode holdepunkter for å ivareta prosessgarantiene, med bakgrunn i allmenn sivilprosess.

Ut fra det overordnede målet om en løsning på tvisten som virkelig er best for barnet materielt sett, og en løsning som partene har kommet frem til på en måte som også er best for barnet, synes den ordningen barneloven foreskriver å være en god ordning.

## **Litteraturliste**

- Henry John Mæland : Kort Prosess, Justian 2006
- Jens Edvin A Skoghøy: Tvistemål, Universitetsforlaget 2.utg. 2001
- Lucy Smith, Peter Lødrup: Barn og Foreldre, Gyldendal 7.utg. 2006
- Anne Austbø, Geir Engebretsen: Mekling i rettskonflikter, Cappelen akademisk forlag 2003
- Jo Hov, Rettsforlik, Universitetsforlaget 1976
- Ragnhild Torgersen, Dommerhabilitet, Universitetsforlaget 2004
- Hov, Jo: Rettsforlik 19.. s 186
- Knuts, Gisela: FörfarandegarantierSuomalainen Lakimiesyhdistyksen A nr 270, Helsinki 2007
- Aall, Jørgen: Rettsstat og menneskerettigheter, Fagbokforlaget 2004
- Karnov Lovkommentar Del III: Barneloven Kap 7 s.1405-1411.

### **Artikler**

- Mette Yvonne Larsen, Rikke Lassen: Domstolsbehandling av barnefordelingssaker, er forlik det samme som forsoning? (Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, FAB – 2005 nr 2, s 77-86)
- Nils T Dalseide: Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20.juni 2003 – noen utvalgte problemstillinger (FAB-2004-172)
- Nils T Dalseide: Barnefordelingssaker i retten – noen synspunkter på hvordan også avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste (Festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias s 191 (FEST- 2002-pl-191)
- Fanebust, Arne: Om dl § 108: Litt om inhabilitet pga tidligere befatning med saken (Festskrift til Stavang)
- Fanebust, Arne: Om forliksforhandlinger i praksis, noen synspunkter fra dommerbordet. (lov og Rett 1998 s 116
- Skoghøy, Jens Edvin A. : Ny nordk sivilprosesslov - tvisteloven av 2005 (Jussens venner 2006 s 269.
- Schei, Tore: Norsk sivilprosess moderniseres (Festskrift til Per Henrik Lindblom s 589)

### **Lovverk**

- Lov om barn og foreldre, av 8.april 1981 nr. 7
- Lov om mekling og rettergang i sivile tvister, av 17.juni 2005 nr 90
- Forskrift: FOR 1996-12-13 nr 1144: Forskrift om forsøksordning med rettsmekling
- Endringslov: LOV 1996-09-06 nr 64: Lov om endring i tvistemålsloven (rettsmekling)

### **Forarbeid**

- NOU 1998:17 Barnefordelingssaker –avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted

Ot.prp nr 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang (tvisteloven)

### ***Domsregister***

Rt.1958.637.

Rt.1991.832

Rt.1994.610

Rt.1997.2083

Rt.2000.151

Rt.2000.996

Rt.2003.280.

Rt.2004.1513.

*Plankl og Pfeifer vs Østerrike* (EMD- 1984-10802)

*Hausschildt vs Danmark*

*Bramelid/Nolin/Malmstrøm vs Turkey*

*Suvaniemi*