

# Familiemekling i domstolene, med fokus på hensynet til barnets beste.

Kandidatnummer: 200839

Veileder: Camilla Bernt

Antall ord: 14450



JUS399 Masteroppgave

Det Juridiske fakultet  
**Universitetet i Bergen**

02.juni 2014.

# Innholdsfortegnelse

1 Innledning.....	3
1.1 Emne og problemstilling.....	3
1.2 Metode og rettskildebildet.....	3
1.3 Avgrensninger og den videre fremstilling.....	4
2 Utgangspunkter.....	6
2.1 Begrepet mekling og et kort historisk tilbakeblikk.....	6
2.2 Ulike meklingsordninger i barnefordelingssaker.....	7
2.3 Resultat av mekling.....	8
2.3.1 Utenrettslig avtale.....	8
2.3.2 Rettsforlik.....	9
2.3.3 Videre behandling når saken ikke forlikes under saksforberedelsen.....	9
2.4 Skjønnsnormen «barnets beste» i barneloven §§ 48 til 65.....	10
3 Ulike faktorer som kan påvirke om meklingsresultatet ivaretar hensynet til barnets beste.....	12
3.1 Problemformulering.....	12
3.2 Hvem som er mekler under familiemekling i domstolene.....	12
3.2.1 Innledning.....	12
3.2.2 Dommer som mekler.....	12
3.2.3 Sakkyndig som mekler eller ko-mekler.....	14
3.3 Hvilken meklingsmetode meklerin bruker.....	15
3.3.1 Tilretteleggende contra evaluerende mekling.....	15
3.3.2 Har valg av meklingsmodell betydning for resultatet?.....	17
3.3.3 Burde man lovfeste en meklingsmodell?.....	18
3.4 Barnets uttalerett.....	19
3.4.1 Barnekonvensjonen art.12 og barneloven § 31.....	19
3.4.2 Høring av barn i forbindelse med domstolens mekling i barnefordelingssaker.....	19
3.4.3 Er barnets uttalerett absolutt?.....	20
3.5 Rettens rettslige plikt til å nekte inngåelse av forlik.....	22
3.5.1 Problemstilling og rettslige rammer.....	22
4 Sammenligning av mekling og domstolsbehandling.....	24
5 Er den løsningen vi har i dag til det beste for barnet?.....	26
5.1 Koch sin evaluering av saksbehandlingsreglene til barnefordelingssaker.....	26
5.2 Behandling av barnefordelingssaker de lege ferenda.....	26
5.2.1 Kompetanseheving hos meklerne.....	26
5.2.2 Informasjon som forutsetning for vellykket mekling.....	27
5.2.3 Evalueringsrutine.....	27
6 Avsluttende betraktninger.....	28
7 Kildehenvisninger.....	29
7.1 Litteraturliste.....	29
7.2 Lover og konvensjoner.....	31
7.3 Forarbeid og andre offentlige dokumenter.....	31
7.4 Domsregister.....	32

# 1 Innledning

## 1.1 Emne og problemstilling

Barnefordelingssaker er en tvist mellom foreldre som omhandler foreldreansvar, samværsrett og spørsmål om hvor barnet skal bo. Disse sakene står i en særstilling sammenlignet med andre sivile saker som kommer opp for domstolene.<sup>1</sup> Eksempelvis er det avgjørende lovkriteriet hva som er til det «beste for barnet».<sup>2</sup> Skjønnsnormen «barnets beste» er et rettslig begrep. Sammenlignet med sivile saker på andre områder hvor juridiske, tekniske eller økonomiske elementer ofte står sentralt, forutsetter imidlertid avgjørelsene i barnefordelingssaker i større grad psykologisk innsikt, og ikke minst kunnskap om barn. Evne til empati samt til konstruktiv konfliktløsning kommer sterkere inn i disse sakene enn i sivile saker generelt.<sup>3</sup> I motsetning til andre saker, vurderer ikke domstolene barnefordelingssaker i et retrospektivt lys, men domstolen prøver å finne en fremtidsrettet løsning som er til det «beste for barnet».

Samlivsbrudd er belastende i seg selv, men det kan oppleves som særlig belastende å måtte være part i en rettsak om barnefordeling. Selv om partene har et oppriktig ønske om å finne frem til en løsning som er til barnets beste, kan de følelsemessige belastningene ofte forhindre konstruktiv samarbeid om en god løsning. Dette kan medføre at konfliktnivået mellom partene blir høyt, og at partene har ulike virkelighetsoppfatninger.<sup>4</sup> Forskning viser at barnets utvikling påvirkes av hvordan foreldrene takler konflikten. Vedvarende konflikt mellom foreldrene kan eksempelvis medføre psykiske problemer for barnet.<sup>5</sup> For å forhindre at konfliktnivået eskalerer, er det viktig med en god og rask saksbehandling i domstolene. Av den grunn ble det i 2003 fastsatt særlige saksbehandlingsregler for familiesaker.

Etter de nye saksbehandlingsreglene skal advokatene og dommeren på hvert trinn av saken vurdere om det er en mulighet for forlik, samt legge til rette for mekling mellom partene.<sup>6</sup> Dette kan eksempelvis skje ved at dommeren trekker inn en sakkyndig til å bistå under saksforberedelsen, herunder for eksempel mekle mellom foreldrene og eventuelt veilede dem ved utprøving av et midlertidig forlik.<sup>7</sup>

Emnet for denne fremstillingen er mekling i barnefordelingssaker og problemstillingen er i hvilken grad familiemekling i domstolene er egnet til å ivareta hensynet til barnets beste. Dette gjøres først ved å fokusere på hva som kan påvirke meklingsresultatet, sett opp mot hva som er til barnets beste. Videre skal fremstillingen belyse at mekling ikke fungerer like godt i alle barnefordelingssaker, og at domstolsbehandling i noen saker er det eneste alternativet. Ettersom formålet med de særlige saksbehandlingsreglene for barnefordelingssaker er å komme frem til en løsning som er til barnets beste, er det aktuelt å se på de lege ferenda.

## 1.2 Metode og rettskildebildet

I fremstillingen vil ulike saksbehandlingsregler som regulerer barnefordelingssaker bli analysert ved bruk av alminnelig rettsdogmatisk metode. Rettspolitiske vurderinger vil også fremkomme underveis i fremstillingen. I hovedsak vil det tas utgangspunkt i å tolke relevante bestemmelser i barneloven, samt å se på enkelte bestemmelser i tvisteloven og domstolsloven.

Mekling er et nokså nytt rettsvitenskapelig område som har vært lite behandlet i rettspraksis. Dette selv om mekling reiser flere juridiske problemstillinger. Det kan forklares med at mekling før den nye tvisteloven i liten grad var lovregulert.<sup>8</sup> Det finnes imidlertid mye rettspraksis angående

<sup>1</sup> NOU 1998:17 s.16.

<sup>2</sup> Jf. barneloven § 48.

<sup>3</sup> NOU 1998:17 s.16.

<sup>4</sup> NOU 1998:17 s.16.

<sup>5</sup> Nordhelle 1999 s.45.

<sup>6</sup> Jf. barneloven §§ 49 og 59 annet ledd jf. § 61 nr.1.

<sup>7</sup> Jf. barneloven § 61 nr.1. Se Rød 2012 s.16.

<sup>8</sup> Bernt 2011 s.18-19 og 34-36.

barnefordeling generelt. I fremstillingen vil relevant rettspraksis bli benyttet til å belyse blant annet barnets uttalerett.

Mekling er imidlertid gitt stor betydning i tvisteloven og de nye saksbehandlingsreglene i barneloven. Mekling er i stor grad omtalt i forarbeidene til både tvisteloven og endringene i barneloven §§ 59 og 61. Forarbeidene vil brukes til å gi nyttige bidrag til forståelsen av lovreglene.

Barne- og likestillingsdepartementet har laget et rundskriv Veileder Q15/2004, om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn. Barne- og likestillingsdepartementet har imidlertid ikke forskriftskompetanse til å instruere domstolene. Rundskrivet må dermed i henhold til tradisjonell rettskildelære oppfattes som uttrykk for rettsoppfatninger på lik linje med annen juridisk litteratur. På en annen side er det grunn til å tro at i en situasjon hvor lovtekst og forarbeider er svært kortfattede vil rundskrivet kunne virke normerende på meklingspraksis og holdninger hos dem som praktiserer reglene. Dette tilsier at rundskrivet bør tillegges noe vekt av hensyn til forutberegnelighet.

Reelle hensyn er en viktig rettskilde ved problemstillinger knyttet til mekling, ettersom det finnes lite øvrig rettskildemateriale for løsning av disse.

Meklingsteori vil også bli benyttet i fremstillingen, ettersom dette er nyttig for å belyse problemstillinger de lege lata og de lege ferenda. Hvor det øvrige rettskildematerialet ikke gir en entydig anvisning på et tolkningsresultat, og andre avgjørende hensyn ikke taler mot, kan det være riktigst å velge den løsningen som er i samsvar med meklingsteorien. Det er imidlertid ikke allmenn konsensus blant meklingsekspertene om hvordan mekling bør foregå og hvilke hensyn som er viktigst. Dette har bakgrunn i at de ulike skoleretninger innenfor mekling skiller seg fra hverandre når det gjelder nokså prinsipielle spørsmål. Manglende konsensus medfører at det kan være uenigheter om hvilke hensyn man skal vektlegge ved løsning av konkrete juridiske spørsmål. Dette kan medføre at konklusjonene preges av forfatterens eget syn på meklingsprosessen.

### **1.3 Avgrensninger og den videre fremstilling**

Ettersom mekling i barnefordelingssaker er en omfattende problemstilling, er det hensiktsmessig og nødvendig med visse avgrensninger.

Jeg har valgt å avgrense problemstillingen mot den obligatoriske utenrettslige meklingen i henhold til barneloven § 51-54. Den obligatoriske meklingsordningen er en mulighet for foreldre til å komme til enighet. Realiteten er imidlertid at det ikke foregår noe særlig med mekling her, og at den obligatoriske meklingstimen for mange foreldre anses som et formelt hinder på veien til den reelle behandlingen av saken ved domstolene. I høykonfliktfamilier kan det dermed være vanskelig å motivere begge foreldre til mekling i løpet av denne ene obligatoriske timen. På den andre siden er det flere foreldre som inngår en felles avtale under den obligatoriske meklingen. I mange av disse sakene har imidlertid foreldrene på forhånd kommet til enighet, og det er lite sannsynlig at den ene meklingstimen har påvirket partenes konfliktnivå.<sup>9</sup> Selv om det kan være aktuelt å vurdere om de forlik som inngås ved den obligatorisk utenrettslige meklingen er til barnets beste, synes det mest hensiktsmessig å fokusere på meklingen som foregår i domstolene.

Fremstillingen vil videre avgrenses mot rettsmekling. I forarbeidene til barnelovens regler om mekling uttalte departementet at det sjelden vil være aktuelt å bruke reglene om rettsmekling i barnefordelingssaker, men at de heller ikke vil utelukke rettsmekling som et alternativ.<sup>10</sup> Selv om det rettslig sett ikke er noe i veien for å anvende rettsmekling i barnefordelingssaker, er det mest naturlig å bruke barnelovens spesielle saksbehandlingsmodell som prinsipal ordning.<sup>11</sup> Av den grunn er det mest hensiktsmessig å se nærmere på de særreglene som barneloven inneholder.

I den videre fremstillingen skal jeg i kapittel 2 gi en mer teoretisk tilnærming av hva mekling er, og hva som menes med skjønnsnormen «barnets beste». Dette er nyttig som en overordnet

<sup>9</sup> Se Reiter mfl. 2014 s.67-69.

<sup>10</sup> Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.46.

<sup>11</sup> Dalseide 2004 s.179.

referanseramme for å kunne drøfte konkrete problemstillinger knyttet til familiemekling i domstolene og barnets beste.

Under kapittel 3 vil jeg gå nærmere inn på ulike faktorer som kan påvirke om meklingsresultatet man eventuelt kommer frem til, ivaretar hensynet til barnets beste. Det er flere faktorer som påvirker hvorvidt meklingsresultatet ivaretar hensynet til barnets beste. Jeg har valgt å avgrense til; hvem som mekler, hvilken meklingsmodell som blir benyttet, om barnet har blitt hørt, og rettens plikt til å gripe inn i et forlik som etter rettens mening ikke er til barnets beste.

Videre vil jeg i kapittel 4 sammenligne mekling og domstolsbehandling, med særlig fokus på hva som er til det beste for barnet.

I kapittel 5 vil det bli diskutert hvorvidt dagens behandling av barnefordelingssaker er til barnets beste, og om det eventuelt bør foretas noen endringer i dagens ordning.

Avslutningsvis gir jeg i kapittel 6 noen avsluttende betraktninger.

## 2 Utgangspunkter

### 2.1 Begrepet mekling og et kort historisk tilbakeblikk

Det finnes ulike definisjoner av *mekling*.<sup>12</sup> Ulikhetene beror dels på prinsipiell uenighet om hva mekling bør være, og dels i forskjeller med hensyn til om man tar sikte på en deskriptiv eller normativ definisjon.<sup>13</sup> Nylund definerer mekling som;

«Med mekling menes en uformell og strukturert prosess, hvor en nøytral tredjepart hjelper partene til å forhandle seg frem til en gjensidig akseptabel løsning på sin konflikt. Tredjeparten treffer ingen avgjørelse».<sup>14</sup>

Mekling er en alternativ konfliktløsningsform som har sitt utspring i Multi-door Court House ordningen i USA, som ble til på 1970-tallet på grunn av misnøye med domstolenes høye kostnader og lange ventetid. Ordningen har som formål å la folk få løse konfliktene sine ved domstolen. Partene skal imidlertid kunne få velge den konfliktløsningsformen som passer best for den aktuelle konflikten.<sup>15</sup> Norge har i likhet med mange europeiske land etter hvert utviklet meklingstilbud etter mønster fra de amerikanske mediation-prinsipper.

I den nye tvisteloven av 2005, ble mekling som alternativ konfliktløsning gitt stor betydning. Tvisteloven kapittel 6 til 8 inneholder bestemmelser om fire ulike meklingstyper, herunder mekling i forliksrådet, utenrettslig mekling, ordinær mekling og rettsmekling.

Barneloven av 1981 legger også stor vekt på mekling; herunder kapittel 7 om obligatorisk utenrettslig mekling og familiemekling i domstolene. Mekling mellom par som ønsker å gå fra hverandre har imidlertid vært vanlig i mange tiår. Som en følge av økningen i antall samlivsbrudd, ble mekling i slike konflikter utviklet på 1970-tallet. Det begynte som «strukturell mekling», hvor målet med meklingen var å redusere konflikten gjennom forhandlinger om økonomi, deling av felleseie, foreldreansvar og omsorg for barnet. Meklingen var imidlertid kun rettet mot gifte foreldre, med fokus på å forhindre skilsmisse. Dette fungerte dårlig, og etter moderniseringen av ekteskapsloven i 1993 ble det etablert en ny meklingsordning hvor fokuset var på samarbeid om barnet.

I Ot.prp.nr.29 (2002-2003) foreslo Barne- og familiedepartementet en rekke endringer av saksbehandlingsreglene i barnefordelingssaker med sikte på å oppnå en prosess og resultater som i større grad var til barnets beste. Formålet med endringene var å få økt fokus på forliksløsninger, herunder innføring av en særskilt meklingsprosess i saksforberedende rettsmøter. Videre ønsket man å legge til rette for en økt og mer variert bruk av sakkyndige i prosessen. Endringene skulle medføre gode og robuste forlik hvor det var hensiktsmessig, samt tilstrebe en rask saksbehandling til barnets beste.<sup>16</sup>

Barne- og familiedepartementets forslag til nye saksbehandlingsregler var inspirert av et prøveprosjekt «Konflikt og forsoning» ved Indre Follo tingrett. Prosjektet handlet om å skape en alternativ modell for behandling av barnefordelingssaker. Formålet var å få uforlikte foreldre til å innse at de hadde et felles problem, og at de eneste som kunne løse problemet var dem selv. I prosessen var det sentralt å få fokus på barnets interesser, og inngå forlik basert på økt forståelse samt styrke ansvarsfølelsen for barnets interesser. Follo tingrett stilte seg til disposisjon for å hjelpe foreldrene til å kartlegge problemene og finne gode løsninger for barna. Et sentralt virkemiddel var å avholde flere forhandlingsmøter før en eventuell hovedforhandling. Under disse forhandlingsmøtene deltok vanligvis en sakkyndig, som bisto dommeren med barnefaglig kompetanse, og som aktivt deltok i meklingen mellom foreldrene.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Ordet *mediation* kommer fra det latinske ordet «medium» og betyr «det som er i midten». Mekling betyr altså å stille seg i midten mellom stridende parter. jf. Vindeløv 2008 s.125.

<sup>13</sup> Bernt 2011 s.17.

<sup>14</sup> Nylund 2008 s.233. Se andre definisjoner Vindeløv 2008 s.128 og Bernt 2011 s.17.

<sup>15</sup> Vindeløv 2008 s.59-63.

<sup>16</sup> Bernt 2011 s.126.

<sup>17</sup> Brevik og Mevik 2012 s.107.

1. April 2004 trådte de nye saksbehandlingsreglene for barnefordelingssaker for domstolene i kraft. De nye saksbehandlingsreglene medførte et større fokus på forliksløsninger. Eksempelvis lovfester § 61 nr.1 at man skal ha saksforberedende møter hvor partene sammen med dommeren klargjør konflikten og eventuelt mekler dersom det er ønskelig. Videre medførte de nye saksbehandlingsreglene at dommere kan benytte sakkyndige på en ny og mer fleksibel måte for å hjelpe foreldrene til å bli enige på en god og konfliktdempende måte, hvor fokuset rettes mot barnets beste. Se nærmere punkt 2.2.

## **2.2 Ulike meklingsordninger i barnefordelingssaker**

For å kunne forstå barnelovens særlige regler angående familiemekling i domstolene, er det nødvendig å se reglene i sammenheng med reglene om utenrettslig mekling i barnefordelingssaker. Det gis dermed først en kort redegjørelse for dem, før jeg går nærmere inn på familiemekling i domstolene.

*Familievernkontorene* spiller en viktig rolle med hensyn til utenrettslig mekling i barnefordelingssaker. Kontorene tilbyr mekling i ulike situasjoner og relasjoner innenfor familier. De har tilbud om parterapi for gifte og samboende par med samlivsproblemer. Videre mekler kontorene mellom foreldre i barnefordelingssaker. Gifte eller samboende par med barn under 16 år er lovpålagt å møte til mekling hos familievernkontoret for å få separasjonsbevilling, for å kunne søke om utvidet barnetrygd, samt å reise sak om barnefordeling.<sup>18</sup> Dette gjelder selv om foreldrene aldri har bodd sammen.<sup>19</sup> For å få en meklingsattest må foreldrene mekle i en time. Foreldrene tilbys vanligvis tre timer i tillegg til den obligatoriske timen. Det kan bli tilbud ytterligere tre timer dersom meklere «finn at dette kan føre til at partene kan kome fram til ein avtale».<sup>20</sup> Mekling ved familievernkontorene er ytterligere regulert i lov om familievernkontorer av 1997 og i forskrift om mekling etter ekteskapsloven og barneloven.<sup>21</sup>

Retten kan også pålegge *utenrettslig mekling* i en sak som er anlagt for domstolene.<sup>22</sup> I slike tilfeller er det mekler som etter en vurdering av forliksmulighetene som skal vurdere hvor lang tid meklingen skal vare.<sup>23</sup> Partene har da en plikt til å delta i meklingen. I forarbeidene fremkommer det at i vurderingen om partene skal vises til mekling, er det et viktig moment om partene tidligere har vært til mekling.<sup>24</sup> Ettersom partene i barnefordelingssaker har meklet etter § 53 og kanskje forsøkt mekling etter § 61 nr.1, er det bare i spesielle tilfeller det vil være aktuelt med henvisning til utenrettslig mekling. Det avgjørende er omfanget av den tidligere meklingen.

*Mekling i domstolene i barnefordelingssaker* er ikke rettsmekling, men en form for ordinær mekling ettersom meklingen skjer i rettsmøter og i regi av dommeren i saken.<sup>25</sup> Som nevnt i punkt 1.1 er det i disse sakene ofte sterke følelser i sving, noe som ofte medfører et høyt konfliktnivå. Partene er imidlertid nødt til å forholde seg til hverandre i fremtiden. Lovgiver ønsker derfor å legge til rette for en smidigere og mindre konfliktdrivende prosess. Dette gjøres ved å forsøke å få til et forlik fremfor en rettsavgjørelse.

Av den grunn fikk barneloven § 59 etter lovendringene i 2004 en generell regel om saksbehandlingen av barnefordelingssaker. Etter første ledd skal dommeren «påskunde saka så mykje som mogleg». I odelstingsproposisjonen ble det imidlertid presisert at saken ikke skal behandles raskt for enhver pris, og at «hensynet til barnets beste, jf. § 48, også må komme inn ved vurderingen av hvor mye det er «mogeleg» å påskynde saksbehandlingen».<sup>26</sup> Videre følger det av annet ledd at dommeren «på kvart trinn i saka må vurdere om det er mogeleg å oppnå forlik mellom

<sup>18</sup> Jf. ekteskapsloven § 26, barnetrygdloven § 9 fremte ledd og barneloven §§ 51 og 56 annet ledd. Se Bernt 2011 s.122-123.

<sup>19</sup> Presisert i Rundskriv Q02/2007 s.2.

<sup>20</sup> Jf. barneloven § 54.

<sup>21</sup> FOR-2006-12-18-1478.

<sup>22</sup> Jf. barneloven § 61 nr.2.

<sup>23</sup> Jf. Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.88.

<sup>24</sup> Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.88.

<sup>25</sup> Nylund 2011 s.308.

<sup>26</sup> Ot.prp.nr.29 (2002-2203) s.30.

partane, og leggje tilhøva til rette for det». Annet ledd pålegger dommeren en vurderingsplikt til å se om det er muligheter for en minnelig løsnings i saken. Dersom dommeren antar at det er mulighet for forlik, inntre det en plikt til å legge forholdene til rette for det.<sup>27</sup> Ellers følger det av tredje ledd at domstolloven og tvisteloven kommer til anvendelse så langt ikke annet følger av barnelovens regler.

I barneloven § 61 er det angitt ulike regler for saksforberedelsen og saksbehandling i barnefordelingssaker. I det følgende vil det gis en oversikt over de mest relevante reglene.

Av § 61 nr.1 følger det at retten som hovedregel skal innkalle partene til ett eller flere forberedende møter «for mellom anna å klarleggje tvistepunkta mellom dei, drøfte vidare handsaming av saka og eventuelt mekle mellom partane». Videre følger det av annet punktum at retten kan oppnevne en sakkyndig som kan være med på de saksforberedende møtene, ha samtaler med barna og foreldrene, samt gjøre undersøkelser for å klarlegge de faktiske forholdene i saken. Partene skal etter fjerde punktum gis anledning til å uttale seg om den sakkyndige sin rolle.

Videre følger det av § 61 nr.4 at dommeren kan ha samtaler med barnet.<sup>28</sup> I henhold til annet punktum kan dommeren la seg bistå av den oppnevnte sakkyndige eller en annen person. Eventuelt kan den oppnevnte sakkyndige eller en annen person gjennomføre samtalen alene.<sup>29</sup>

§ 61 nr.7 åpner for at foreldre under meklingsprosessen kan prøve ut midlertidige omsorgs- og samværsordninger. Retten kan oppnevne en sakkyndig eller en annen egnet person til å veilede partene i prøveperioden. Formålet er å gjøre det «enklere å nå fram til avtaler i saker med sterke konflikter og usikkerhet mellom partene om hvordan avtalen vil fungere». Man antok at «[v]ed å gi foreldrene en prøveperiode vil det være mindre drastisk å gå med på en minnelig ordning, noe som igjen kan gjøre det lettere å få gjennomslag for et forlik». Videre kan en prøveperiode «være nyttig for å se hva slags avtale som i praksis fungerer best for barn og foreldre».<sup>30</sup> Partene er ikke bundet til den avtalte prøvetiden, og kan når som helst avbryte forsøksordningen, med den konsekvens at saksbehandlingen fortsetter med sikte på hovedforhandling.<sup>31</sup>

Man ser dermed at barneloven etter lovendringene mer aktivt enn i ordinær mekling legger til rette for forlik.<sup>32</sup> Partene må imidlertid ikke utsettes for forlikspres, og dommeren som mekler må holde seg innenfor de rammene dommerhabilitet og kontradiksjonsprinsippet setter.<sup>33</sup> Se nærmere under punkt 3.2.1.

## **2.3 Resultat av mekling**

### **2.3.1 Utenrettslig avtale**

I barneloven § 36 annet ledd fremkommer det at retten må avgjøre barnets bosted, dersom foreldrene er uenige. Foreldrene har dermed sammen frihet til å avtale barnets bosted. Dette er i samsvar med barneloven § 64 hvor det fremgår at foreldre kan inngå avtale om «foreldreansvaret, om kven barnet skal bu hos fast og om samværsretten». Det er da tale om en utenomrettslig avtale som bare har vanlige avtalerettslige virkninger, og har dermed ikke virkning som en rettskraftig dom. Ved senere tvister mellom partene vil et utenrettslig forlik være utgangspunktet for løsningen av disse tvistene.

En eventuell avtale vil ikke være varig bindende på samme måte som ordinære avtaler. Foreldre har i henhold til barneloven § 64 første ledd anledning til å foreta endringer av avtalen.

Videre fremkommer det av barneloven § 55 at når begge partene ber om det kan fylkesmannen fastsette at avtalen tvangsfullbyrdes etter reglene i § 65. Vilkåret er at avtalen først og fremst retter seg etter det som er best for barnet. Ved behov bør sakkyndige, barneverntjenesten eller

<sup>27</sup> Bernt 2011 s.128.

<sup>28</sup> Jf. barneloven § 31.

<sup>29</sup> Se Bernt 2011 s.128-129.

<sup>30</sup> Bernt 2011 s.128, jf. Backer 2008 s.538.

<sup>31</sup> Backer 2008, s.253 jf. Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.90.

<sup>32</sup> Nylund 2011 s. 309.

<sup>33</sup> Jf. domstolloven §108 og tvisteloven § 8-2, jf. barneloven § 59 tredje ledd.



sosialtjenesten uttale seg før fylkesmannen avgjør spørsmålet. Foreldrene må også legge fram gyldig meklingsattest før fylkesmannen kan behandle saken.<sup>34</sup>

### 2.3.2 Rettsforlik

Det følger forutsetningsvis av barneloven § 64 annet ledd som oppstiller vilkår for endring av tidligere inngått rettsforlik, at foreldre også har adgang til å inngå rettsforlik.<sup>35</sup> Dette er i samsvar med tvisteloven § 8-2 nr. 2, hvor det fremgår at partene kan inngå rettsforlik etter tvisteloven § 19-11, jf. barneloven § 59 tredje ledd. Det ville vært urimelig dersom foreldre var avskåret fra å inngå rettsforlik i barnefordelingssaker, ettersom de har adgang til å inngå utenrettslig avtale om barnefordelingen.

Hovedregelen er at rettsforlik har virkning som rettskraftig dom, herunder tvangskraft- og rettskraftsvirkning.<sup>36</sup> Det er da rimelig at begrensninger i adgang til å avsi dom også gjelder adgangen til å inngå forlik; at retten fører kontroll med forlikets innhold, og nekter å protokollere forliket dersom det påtakelig er i strid med barnets beste.<sup>37</sup> Dette er i samsvar med tvisteloven § 19-11 tredje ledd hvor det fremgår at retten skal påse at rettsforliket ikke er i strid med offentlige hensyn som begrenser partenes rådighet i søksmålet.<sup>38</sup>

Videre følger det av tvisteloven § 19-11 første ledd at rettsforlik skal føres inn i rettsboken. Dette medfører at forliket blir offentlig, jf. § 14-2 første ledd som gir allmennheten innsynsrett i blant annet rettsbøker. Utenrettslig forlik skal ikke protokolleres, jf. tvisteloven § 19-11 første ledd antitetisk, og er dermed ikke offentlig.

Et rettsforlik i en barnefordelingssak kan angripes på to måter. For det første kan det reises endringssak etter barneloven § 64 annet ledd, men da er man avhengig av at «særlige grunner» taler for å endre rettsforliket. For det andre kan det reises søksmål for tingretten etter tvisteloven § 19-11 annet til fjerde ledd om rettsforliket er ugyldig på grunn av avtalerettslige regler, eksempelvis fordi den ene forelder mener seg ført bak lyset av den andre.<sup>39</sup> Et slikt ugyldighetssøksmål må reises innen fristene tvisteloven § 19-12 fjerde ledd setter.

### 2.3.3 Videre behandling når saken ikke forlikes under saksforberedelsen

Dersom ikke foreldrene blir enige under mekling i saksforberedende møter, så fortsetter saken videre til hovedforhandling. I motsetning til ved rettsmekling, trenger man ikke oppnevne en ny dommer.<sup>40</sup>

Det kan imidlertid stilles spørsmål om dommerens habilitet og domstolens upartiskhet er svekket som følge av at dommeren under meklingen i de saksforberedende møtene har fått kjennskap til faktum som er av betydning for domsresultatet. Dette er et tema som sjelden har blitt behandlet i rettspraksis. Det er dermed naturlig å hente veiledning til grensene for dommerens meklerrolle fra de retningslinjer Høyesterett har trukket opp i tilfeller hvor dommeren tidligere har behandlet det samme sakskomplekset, slik som i sakene om varetektsfengsling.<sup>41</sup>

Av rettspraksis er det klart at tidligere befatning med saken ikke automatisk medfører inhabilitet hos dommeren. Det er imidlertid svært viktig at dommeren som mekler er tilbakeholden med å gi uttrykk for synspunkter på saken og å komme med med løsningsforslag.<sup>42</sup> Slike ytringer kan fort

<sup>34</sup> Jf. § 55.

<sup>35</sup> Kjølberg og Johansen 2006 s.153.

<sup>36</sup> Jf. tvangsfyllbyrdelsesloven § 4-1 annet ledd bokstav e, og tvisteloven § 19-12 første ledd, jf. tvisteloven § 19-15.

<sup>37</sup> Hov 1976 s.186.

<sup>38</sup> Jf. tvisteloven § 11-4.

<sup>39</sup> Jf. avtaleloven § 33. Se Backer 2008 s.514.

<sup>40</sup> I henhold til tvisteloven § 8-7 skal det utnevnes en ny dommer, dersom rettsmeklingen ikke medførte forlik. Dette begrunnes med at dommeren under meklingen har hatt mulighet til særreiser med partene, og hans habilitet kan dermed være svekket.

<sup>41</sup> Bernt 2011 s.320.

<sup>42</sup> Jf. tvisteloven § 8-2 første ledd.

svekke rettens upartiskhet, og medføre at dommeren er inhabil og må vike sete.<sup>43</sup> Habilitetsreglene er nærmere behandlet under punkt 3.2.1.

Ikrafttreddelsen av tvisteloven 1. januar 2008 medførte imidlertid en viss innstramming i vurderingen av habiliteten i overgangen mellom mekler- og dommerrollen i forhold til det som gjaldt etter tvistemålsloven § 99. For det første fremkommer det av tvisteloven § 8-2 første ledd 3 punktum at «[r]etten kan ikke sette fram forslag til løsning, gi råd eller gi uttrykk for synspunkter som er egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet». Den gamle bestemmelsen i tvistemålsloven § 99 hadde ingen slik regulering av ordinær mekling. Videre finnes det i forarbeidene flere indikasjoner på at tvisteloven medfører en innstramming av rammene for dommerens meklingsaktivitet.<sup>44</sup> Forarbeidene gir imidlertid ingen særlig utfyllende veiledning om hvor grensene går for rettens uttalelser.<sup>45</sup>

Man ser imidlertid at det har vært en klar utvikling i høyesterettspraksis om habilitetsspørsmål i straffesaker. Utviklingen synes i stor grad å være drevet frem av avgjørelser fra EMD. Av særlig interesse er det at Høyesterett, blant annet på grunn av EMDs avgjørelse i *Ekeberg og andre mot Norge* 31.juli 2007, fremhever i Rt.2008 s.1456 og Rt.2009 s.225 at utviklingen har gått i retning av strengere krav til dommerens habilitet, og da særlig at det er mindre rom for uttalelser fra dommeren i saken. Disse dommene viser at Høyesterett legger større vekt på hvordan et forhold vil fremstå overfor allmennheten og domfelte enn tidligere. Selv om den antatte oppfatningen hos allmennheten eller domfelte beror på en misforståelse av hvordan prosessen fungerer, har Høyesterett tatt hensyn til risikoen for slike oppfatninger. I Rt.2009 s.225 ble det formulert som «det tungtveiende hensynet til at dommere skal bli møtt med tillit til at de vil gå inn i saken med et åpent sinn».

Videre viser Koch sin evaluering av saksbehandlingsreglene i barnefordelingssaker at det er en risiko for at foreldre misforstår meklere, og at enkelte foreldre ikke forstår forskjellen mellom mekling og hovedforhandling, forlik og dom. Etter Bernts mening er det et behov for en viss innstramming, ettersom partene i barnefordelingssaker er i en særlig sårbar situasjon.<sup>46</sup>

## **2.4 Skjønnsnormen «barnets beste» i barneloven §§ 48 til 65**

I barnefordelingssaker er det foreldrene som er parter, mens det er barnet som tvisten angår. Dette er et særpreg ved denne type saker, enten saken løses utenrettslig eller bringes inn for domstolene. Hensynet til barnets beste er derfor nedfelt i lovverket, både i intern norsk rett og i internasjonale konvensjoner som Norge har tilsluttet seg.<sup>47</sup> I norsk rett lovfester barneloven § 48 første ledd at man ved barnefordelingssaker skal «først og fremst rette seg etter det som er best for barnet».<sup>48</sup> Samtidig er hensynet til barnets beste nedfelt i FNs barnekonvensjon art. 3 og 9.<sup>49</sup>

Hensynet til barnets beste skal ivaretas i alle deler av barnefordelingsprosessen, og gjenspeiles i de løsninger man kommer frem til.<sup>50</sup>

Barnets beste er en standard som ikke legger opp til en generell vurdering av rimelighet, men en konkret vurdering av hva som er best for dette barnet.<sup>51</sup> Det er hverken i barneloven eller i forarbeidene til loven gitt en uttømmende angivelse av hva som ligger i «barnets beste». I barneloven § 48 annet ledd fremkommer det at man skal legge vekt på at barnet ikke blir utsatt for vold eller blir behandlet på andre måter som kan skade den fysiske og psykiske helsen. Videre gis en klar retningslinje i § 31 annet ledd om at når «barnet er fylt syv år» skal det få ytre sin mening i

<sup>43</sup> Jf. domstoloven § 108.

<sup>44</sup> Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.388.

<sup>45</sup> Bernt 2011 s.340.

<sup>46</sup> Bernt 2011 s.358.

<sup>47</sup> Kjølberg og Johansen 2006 s.18.

<sup>48</sup> Bestemmelsen kom etter endringene av saksbehandlingsreglene i april 2004. Tidligere hadde hensynet til barnets beste kommet til uttrykk i flere regler i barneloven. Departementet presiserer i Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.27 og 82, at de ønsker å tydeliggjøre at det er barnets beste som er overordnet mål ved å nedtegne dette i en egen bestemmelse.

<sup>49</sup> Konvensjonen ble gjort til norsk lov ved lovendring av 1. august 2003 nr. 86.

<sup>50</sup> Kjølberg og Johansen 2006 s.19.

<sup>51</sup> Nylund 2011 s.303.

barnefordelingssaken. Det fremgår videre i bestemmelsen at det skal legges stor vekt på hva barnet mener når det er 12 år. De øvrige komponentene i vurderingen av barnets beste er kommet frem gjennom forarbeid til barneloven og rettspraksis, og etter hvert også i juridisk teori.

Høyesterett har gjennom sin praksis lagt vekt på enkelte kriterier som vanligvis benyttes som utgangspunkt for dem som arbeider med barnefordelingssaker; risiko ved miljøskifte (hensynet til status quo), hensynet til best samlet foreldrekontakt, hensynet til ikke å splitte søsken, barnets egen mening, og foreldrenes personlige egenskaper.<sup>52</sup>

På grunn av belastningene ved samlivsbruddet og konflikten om barnet dominerer ofte foreldrens egne behov, mens foreldrens evne til å tolke og forstå barnets behov reduseres.<sup>53</sup> I motsetning til andre konflikter hvor partene fritt har ansvar for håndteringen av konflikten, har mekleren i barnefordelingssaker et selvstendig ansvar for å ivareta barnets behov. Mekleren har ikke selvstendig ansvar for avtalens innhold, men mekleren skal påse at foreldrene er klar over barnets behov og de konsekvenser avtalen har for barnet. Dette kommer til uttrykk i § 2 i forskrift om mekling etter ekteskapsloven og barneloven, hvor det står at «[m]ekler skal ha fokus på barnets beste og gjøre foreldrene oppmerksomme på barnets rett til å bli hørt...».<sup>54</sup>

Videre har domstolen som nevnt under punkt 2.3.2 en plikt til å nekte å protokollere rettsforlik som påtakelig er i strid med hensynet til barnets beste. Dette vil bli nærmere redegjort for under punkt 3.5.

---

<sup>52</sup> Kjølberg og Johansen 2006, s.19, og Holgersen 2008 s.209-216.

<sup>53</sup> Forskning viser at halvparten av foreldre i meklingsprosessen er uenige i hva som er barnas behov, jf. Nordhelle 2007 s.127. Det er også klinisk bevist at foreldre i separasjonsprosessen har vanskeligheter med å skille egne behov fra barnets behov, jf. Everett 1985.

<sup>54</sup> Nordhelle 2007 s.122.

### 3 Ulike faktorer som kan påvirke om meklingsresultatet ivaretar hensynet til barnets beste

#### 3.1 Problemformulering

Det er ulike oppfatninger om hvordan domstolen best kan bistå foreldrene frem til et eventuelt forlik som er til barnets beste. Det kan neppe oppstilles fremgangsmåter eller strategier som alltid er bedre enn andre. Framgangsmåten må tilpasses den enkelte dommers meklingsferdigheter og personlighet, sakens art, samt partenes og barnets situasjon.<sup>55</sup> Enkelte faktorer og valg vil likevel kunne påvirke om meklingsresultatet ivaretar hensynet til barnets beste. I det følgende vil utvalgte faktorer bli nærmere drøftet.

#### 3.2 Hvem som er mekler under familiemekling i domstolene

##### 3.2.1 Innledning

Ordlyden i § 61 nr.1 forutsetter at det er dommeren som skal være meklere, og at dommeren kan oppnevne en sakkyndig som kan bistå med meklingen. Barne- og likestillingsdepartementet uttalte imidlertid i rundskrivet at dommeren i praksis «har valget mellom å mekle selv, eventuelt sammen med eller med bistand av sakkyndig, eller overlate til sakkyndig å mekle».<sup>56</sup> Uttalelsen er naturlig å tolke som at det gis en åpning for at dommeren kan ha en passiv rolle i saksforbredelsesarbeidet, mens den sakkyndige står for meklingen. En slik forståelse er i tråd med odelstingsproposisjonen som uttaler at det er normalt at den sakkyndige mekler, fordi den sakkyndige står friere i bruk av virkemidler enn dommeren.<sup>57</sup> Videre viser erfaring fra praksis at dommere ofte velger å ikke delta i meklingsarbeidet, men overlate det til den sakkyndige.<sup>58</sup>

##### 3.2.2 Dommer som mekler

I flere av forarbeidene til barneloven blir det uttalt at retten må kunne tildele barnefordelingssaker til visse dommere. Eksempelvis presiserer odelstingsproposisjonen at «den enkelte dommer bør ha engasjement og interesse for sakstypen og behandle et tilstrekkelig antall saker til å opparbeide seg erfaring og holde sine kunnskaper ved like».<sup>59</sup> Det fremheves også at en slik fordeling av barnefordelingssakene til dommere med erfaring og interesse, vil være tidsbesparende og skape mer lik behandling av sakene.<sup>60</sup> Videre hevdet barnefordelingsprosessutvalget at slik spesialisering neppe vil være i strid med tilfældighetsprinsippet, så lenge det er dommerens erfaring og kompetanse, og ikke vedkommendes antatte oppfatninger i enkeltsaker, som er det styrende kriterium.<sup>61</sup>

Dalseide er enig i at det kan legges til grunn at til «en viss grad av kanalisering av saker f.eks. til spesielt interesserte dommere ikke kommer i strid med saklighetskriteriene som må innfortolkes i domstoloven § 19 tredje ledd, eller som eventuelt følger av det ulovfestede tilfældighetsprinsippet». Dette underbygger Dalseide med at det ikke er rettskildemessig grunnlag «for å hevde at Grunnloven, lov eller internasjonale konvensjoner oppstiller noe «tilfældighetsprinsipp» som vil kunne komme i strid med en slik fordelingsordning».<sup>62</sup> Dalseide mener at barnefordelingssaker bør «behandles av dommere som har en del livserfaring og dommererfaring».<sup>63</sup> Interesse for sakstypen

<sup>55</sup> Dalseide 2002 s.201.

<sup>56</sup> Veileder Q15/2004 s.17.

<sup>57</sup> Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.43.

<sup>58</sup> Brevik og Mevik 2012 s.126.

<sup>59</sup> Jf. Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.43, jf. NOU 1998:17 s.67 og 71. Tilfældighetsprinsippet tilsier at verken parter eller myndighet skal kunne påvirke domsutfallet ved valg av dommer i den enkelte sak. Generelt om tilfældighetsprinsippet se Bøhn 2000 s.32-33.

<sup>60</sup> Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.76.

<sup>61</sup> NOU 1998:17 s.67 og 71.

<sup>62</sup> Dalseide 2004 s.186.

<sup>63</sup> Dalseide 2002 s.203.

og empati, i kombinasjon med høy toleranse for både konflikter, væremåter og synspunkter, vil kunne være et godt grunnlag for å hjelpe partene til å finne samarbeidsløsninger. Han fremhever at det kan være grunn til å være noe tilbakeholden med å tildele dommerfullmektiger barnefordelingssaker, men dette må vurderes ut fra sakens karakter og dommerfullmektigens bakgrunn og interesse.<sup>64</sup>

Videre viser Kochs evaluering av saksbehandlingen i barnefordelingssaker fra 2008 at advokatene og de sakkyndige er varierende tilfreds med dommerens meklingskompetanse. En tredjedel av de sakkyndige mente at dommerne kun hadde kunnskaper om mekling i tilstrekkelig grad, men ikke mer. Videre mente kun halvparten av advokatene at dommerens kunnskap om mekling var gode eller tilstrekkelige. De fleste var imidlertid positive til dommerens ivaretagelse av rollen som administrator, og evnen til å håndtere overgang til hovedforhandling.<sup>65</sup> På bakgrunn av Kochs undersøkelse synes det å være behov for bedre opplæring av dommere i familiemekling i domstolene.<sup>66</sup> Dette begrunnes med at barnefordelingssaker er saker hvor mye følelser er involvert, samt at partene må forholde seg til hverandre i fremtiden. For å kunne oppnå en forutsigbar og robust avtale, er man avhengig av å ha kompetente dommere.

Ved å tildele barnefordelingssaker til enkelte dommere med erfaring og interesse for temaet vil man dermed lettere kunne oppnå robuste forlik mellom foreldrene som er til barnets beste. Dette fordi erfarne og kompetente dommere vil ha bedre grunnlag for å ivareta barnets beste, samt legge til rette for at foreldrene er bevist på dette.

Uavhengig av om man tildeler barnefordelingssakene til enkelte dommere, må dommeren under meklingen holde seg innenfor de sentrale prosessrettslige grunnprinsipper som gjelder i en domstolsprosess, herunder kontradiksjon og habilitet. Dette har også kommet til uttrykk i tvisteloven § 8-2 som i henhold til barneloven § 59 tredje ledd supplerer barneloven § 59 annet ledd når dommeren står for meklingen.

For det første fremkommer det i § 8-2 første ledd tredje punktum at dommeren ikke kan «sette fram forslag til løsning, gi råd eller gi uttrykk for synspunkter som er egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet». Bestemmelsen er ment å definere meklerrollen slik at dommeren bevarer sin habilitet i henhold til domstolloven § 108. Dette henger sammen med at dommeren under mekling skal opptre slik at han ikke inhabiliserer seg med hensyn til en eventuell pådømmelse i saken.<sup>67</sup> I de tilfeller hvor dommeren har opptrådt eller uttalt seg inhabiliserende under meklingen, skal dommeren fratruke fra den videre behandlingen. Eksempelvis vil uttalelser om dommerens generelle oppfatningen om at mødre bør få den daglige omsorgen for barna, medføre inhabilitet. Dette fordi en slik uttalelse kan oppfattes som partisk av partene. Videre er det en fare for at partene tolker dommerens uttalelser som domsprogner, og av frykt føler seg presset inn i et forlik. Slike forlik er sjelden gode, og vil dermed sjelden være til barnets beste. Det er dermed viktig at dommeren under meklingen ikke uttaler seg slik, men heller fremtrer som nøytral ved å involvere begge partene slik at de sammen kan komme frem til en løsning.

For det andre følger det av § 8-2 første ledd at dommeren ikke kan ha sær møter med partene, eller motta opplysninger som ikke kan gjøres kjent for motparten. Sær møter vil si at mekleren har samtaler med en forelder alene.<sup>68</sup> Det som fremkommer på sær møtene er konfidensielt. Av den grunn blir kontradiksjonsprinsippet brutt ettersom at dommeren har fortrolige samtaler med en part angående relevant informasjon i saken, uten at den andre parten får høre og uttale seg.<sup>69</sup> Usikkerheten og uklarheten angående hvilke opplysninger dommere får og gir, medfører at sær møter er egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet. Dette er særlig problematisk dersom dommeren senere må pådømme saken hvis det ikke inngås forlik. Dommeren må dermed ikke stille seg slik at han kan bli ansett som inhabil i henhold til domstolloven § 108.

<sup>64</sup> Dalseide 2004 s.186.

<sup>65</sup> Koch 2008 s.24-25.

<sup>66</sup> Koch 2008 s.22, 49-50.

<sup>67</sup> Jf. domstolloven § 108. Se Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.43.

<sup>68</sup> Se nærmere Vindeløv 2008 s.193.

<sup>69</sup> Kontradiksjonsprinsippet kommer til uttrykk i tvl. § 1-1 annet ledd annet punktum.

### 3.2.3 Sakkyndig som mekler eller ko-mekler

Det er ikke lovpålagt at det skal oppnevnes en sakkyndig i barnefordelingssaker. Etter barneloven § 61 nr.1 «kan» dommeren oppnevne en sakkyndig som deltar i saksforberedende møter som mekler eller ko-mekler. Retten må dermed vurdere om det er behov for spesifikk fagkunnskap, og at det kan bidra til at barnets beste blir bedre ivaretatt. I barnefordelingssaker er det ofte maktforskjell mellom partene, og fare for manipulering. Av den grunn vil det presumptivt i en del tilfeller være krevende å mekle. Særskilt interesse og erfaring hos mekleren vil kunne øke mulighetene for en god meklingsprosess og et robust forlik som er til barnets beste.<sup>70</sup> Dermed er det aktuelt å oppnevne en sakkyndig som mekler eller ko-mekler.

Det er vanlig at den sakkyndige blir oppnevnt i forkant av de saksforberedende møtene. Oppnevningen forutsetter ikke at partene får uttale seg om valget av sakkyndig, men partene skal få uttale seg om den sakkyndiges rolle.<sup>71</sup> Retten bør klarlegge arbeidsoppgavene i et uttrykkelig mandat.<sup>72</sup>

Loven stiller ikke bestemte krav til hvem som kan oppnevnes som sakkyndig, og dette er bevisst fra lovgivers side.<sup>73</sup> Av den grunn må valg av sakkyndig i den enkelte sak vurderes etter hvilken rolle den sakkyndige skal ha i saken. Det forutsettes imidlertid at den sakkyndige har særskilt kompetanse med hensyn til barnefordelingssaker, samt meklingskompetanse.<sup>74</sup> Den sakkyndige bør kjenne de særlige problemstillingene og utfordringene som gjør seg gjeldende i slike saker, både for foreldre og barn, og bør ha kompetanse knyttet til barns behov og utvikling. Av denne grunn er barnepsykologer eller barnepsykiatere egnet og ofte brukt, men også andre former for fagkompetanse kan være aktuelle.<sup>75</sup>

Den sakkyndige skal bistå dommeren med særlig faglig kompetanse for å komme frem til en løsning som er til barnets beste. Han skal dermed bidra til å realitetsorientere foreldrene og kartlegge om det er mulighet for forlik under saksforberedelsen. I tillegg til å innhente opplysninger gjennom dokumenter, samtale med foreldrene, barnet og andre som kjenner barnet, kan de også fungere som meklere mellom foreldre både under og mellom saksforberedende møter.<sup>76</sup> Det bør imidlertid fastholdes at det er dommeren og ikke den sakkyndige som styrer prosessen både formelt og reelt, selv om den sakkyndige ut fra sin kontakt, observasjon og generelle innsikt vil bidra med spørsmål, materiale, vurderinger og råd som kan bli avgjørende for hvordan saksforberedelsen forløper.<sup>77</sup>

I motsetning til når dommeren mekler legger ikke tvisteloven § 8-2 begrensninger overfor den sakkyndige når han mekler. Videre synes ikke barneloven § 61 å stenge for at den sakkyndige kan ha sær møter med foreldrene. Det fremkommer blant annet i tredje punktum at retten kan «be den sakkunnige ha samtaler med foreldra og barna og gjere undersøkingar for å klarleggje tilhøva i saka, med mindre foreldra set seg i mot dette». Dette vil ofte innebære at den sakkyndige har kontakt med hver forelder hver for seg.<sup>78</sup> Den sakkyndige må imidlertid ikke fremstå som partisk.<sup>79</sup>

Den sakkyndige har ikke taushetsplikt overfor dommeren om de forhold han er blitt gjort kjent med i eksempelvis sær møter.<sup>80</sup> Dette er noe som er problematisk ettersom dommeren mottar opplysninger som ikke kan deles med foreldrene. Sær møter med sakkyndige reiser dermed de samme problemene som sær møter med dommeren gjør. Dette kan tale for å fortolke barneloven §

<sup>70</sup> Bernt 2011 s.281-282.

<sup>71</sup> Jf. barneloven § 61 nr.1 fjerde punktum.

<sup>72</sup> Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.44 og Veileder Q15/2004 s.13-15.

<sup>73</sup> Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.42.

<sup>74</sup> Jf. § 61 sine arbeidsoppgaver for de sakkyndige. Undersøkelsen til Koch viser at flertallet av sakkyndige ikke har særskilt meklingskompetanse, se Koch 2008 s.23.

<sup>75</sup> Bernt 2011 s.283.

<sup>76</sup> Jf. barneloven § 61. Se Breivik og Mevik 2012 s.139.

<sup>77</sup> Backer 2008 s.549.

<sup>78</sup> Bernt 2011 s.289-291.

<sup>79</sup> Nylund 2011 s.309. Se også Backer 2008 s.513 og Bernt 2011 s.289-291.

<sup>80</sup> Jf. barneloven § 50 og Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.83-84.

50 annet ledd innskrenkende slik at den også gjelder særmøter med sakkyndige.<sup>81</sup> Odelstingsproposisjonen slår imidlertid klart fast at «den sakkyndige som for eksempel bistår dommeren i forbindelse med det saksforberedende møte, og deretter veileder partene og mekler mellom dem, ikke vil ha taushetsplikt overfor retten. Dette må partene gjøres kjent med i forbindelse med at den sakkyndige bistår dem».<sup>82</sup>

Foreldrene kan oppleve det som utrygt å ha fortrolige samtaler med en person som ikke har taushetsplikt til dommeren. Denne usikkerheten tilsier at spørsmålet om særmøter mellom sakkyndig og en part burde vært gjenstand for særlig regulering i barneloven. En mulig klargjøring kunne være å gi en regel som pålegger den sakkyndige taushetsplikt med hensyn til det som har funnet sted i særmøter. En slik regel vil medføre at i de tilfeller hvor den sakkyndige har særmøter med den enkelte forelder, så er det ikke dommeren men den sakkyndige som har hovedansvaret for meklingsarbeidet. Dommeren skal imidlertid påse at barnets beste blir ivaretatt. Ved at dommeren ikke skal få ta del i alle sider av meklingsprosessen, kan det stilles spørsmål om barnets beste blir ivaretatt. På en annen side er den sakkyndige oppnevnt i saken med tanke på at han har faglige forutsetninger for å kunne vurdere hva som er best for barnet. Man må dermed forutsette at barnets beste fortsatt blir ivaretatt. Taushetsplikt overfor dommeren ville imidlertid være til hinder for at den sakkyndige skal kunne være oppnevnt sakkyndig under en eventuell hovedforhandling i saken, på grunn av kontradiksjonsprinsippet.<sup>83</sup>

Avslutningsvis kan vi slå fast det er opp til dommeren hvorvidt en sakkyndig skal oppnevnes og bistå under saksforbredelsen.<sup>84</sup> Den sakkyndiges faglige kompetanse til å vurdere hva som er det beste for barnet, samt muligheten til å ha særmøter, medfører at den sakkyndige gjennom samtale og veiledning kan hjelpe foreldrene til å inngå et forlik som ivaretar hensynet til barnets beste. Av den grunn mener jeg at det er til barnets beste at en sakkyndig oppnevnes til å bistå under saksforbredelsen, enten som mekler eller ko-mekler.

### **3.3 Hvilken meklingsmetode mekleren bruker**

#### **3.3.1 Tilretteleggende contra evaluerende mekling**

I meklingsteorien skiller det mellom ulike meklingsmodeller basert på ulike forståelser av hva mekling er, hva formålet med mekling er, hvordan mekling foregår og hvilken rolle meklere skal ha.<sup>85</sup> Det snakkes gjerne om to hovedretninger; den tilretteleggende og den evaluerende.<sup>86</sup>

Tilretteleggende mekling kategoriseres som en modell hvor mekleren ønsker å hjelpe partene til å finne underliggende interesser og selv utvikle løsningsalternativer. Partene hjelpes til selv å vurdere svake og sterke sider og sannsynlige utfall av saken. Dette gjøres ved å få partene til å kommunisere bedre, samarbeide og fokusere på å løse felles problemer.

I evaluerende mekling går mekleren mer aktivt inn i prosessen, hvor hovedfokuset er å få i stand et forlik. Mekleren kan bruke taktikker som å gi uttrykk for sin vurdering av sakens sterke og svake sider, påpeke løsningsforslag, og understreke kostnader og risiko forbundet med rettergang.<sup>87</sup> Utfallet av meklingen blir ofte likt det som mekleren har antydnet som sannsynlig domsutfall. Av den grunn legges det større vekt på at mekleren skal ha kompetanse på de materielle tvistespoersmålene i saken. Dette kan fortrenge fokuset på kompetanse med hensyn til å skape god kommunikasjon mellom partene.<sup>88</sup>

I barneloven er det ikke gitt bestemmelser som fastsetter hvilken meklingsmodell mekleren skal benytte. Som nevnt i punkt 3.2.1 legger imidlertid tvisteloven § 8-2 begrensninger på hvordan

<sup>81</sup> Bernt 2011 s.289-290.

<sup>82</sup> Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.83-84.

<sup>83</sup> Bernt 2011 s.291.

<sup>84</sup> Jf. barneloven § 61 nr.1.

<sup>85</sup> Nylund 2011 s.305.

<sup>86</sup> Austbø og Engebretsen 2006 s.53.

<sup>87</sup> Blandhol 2012 s.202.

<sup>88</sup> Bernt 2011 s.65.

dommeren kan utføre meklingen. Av den grunn vil ikke dommeren ha anledning til å ha særmøter med partene, eller motta opplysninger som ikke kan gjøres kjent for motparten.<sup>89</sup> Dommeren har videre ikke anledning til å komme med løsningsforslag eller gi anbefalinger som «er egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet».<sup>90</sup> Løsningsforslag vil som regel i slike saker bryte med § 8-2. Når det gjelder evaluerende uttalelser er det en mer nyansert vurdering som beror på hvor stor del av saken det gjelder, og hvor klare forbehold dommeren foretar. Som regel kan imidlertid dommeren uttale seg om generelle forhold som hovedregler, tendenser i rettspraksis, bevisbyrdereglene, momenter som generelt har stor vekt og som trekker i den ene eller den andre retningen.<sup>91</sup> Dette er også uttalelser som kan bidra til at barnets beste blir ivaretatt. Det er imidlertid viktig at dommeren tydelig gir uttrykk for at dette er generelle uttalelser slik at partene ikke oppfatter det som domsprognoser. Begrensningene i § 8-2 medfører dermed at dommeren ikke kan følge den typiske evaluerende modellen. Den sakkyndige er derimot ikke bundet av tvisteloven § 8-2, og kan således mekle i henhold til den evaluerende modellen.

I meklingsteorien er det ulike meninger om i hvilken grad evaluering bør skje i mekling.

Nylund mener at meklerens fokus på forlik kan medføre at foreldrene opplever at mekleren presser dem til forlik, og kanskje til et forlik som de ikke selv er fornøyd med og dermed er lite villige til å etterleve. Videre mener Nylund at barnets beste kan bli tilslørt i en evaluerende mekling, særlig hvor konfliktnivået er høyt. Grunnen er at foreldre i en evaluerende mekling ofte er mindre villige til å ta opp vanskelige temaer, samt at mekleren ofte foretar evalueringen på et mangelfullt faktisk grunnlag.<sup>92</sup> Videre påpeker Nylund at det er en fare for at foreldre under evaluerende mekling vil ha hovedfokus på å overbevise mekler fremfor å bidra konstruktivt. Dette kan medføre at partene oppfører seg som om de var i hovedforhandlingen, og tar strategiske hensyn når de avgjør hvilken informasjon de skal dele med motparten og mekler.<sup>93</sup>

Austbø og Engebretsen har en mer pragmatisk holdning til evaluerende meklerrolle. De fremhever at behovet kan variere fra sak til sak, men at evaluerende meklingsaktivitet som regel bør forbeholdes særmøtene.<sup>94</sup> Dette er sterkt i strid med Kovach & Love og Vindeløv, som fremhever det som svært betenkelig når evaluerende meklingsaktivitet kombineres med særmøter.<sup>95</sup>

Kjelland-Mørdre mfl. mener at mekleren bør ha en tilretteleggende meklerrolle med en vid problemdefinisjon.<sup>96</sup> Etter deres mening bør mekler være tilbakeholdende med å komme med løsningsforslag, han bør ikke selv gi uttrykk for styrker og svakheter ved partenes argumentasjon og løsningsforslag, og han bør ikke gi domsprognoser. De fremhever at dersom meklingsprosessen går i stå på grunn av partenes urealistiske forventninger av hvilke løsninger de kan oppnå i meklingen, så kan mekleren gå over til å ha en tilretteleggende meklerrolle med en snever problemdefinisjon.<sup>97</sup> Ved å fokusere på de rettslige problemstillingene, herunder å stille spørsmål om stryker og svakheter ved saken og eventuelle løsningsforslag, kan mekleren gi partene innsikt i hva som er realistisk og motivere partene til å fortsette meklingen.<sup>98</sup>

Nordhelle inntar ikke noe uttrykkelig standpunkt med hensyn til om mekler skal ha tilretteleggende rolle, men hun fremhever at «[å] være mekler innebærer ikke å anbefale en bestemt løsning.

<sup>89</sup> Jf. § 8-2 første ledd.

<sup>90</sup> Jf. § 8-2 første ledd tredje punktum.

<sup>91</sup> Dalseide 2002 s.207.

<sup>92</sup> Nylund 2012 s.224.

<sup>93</sup> Bernt 2011 s.66.

<sup>94</sup> Austbø og Engebretsen 2006 s.53-54.

<sup>95</sup> Bernt 2011 s.66.

<sup>96</sup> Riskin presenterte i 1994 et rutenett som hjalp til å beskrive meklerens orientering barsert på to kontinuum; evaluerende-tilretteleggende og snever-vid problemdefinisjon. Han oppstilte problemdefinisjon i mekling på en skala med fire deler; 1) Litigation Issues, 2) «Business» Interests, 3) Personal/Professional/Relational Issues og 4) Community Interests. Dersom man fokuset på rettslige problemstillinger innebærer det en snever problemdefinisjon, mens dersom man også inkluderer samfunnets interesser bruker man bred problemdefinisjon. Den andre akse i Riskins gitter gjelder meklers rolle, og angir hvilke strategier og teknikker mekleren bruker for å nå sitt mål om å hjelpe partene til å ta opp og løse de problemene konflikten gjelder, jf. Bernt 2011s. 60. Se nærmere Riskin 1996.

<sup>97</sup> Kjelland-Mørdre mfl. 2008 s.101-106.

<sup>98</sup> Jf. tvisteloven § 8-2 og domstolloven § 108.



Mekleren bør også være varsom med å gi råd». Hun uttaler imidlertid at «mekleren kan for eksempel si når det gjelder avtaler der barn bor en uke hos hver av foreldrene: Mange har hatt god nytte av å la barna bytte mellom foreldrene på fredager. Da har de fått god tid til å roe seg ned hos den andre av foreldrene før skoleuken begynner. Er dette en idé som kunne være noe for dere?».<sup>99</sup> Nordhelle synes dermed å skissere at mekleren kan uttale seg generelt og i spørsmålsform, og dermed ikke gi direkte råd om hva som vil være best for de aktuelle partene. Slike uttalelser vil imidlertid kunne stimulere partene til selv å utvikle forslag til løsninger.

Vindeløv er kritisk til en slik fremgangsmåte. Hun fremhever at mekler har autoritet i kraft av sin rolle, og at det er stor risiko for at meklers forslag får en dominerende rolle i den videre prosessen. Vindeløv mener også at det er en fare for at mekleren blir oppfattet som partisk. Av den grunn mener hun at dersom mekler mener at det er riktig å fremsette egne forslag, så bør han komme med flere forslag, og ikke bare ett. På den måten kan mekleren vise partene at det finnes ulike løsningsalternativer. Videre er det mindre fare for at meklerens forslag blir løsningen.<sup>100</sup>

Bernt mener at evaluerende meklingsteknikker etter omstendighetene kan reise rettssikkerhetsmessige problemstillinger på grunn av fravær av visse sentrale prosessuelle rettssikkerhetsgarantier i mekling.<sup>101</sup> Også Vindeløv mener at når meklingen skjer i domstolsregi, blir en slik meklerrolle et rettssikkerhetsproblem.<sup>102</sup> Det overordnede poenget er at når tredjeparten tar stilling til tvistespørsmålene, må sentrale prinsipper for domstolsprosessen, som for eksempel partsoffentlighet, kontradiksjon og begrunnelsesplikt samt regler for bevisføring, komme til anvendelse. Bernt mener dermed at det bør utvises adskillig forsiktighet med å tilføre meklingsprosessen evaluerende elementer. Hun mener at problemene med evaluering ikke kan løses med et forbud, men en bevisstgjøring på farene, samt kompetanseøkning på tilretteleggende teknikker ved utdanning.

Som oversikten overfor viser er det enighet i at man som utgangspunkt bør benytte den tilretteleggende modellen, men det er uenighet i hvilken utstrekning evaluerende teknikker bør kunne brukes, og hvorvidt det er til barnets beste. De ulike forfatterne er imidlertid enige i at evaluerende mekling reiser visse problemstillinger, og det er dermed særlig viktig at mekler er seg bevisst på hvilke teknikker han bruker.<sup>103</sup>

### 3.3.2 Har valg av meklingsmodell betydning for resultatet?

Det er ulike meninger i juridisk teori om hvorvidt meklingsmodellen som blir nyttet i meklingen påvirker gjennomføring og resultatet. Særlig i familiemekling i domstolene kan det stilles spørsmål om hensynet til barnets beste blir best ivarettatt gjennom evaluerende eller tilretteleggende mekling.

Vindeløv henviser i sin bok *Konfliktmægling* til ulik forskning i USA som viser at meklingsmodellen påvirker gjennomføringen og resultatene av mekling i høy grad.<sup>104</sup>

Blandhol er uenig i dette, og mener at det er andre faktorer som er mer avgjørende for meklingsresultatet enn hvilken modell mekleren anvender. Han påpeker at det er gjort lite forskning som sammenlikner ulike meklingsmodeller og utfallet av dem. Av den grunn er det ikke så mye kunnskap om effekten av de ulike meklingsmodellene i forhold til hverandre, eller effekten av meklingsmodellvalg i forhold til andre faktorer som eksempelvis; partenes tro og forventninger, meklerens egenskaper, og relasjoner mellom parter og mekler.

I artikkelen «*Vil en tydeligere meklingsmodell føre til bedre mekling*» s. 208-211 sammenligner Blandhol meklingsforskning med psykoterapiforskning, hvor det er gjort omfattende studier på betydningen av modellvalg. Blandhol viser til at «en generelle konklusjonen etter flere tiårs forskning er at det ikke lar seg påvise nevneverdige forskjeller mellom de ulike modellene når det

<sup>99</sup> Nordhelle 2006 s.28.

<sup>100</sup> Vindeløv 2008 s.190-191 og 238-239.

<sup>101</sup> Bernt 2011 s.482.

<sup>102</sup> Vindeløv 2008 s.355-358.

<sup>103</sup> Bernt 2011 s.72.

<sup>104</sup> Vindeløv 2008 s.294-299.

gjelder evnen til å gi terapeutisk effekt». Blandhol mener at tilsvarende gjelder for mekling, ettersom det er viktige likehetstrekk mellom terapi og mekling.<sup>105</sup>

Psykologene Guldbrandsen og Tjersland er enige med Blandhol. De har blant annet skrevet: «Det er mye som tyder på at meklingsfeltet har kommet dit man står i psykoterapiforskningen ellers: Det er vanskelig å dokumentere 'komparative effekter', altså at én tilnæringsmåte er mer fordelaktig enn andre. Det dreier seg snarere om flere tilnæringsmåter som kan gi like gode resultater...».<sup>106</sup>

Blandhol påpeker imidlertid at valg av modell virker på klienten/parten ved å inspirere til håp og forventning, og på terapeuten/mekleren ved å gi faglig trygghet og selvtilit. Modellen gir også en passende forklaring på problemene og hvordan de kan overvinnnes. Etter Blandhols forståelse er det imidlertid ikke innholdet i modellen som gir slike effekter, men at man i det hele tatt bruker en modell. Videre anerkjenner Blandhol at det finnes indikasjoner på at visse modeller er bedre enn andre i forhold til å fremme visse mål i enkelte sammenhenger.

På bakgrunn av dette synes det nærliggende å legge til grunn at valg av meklingsmodell spiller liten rolle for utfallet av meklingsprosessen, men at det er andre faktorer som er mer avgjørende. En slik foreløpig konklusjon kan tjene til veiledning inntil det eventuelt kommer spesifikk meklingsrelatert forskning med andre resultater.<sup>107</sup> Det påpekes imidlertid som Nylund fremhver at man må være bevisst på at evaluerende mekling kan føre til et så sterkt forlikspress at partene inngår et forlik som de er sterkt skeptiske til.<sup>108</sup> Slike forlik vil ofte være mindre varige, og en fortsatt konflikt mellom foreldrene vil aldri være til barnets beste.

### 3.3.3 Burde man lovfeste en meklingsmodell?

Nylund mener at man vil forbedre meklingskvaliteten, samt sikre at forlikene er til barnets beste, dersom man implementerer et bestemt meklingsprogram som alle meklere innenfor en bestemt kontekst skal følge.<sup>109</sup> Hun oppfordrer lovgiver til å gjøre et valg av modell, sørge for tilstrekkelig utdanning av meklere og gi uttrykk for meklingsmodellen i regelverket.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om det virkelig er mulig å sikre en ensartet meklingspraksis i domstolene ved å lovfeste en bestemt meklingsmodell. Ved familiemekling som foregår i alle landets domstoler snakker vi om et stort antall meklere, både dommere og sakkyndige. Disse har store forskjeller i bakgrunn, temperament, stil og preferanser.

Blandhol er skeptisk til at man kan få disse til å følge samme meklingsmønster. Han mener at en «eventuell programfesting av en bestemt meklingsmodell vil støte på det som kalles implementeringsproblemer. Det er ikke tilstrekkelig for å innføre en bestemt modell at man lovfester denne. For å få effekt må man forsikre seg om at modellen også følges i praksis, og det innebærer blant annet at de personer som er involvert (meklere) forstår modellens intensjoner og elementer og lojalt følger opp disse».<sup>110</sup> For å sikre at alle meklere bruker samme meklingsmodell må man dermed utarbeide kurs hvor meklerne får kunnskap og trening i den meklingsmodellen de skal bruke. Videre er man avhengig av ulike former for kontroll og oppfølging.

I USA er det gjort forsøk på å programfeste bestemte meklingsmodeller. Et eksempel er meklingsprogrammet til det amerikanske tilsynet for saker som gjelder diskriminering i arbeidslivet (Equal Employment Opportunity Commission, «EEOC»). EEOC sitt meklingsprogram tok sikte på å bruke en tilretteleggende meklingsmodell, som alle meklerne fikk omfattende trening i. Forskerne McDermott og Obar undersøkte 645 arbeidsrettssaker meklet i dette meklingsprogrammet, i perioden 2000 til 2005. Resultatet viste at evaluerende taktikker ble brukt i nesten 50 % av sakene, men meklerne rapporterte at de kun i 24 % av sakene brukte evaluerende teknikker. Til tross for regulering og opplæring av meklere, viser undersøkelsen at man ikke hadde oppnådd en ensartet

<sup>105</sup> Blandhol 2012 s.209.

<sup>106</sup> Blandhol 2012 s.210.

<sup>107</sup> Blandhol 2012 s.211.

<sup>108</sup> Nylund 2010 s.279.

<sup>109</sup> Nylund 2010 s.282.

<sup>110</sup> Blandhol 2012 s.203.

praksis i samsvar med programmets mål, herunder tilretteleggende mekling. Videre tilsier undersøkelsen at mekleren ikke alltid er bevisst på hvilke modeller man benytter. Resultatene fra studien tyder på at det ikke er enkelt å innføre mekling etter en bestemt modell.<sup>111</sup>

En rent tilretteleggende og bred mekling eller en klart evaluerende og smal mekling er neppe målet. Som redegjørelse i punkt 3.3.2 viser har begge retninger klart sine fordeler og ulemper. Mekling er en dynamisk prosess og den konkrete meklingssituasjonen bør møtes på en fleksibel måte. Det som kan være riktig i en situasjon kan være uheldig i en annen. En dyktig mekler vil påse at barnets beste blir ivaretatt ved å bruke det som er mest hensiktsmessig i den konkrete konflikten, og på forskjellige stadier i meklingsprosessen.<sup>112</sup> Det synes dermed ikke å være et behov for at lovgiver lovfester en enkel meklingsmodell.

### **3.4 Barnets uttalerett**

#### **3.4.1 Barnekonvensjonen art.12 og barneloven § 31**

Barnefordelingssaker handler ikke om materielle goder, men levende mennesker. Den personen konflikten omhandler er barnet, men barnet er ofte ikke til stede under prosessen. Et sentralt spørsmål er dermed om barn bør være med i prosessen for å sikre barnets beste, og i så fall på hvilken måte.<sup>113</sup>

I henhold til FNs barnekonvensjon art.12 nr.1 er det en grunnleggende menneskerett for barn å få muligheten til å uttale seg. Barneloven har tilsvarende bestemmelse i § 31, som gir barnet en rett til å uttale seg i forbindelse med alle avgjørelser om deres personlige forhold fra det har fylt 7 år, tidligere ved fylte 12 år.<sup>114</sup> Dette fremgår særlig klart når man ser annet ledd i sammenheng med første ledd. Ordlyden gir ingen unntak ettersom regelen i § 31 gir «en ubetinget rett til å uttale seg».<sup>115</sup> Også i juridisk teori har det vært den alminnelige oppfatning at barnets uttalerett etter § 31 annet ledd er en ubetinget rett.<sup>116</sup>

For barn under 7 år åpner § 31 annet ledd for at «yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt» også har rett til å bli hørt før foreldrene treffer avgjørelser som gjelder barnet. Små barn vil ofte ha vanskeligheter med å forstå situasjonen, og kan ofte føle at de må velge mellom foreldrene sine. For de yngste barna vil det dermed ofte være til barnets beste ikke å bli involvert i konflikten ved å måtte komme med egne meninger. Dette må avgjøres konkret for det enkelte barn i den enkelte konflikt, og man må i hver enkel sitasjon foreta en skjønnsmessig vurdering om barnet er i «stand til å danne seg egne synspunkter».<sup>117</sup>

#### **3.4.2 Høring av barn i forbindelse med domstolens mekling i barnefordelingssaker**

Det er foreldrene som er forpliktet til å høre barnet i forbindelse med mekling, ikke dommeren.<sup>118</sup> Dommeren har imidlertid ansvar for å påse at det ikke inngås rettsforlik som påtakelig er i strid med hensynet til barnets beste. Av den grunn har dommeren som mekler ansvar for å sikre at barnet har fått mulighet til å bli hørt i prosessen, enten av foreldrene, andre eller dommeren selv.

I de tilfeller hvor dommeren mener at foreldrene kan snakke med barnet på en god måte, samt at de fortolker barnet likt, er det ingen behov for at dommeren eller andre har samtaler med barnet.<sup>119</sup> I de tilfeller hvor dommeren mener at foreldrene ikke i tilstrekkelig grad har latt barnet få uttale seg, må

<sup>111</sup> Blandhol 2012 s.204.

<sup>112</sup> Austbø og Engebretsen 2006 s.54.

<sup>113</sup> Nordhelle 2007 s.121.

<sup>114</sup> Lovendring 20.juni 2003, trådte i kraft 1.april 2004.

<sup>115</sup> Jf. Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.61.

<sup>116</sup> Smith 2004 s.225 og Sandberg 1990 s.34.

<sup>117</sup> Jf. § 31 annet ledd.

<sup>118</sup> Nordhelle 2007 s.123.

<sup>119</sup> Nordhelle 1999 s.47.

dommeren legge forholdene til rette for det, så sant barnet er gammelt nok til å forstå hva det dreier seg om. Barnet kan da høres ved at dommeren har en samtale med barnet alene på sitt kontor, og at dommeren etterpå formidler til foreldrene hva de har snakket om.<sup>120</sup> Dommeren kan også la seg bistå av en sakkyndig eller en annen egnet person som retten har engasjert for formålet.<sup>121</sup> At det er oppnevnt en sakkyndig gjør ikke at dommeren må la den sakkyndige være til stede ved en samtale som dommeren selv har med barnet.<sup>122</sup> Retten kan også la den sakkyndige ha samtaler med barnet alene, og rapportere tilbake til retten etterpå.<sup>123</sup> Ved at dommeren eller den sakkyndige får snakke med barnet alene, vil barnet ofte snakke friere uten å måtte ta hensyn til foreldrene. Sitter foreldrene i samme rom, vil barnet lett følge med på foreldrenes ikke-verbale reaksjoner og tilpasse sine uttalelser underveis til disse. Ettersom barn er svært lojale mot foreldrene sine er det større sannsynlighet for at man lykkes med å få barnets egentlige behov frem, dersom foreldrene ikke er til stede.<sup>124</sup>

Samtalen med barnet bør gjennomføres med en terapeutisk atferd, slik at barnet får en forståelsesfull og støttende opplevelse. Dette innebærer at vedkommende som snakker med barnet må ha en varm og støttende væremåte i møte med barnet. Videre er det viktig at vedkommende har nødvendig kunnskap om faktorer som kan tilsi at barnet ikke gir uttrykk for egne preferanser, samt kan gjøre vurderinger av barnets direkte meninger. Å forstå hvorfor barnet velger den ene forelderen fremfor den andre, eller hvorfor barnet endrer syn i prosessen, er viktig for den som snakker med barnet. Til tross for at vedkommende som har samtaler med barnet har tatt alle mulige forholdsregler, kan samtalen oppleves som et ubehagelig press for barnet. Det er dermed viktig at man uttrykker seg på en måte slik at barnet føler seg trygg til å fortelle om sine tanker og følelser.<sup>125</sup>

### 3.4.3 Er barnets uttalerett absolutt?

I juridisk teori har det pågått en diskusjon om forholdet mellom barnets uttalerett og hensynet til barnets beste må avveies. Etter høyesterettsdommen Rt.2004 s.811, kan det synes som om barnets uttalerett alltid må sees i lys av hensynet til barnets beste. Dommen tar stilling til om man er pliktig til å høre barnet igjen etter at det har blitt hørt på et tidligere stadium i konflikten. Ettersom det er barnets absolutte uttalerett etter barneloven § 31 generelt som tolkes innskrenkende, vil dommen være relevant for barnets uttalerett under mekling etter barnelovens regler.

Rt.2004 s.811 omhandlet endring av en dom om omfanget av samværsrett. Spørsmålet i saken var om det var en saksbehandlingsfeil at barnet på tretten år, ikke hadde fått anledning til å uttale seg i en sak for lagmannsretten om omfanget av farens samværsrett. Høyesterett kom etter en konkret vurdering til at lagmannsrettens dom ikke var beheftet med saksbehandlingsfeil, selv om utgangspunktet er en uttalerett:

«Det er ingen tvil om at utgangspunktet etter så vel barnelova § 31 som barnekonvensjonen art.12 er at C skulle høyrast. Etter mitt syn står likevel ikkje dette synspunktet så sterkt der det er tale om endring av samværsordninga i ein ny dom, som det ville ha stått ved den opphavlege prøvinga. Saka må også i alle tilfelle vurderast i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, slik det er slått fast både i barnelova og i barnekonvensjonen. Dette gjeld som nemnt også for saksbehandlinga.»<sup>126</sup>

Enstemmig legger Høyesterett med dette til grunn at hensynet til barnets beste, nærmere bestemt hensynet til å beskytte barnet slik at det ikke kommer i en vanskelig og ubehagelig lojalitetskonflikt, kan begrunne en innskrenkende tolkning av uttaleretten etter barneloven § 31.

Domsresultatet, herunder særlig hvordan det er begrunnet, har blitt kritisert i juridisk teori. Smith fremholder at domsresultatet er riktig, men at begrunnelsen strider mot lovens ordlyd, forutsetningene i forarbeidene, tidligere teori og bestemmelsen i barnekonvensjonen art.12 nr.2 . I den forbindelse viser Smith til at ordlyden i art.12 gjør det vanskelig å innfortolke et unntak i

<sup>120</sup> Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s.62.

<sup>121</sup> Jf. barneloven § 61 nr.4.

<sup>122</sup> Jf. Rt.1989.489 s.492.

<sup>123</sup> Jf. § 61 nr.4.

<sup>124</sup> Nordhelle 2007 s.134.

<sup>125</sup> Nordhelle 2007 s.131.

<sup>126</sup> Rt.2004.811 pkt.47.

barnets uttalerett. Videre viser hun til *The Implementation Handbook*, som bygger på uttalelser fra FNs barnekomite. Der fastsettes det at; «States cannot quote the best interests principle to avoid fulfilling their obligations under article 12».<sup>127</sup> Smith mener derimot at kjernen i saken er hvorvidt det i henhold til barneloven § 63 foreligger «særlige grunner» for at faren skulle få anledning til å reise ny sak om omfanget av samværsretten. I likhet med alle tre rettene mener hun at det ikke foreligger «særlige grunner» etter § 63, og at det burde vært hovedbegrunnelsen for at det i denne saken ikke var grunn til å la guten uttale seg.<sup>128</sup>

Smith sine uttalelser har i ettertid fått støtte av blant annet Haugli, som mener at barnets uttalerett ikke kan settes til side hvis barnets beste tilsier noe annet.<sup>129</sup> FNs barnekomite har identifisert barnets uttalerett som et selvstendig grunnprinsipp ved siden av hensynet til barnets beste. Dette tilsier at prinsippet om barnets beste ikke kan sette til side barnets uttalerett. Videre kan barnekomiteens uttalelse om at «there can be no correct application of article 3 if the components of article 12 are not respected», tolkes slik at komiteen mener at art.12 aldri kan fravikes.<sup>130</sup>

Det er dermed tvilsomt at Rt.2004 s.811 kan begrunne en innskrenkende fortolkning av barnets uttalerett. Høyesteretts uttalelse om at uttaleretten i «alle tilfeller» må prøves opp mot prinsippet om barnets beste, er generelt formulert. Det er imidlertid spesielle forhold ved saksforholdet i dommen som tilsier at dommen må gis begrenset relevans. Et viktig premiss for domsresultatet ser ut til å ha vært at det var kjent for domstolen hvilken mening barnet hadde i saken. Av den grunn synes det naturlig å forstå dommen slik at i alle andre saker hvor barnets mening ikke er kjent, vil barnets uttalerett stå sterkere.<sup>131</sup>

Det er klart at det vil være en stor belastning for et barn å uttale seg i en sak hvor barnet er splittet mellom sin lojalitet til sine foreldre og andre hensyn. Spørsmålet er om dette i seg selv er et tilstrekkelig tungtveiende argument for å sette til side barnets uttalerett.<sup>132</sup> Barnets uttalerett er en rett, og ingen plikt. Det er dermed en forutsetning at det gjøres klart for barnet at han/ hun ikke trenger å uttale seg. Videre legger barneloven opp til at barnet kan uttale seg om saken, uten å si noe om hva han/ hun ønsker at saksutfallet skal bli.

En samtale med barnet kan gi barnet en mulighet til å snakke fritt med en person som ikke tar parti med en av foreldrene om hvordan det opplever konflikten. Videre kan en slik samtale gi barnet en opplevelse av at det har innflytelse på prosessen og kan ta del i beslutninger som angår seg selv. Samtalen kan også ha den funksjon at meklere kan vise at han forstår barnet, og gir det en etterlengtet støtte og anerkjennelse for hvordan det takler situasjonen. Videre kan meklere gi barnet informasjon om hva som kommer til å skje fremover.<sup>133</sup> Det er imidlertid viktig at barnet får uttale seg uten at det føler press til å gi uttrykk for mer enn det ønsker.

Mange foreldre mener at de vet hva som er det beste for barnet sitt. Det er imidlertid en fare for at foreldrenes oppfatning av hva som er best for deres barn er farget av deres egne behov. Det er da meklereansvar å introdusere barnets perspektiv inn i konflikten, og få fokuset over på hva som er til barnets beste. Gjennom samtaler med barnet kan meklere bli klar over hva barnet er mest opptatt av i konflikten, og hva som må til fra forelderens side for å hjelpe barnet gjennom den vanskelige tiden. Denne forståelsen kan meklere viderefremme til foreldrene. På den måten kan meklere tjene som en brobygger mellom foreldrene og barnet, og påse at barnets interesser blir bedre ivaretatt i meklingsprosessen.

Faren med å trekke barna direkte inn i konflikten, er at små barns meninger blir tillagt større vekt enn de bør. Troverdigheten til barnets mening øker med alder og modenhet. Selv om barnet vanligvis er modent for sin alder, kan en konfliktprosess gjøre at barnet regredierer til et tidligere

<sup>127</sup> Smith 2004 s.226.

<sup>128</sup> Smith 2004 s.230.

<sup>129</sup> Haugli 2007 s.350.

<sup>130</sup> Unicefs håndbok til barnekonvensjonen 2009 avsnitt 74.

<sup>131</sup> Andersen s.40.

<sup>132</sup> Andersen s.40.

<sup>133</sup> Nordhelle 2007 s.129.

utviklingsnivå og må vurderes deretter.<sup>134</sup> Mekler må huske at barn er svært lojale mot sine foreldre, og det er lett for barn å ta hensyn til om mamma eller pappa blir lei seg hvis de sier noe den ene ikke ønsker.

Etter dette synes det klart at i de tilfeller hvor barnet er gammelt nok til å forstå hva det dreier seg om, så vil barnets beste best ivaretas ved at barnet får anledning til å uttale seg. Det er derimot ikke gitt at barnets ønske blir utfallet av et eventuelt forlik. Foreldre og ikke minst meklerin blir imidlertid mer bevisst på barnets interesser, behov og synspunkter. Dette vil ofte rette fokuset mer mot hva som er til det beste for barnet, noe som medfører at forliket er i samsvar med barnets beste.

### **3.5 Rettens rettslige plikt til å nekte inngåelse av forlik**

#### **3.5.1 Problemstilling og rettslige rammer**

Som nevnt under punkt 2.3.2 og 2.4 har retten på bakgrunn av barneloven § 48 første ledd og barnekonvensjonen art. 3 nr.1 en plikt til å påse at rettsforlikets innhold ikke kommer i strid med lovkravet «barnets beste».<sup>135</sup> Retten må også påse at barnets oppfatning er hensyntatt i henhold til barneloven § 31, hvor det kreves. Det er imidlertid en viss terskel, slik at retten ikke kan gripe inn i ethvert tilfelle der et annet forlik i større grad ville ivarett barnets beste. I henhold til juridisk teori er forutsetningen for at retten skal nekte å protokollere forliket at det påtaketlig er i strid med barnets behov.<sup>136</sup>

Konsekvensen av at foreldrene ønsker å inngå et forlik som retten ikke mener er til barnets beste, er at retten har plikt til å nekte å protokollere det. Et eksempel er RG 2001 s.1388 hvor lagmannsretten påpekte at de hadde en plikt til å påse at forliket ivaretar barnas interesser gjennom at de har rett til å bli hørt etter § 31. I foreliggende tilfelle mente lagmannsretten at barna ikke i tilstrekkelig grad hadde blitt hørt før forliket i saksforberedende møte ble inngått. Rettsforliket ble dermed opphevet.

I juridisk teori er det omdiskutert i hvilken grad retten skal gripe inn og hvilken praktisk betydning denne plikten har. En side av saken er at partenes enighet som hovedregel i seg selv vil være et gode, og som oftest lede til en løsning som er til barnets beste. Som Hov skriver, vil foreldrenes enighet skape «en egenverdi som kan være et moment som taler for å godta forliket, selv om en skulle mene at spørsmålet nok lot seg løse på en måte som var enda mer hensiktsmessig».<sup>137</sup> Hov påpeker videre at «spørsmålet om hva barna best er tjent med i seg selv vil være svært usikkert og vanskelig å avgjøre». Dette gjør at rettens kontroll med rettsforlik har liten praktisk betydning. Smith mener at dommeren av denne grunn bør være tilbakeholden med å gripe inn i et rettsforlik.<sup>138</sup>

Også Backer legger til grunn at kontrollen med rettsforlik ikke har særlig praktisk betydning «siden dommeren på forhånd vil ha øvd innflytelse på forlikets innhold, gjennom sin materielle prosessledelse, eller ved at forliket kommer som et resultat av dommerens mekling».<sup>139</sup> Backers utsagn er naturlig å tolke som at Backer legger til grunn at dommeren har inntatt en evaluerende meklerrolle, og at dommeren dermed alt har hatt innflytelse på forlikets innhold.

Uavhengig av hvilken meklingsmodell dommeren benytter, så forventes det, til tross for at dommeren ikke har ansvar for at forliket er riktig, at dommeren under meklingen forsøker å få foreldrene inn på et annet spor dersom han mener at det forliket foreldrene er i ferd å inngå ikke ivaretar barnets beste.<sup>140</sup> Det er imidlertid ikke gitt at dommeren lykkes med det. I slike tilfeller bør

<sup>134</sup> Nordhelle 2007 s.132.

<sup>135</sup> Dette er forutsatt i forarbeidene til tvisteloven, og det er bred enighet i juridisk teori, jf. Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 438, NOU 2001:32 s.725, Hov 1976 s.187-188, Smith 1980 s.526-527, Backer 2008 s.430-431, 443-444 og 513.

<sup>136</sup> Se Smith 1980 s.527 med videre henvisninger.

<sup>137</sup> Hov 1976 s.187.

<sup>138</sup> Smith 1980 s.526.

<sup>139</sup> Backer 2008 s.443.

<sup>140</sup> Som nevnt under punkt 2.3 er «barnets beste» en skjønnsnorm, hvor det ikke er et riktig svar. Dommeren må dermed foreta skjønnsutøvelsen etter beste evne. Skoghøy mener at dommeren har ansvar for å sikre at forliket er i tråd med en materiell riktig løsning av tvisten, jf. Skoghøy 2007 s.72. Se Bernt 2011 s.220-226. Hun er uenig i Skoghøys standpunkt.

dommeren avslutte meklingen og la saken behandles ved hovedforhandling og dom. Av den grunn er det lite tenkelig at en dommer vil nekte å protokollere et rettsforlik som vedkommende selv har vært mekler i. Spørsmålet er dermed i hvilke situasjoner dommeren faktisk har en plikt til å nekte å protokollere et rettsforlik.

Et praktisk tilfelle kan være at foreldrene ønsker å inngå et forlik som er i strid med en klar anbefaling fra en oppnevnt sakkyndig eller fra barnets talsperson etter § 61 nr.5. Som følge av prosessen og dommerens deltagelse i henseende, vil dommeren ha en plikt til å ikke protokollere forliket.<sup>141</sup>

I det tilfelle at dommeren protokollerer et rettsforlik som ikke er til barnets beste, oppstår spørsmålet om hvilke rettslige konsekvenser dette medfører. Hvorvidt det er en saksbehandlingsfeil som kan føre til opphevelse av forliket er heller tvilsomt. Det må være mer naturlig å se forholdet som en begrunnelse for å kreve endringssak etter barneloven § 64.<sup>142</sup>

Man kan stille spørsmål om de nye saksbehandlingsreglene har bidratt til å sette dommerens plikt til å påse at forliket er til barnets beste, i et nytt lys. Kjølberg og Johansen mener at de nye saksbehandlingsreglene har gitt dommeren økt innflytelse over sakens resultat på et tidligere tidspunkt. Av den grunn mener de at ansvaret som påhviler dommeren med hensyn til å komme frem til et riktig resultat som er til barnets beste, har økt.<sup>143</sup> De nye saksbehandlingsreglene har gitt dommeren en større regelfast rolle under saksforberedelsen. Dommeren skal aktivt ta del i saksforberedelsen ved at han på et tidligere tidspunkt vurderer behovet for sakkyndig bistand og kan administrere veiledning og mekling mellom partene. Han kan dermed gjennom sitt meklingsarbeid forsøke å påvirke forliket ved å stille gode spørsmål som får partene til å reflektere og fokusere på barnets interesser. Dommeren skal imidlertid som nevnt under punkt 3.2.1 og 3.3.1 ikke bestemme forlikets innhold ved eksempelvis å komme med løsningsforslag som kan svekke tilliten til dommerens upartiskhet. Dommeren skal heller ikke presse partene inn i et forlik de ikke ønsker. Av den grunn har ikke de nye saksbehandlingsreglene etter min vurdering medført at dommeren har et større ansvar for å komme frem til et «riktig» resultat. Dommeren har bare en plikt til å legge til rette for forlik.

Avslutningsvis kan vi slå fast at dommeren skal påse at forliket er i tråd med barnets beste, og av den grunn har han en plikt til å nekte å protokollere forlik som ikke er i tråd med det. Dette innebærer imidlertid ikke at retten skal gripe inn i ethvert tilfelle der et forlik med et annet innhold i større grad ville ivareta barnets beste. En dom kan derfor gå ut på en annen ordning enn forliketsforslaget.<sup>144</sup> Ingen vet hvor ofte dommere faktisk praktiserer denne plikten, men det er grunn til å tro at dommere på eget initiativ sjelden avviser forlik utarbeidet under familiemeklingen i domstolen.<sup>145</sup> Dette medfører imidlertid ikke at det regelmessig inngås forlik som påtakelig er i strid med barnets beste. Dommeren påvirker i stedet forlikets innhold ved hjelp av evaluering eller andre meklingsteknikker som eksempelvis gode spørsmål i løpet av meklingen. På den måten påser dommeren at forliket er i tråd med barnets beste.

<sup>141</sup> Kjølberg og Johansen 2006 s.154.

<sup>142</sup> Kjølberg og Johansen 2006 s.154.

<sup>143</sup> Kjølberg og Johansen 2006 s.153.

<sup>144</sup> Bernt 2011 s.416.

<sup>145</sup> Breivik og Mevik 2012 s.110.

## 4 Sammenligning av mekling og domstolsbehandling

Barneloven legger stor vekt på mekling. Dommeren har blant annet en plikt til å vurdere om det er mulighet for forlik, samt legge til rette for en minnelig løsning i alle faser av saksbehandlingen.<sup>146</sup> Det kan imidlertid stilles spørsmål om mekling er den beste løsningen.

Både i forarbeider til barneloven og juridisk teori er det bred enighet i at det ofte vil være til det beste for barnet dersom foreldrene klarer å bli enige om en avtale enn at retten må avsi en dom. I rundskrivet til barne- og likestillingsdepartementet ble det uttalt at;

«En langvarig tvist for domstolene vil ofte forsterke konflikten mellom foreldrene, og kan være skadelig for barnet. I de fleste saker er det best for barnet at foreldrene kommer til enighet om barnefordelingsspørsmålene, ettersom dette vil kunne virke konfliktdependende og gi bedre grobunn for det framtidige samarbeidet».<sup>147</sup>

Konfliktens karakter, intensitet og varighet vil være avgjørende for hvilken belastning konflikten blir for barnet. Ikke bare for barnet, men også for foreldrene og samfunnet er det en vesentlig interesse at så mange barnefordelingssaker som mulig kan løses gjennom samarbeid mellom foreldrene, og at barnet ikke trekkes inn i konflikten.<sup>148</sup>

Alternativet til mekling er en domstolsprosess hvor rettens oppgave er å bestemme hvilken forelder som er best egnet til å ha det faste bostedet for barnet, og deretter omfang av samvær. Reglene er basert på en forventning om at en rettslig avgjørelse kan løse problemer, og at retten har bedre forutsetning enn andre til å løse problemene i familien. Foreldrene mister dermed all selvbestemmelsesrett, og har ingen eierskap til løsningen.<sup>149</sup>

Barnefordelingssaker er såkalt delvis indispositive. Det innebærer at retten ikke er bundet av partens påstander og anførsler, samt at retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning.<sup>150</sup> Partene prøver imidlertid å overbevise dommeren om hva som er best for barnet. Dette medfører ofte angrep og beskyldninger mot den andre forelderen, og dermed øker konfliktnivået. I mekling fokuserer man derimot på hva man ønsker og på alternative løsninger, istedenfor å fokusere på å snakke den andre forelderen ned. Man har også motsetningsvis fokus på fremtiden og ikke fortiden slik man har i retten.<sup>151</sup>

Videre ser man generelt at rettsforlikene ofte er mer detaljerte, individuelt tilpasset og nyansert enn domsslutningene. Dette er trolig på grunn av stringenskravet når det gjelder domskonklusjonen, og at formen rettsforlik gir muligheter for tekstfordyping i fellesskap med partene. En detaljert avtale utarbeidet gjennom samarbeid mellom foreldrene kan i større grad enn en dom åpne for fleksible og praktiske løsninger, samt legge til rette for et godt samarbeid mellom foreldrene i fremtiden. Et forlik basert på en samarbeidsløsning kan dermed innebære en markant endring i partens måte å forholde seg til hverandre, fra strid til konstruktiv samhandling. Det er i seg selv en stor ressurs for både barn og foreldre.<sup>152</sup> Videre er foreldre erfaringsmessig mer motiverte til å etterleve et forlik som er et resultat av forhandlinger og rimelige kompromisser, enn en avgjørelse som de ikke har hatt noe innflytelse på.<sup>153</sup>

Alle forlik vil imidlertid ikke være til det beste for barnet, og en dom er da det eneste alternativet for å avgjøre konflikten. Dersom den ene parten opptrer klart urimelig, eller har et sterkt behov for å strides, vil en dom være den raskeste og beste måten å bringe en ende på rettsvisten om barnefordelingen. Det er viktig at dommeren i slike tilfeller ikke presser frem et forlik. Et forlik basert på press, vil ikke være et resultatet av reell enighet. Slike avtaler vil dermed ofte ikke være konfliktreduserende eller i tråd med barnets beste. Av den grunn må man ikke undervurdere

<sup>146</sup> Jf. barneloven § 59 annet ledd.

<sup>147</sup> Veileder Q15/2004 s.5.

<sup>148</sup> NOU 1998:17 s.16.

<sup>149</sup> Nylund 2012 s.217.

<sup>150</sup> Dalseide 2004 s.189.

<sup>151</sup> Nordhelle 1999 s.46.

<sup>152</sup> Dalseide 2002 s.200.

<sup>153</sup> NOU 1998:17 s.16-17.



dommens kurative effekt. Dersom en part i ettertid skulle bli sterkt misfornøyd med utfallet av saken, er det bedre enn at vedkommende er misfornøyd med et forlik.<sup>154</sup>

I juridisk teori har det vært diskutert hvorvidt mekling bør benyttes i alle barnefordelingssaker. Nylund mener at mekling kan være direkte skadelig i familier med høyt konfliktnivå. Hun begrunner dette med at «mekling forutsetter at begge foreldrene har god omsorgsevne, slik at barnet trygt kan være hos begge foreldre». Videre bør foreldrene kunne «prioritere barnets behov og forhandle som to relativt likestilte parter. Hvor foreldrene ikke klarer dette, risikere de å avtale løsninger som ikke er til barnets beste, men som til og med kan være skadelig for barnet».<sup>155</sup>

På en annen side vil det kun være problematisk med mekling der en forelder har mangler i omsorgsevnen dersom denne forelder ønsker og klarer å presse gjennom en løsning som vil være skadelig for barnet. Ofte vil partene ha advokater som vil kunne bidra til å realitetsorientere sin part om hvilke utfall som er sannsynlige dersom det blir hovedforhandling og dom. Videre foreligger det i en del saker utredninger fra sakkyndige eller andre bevis partene vet om, og som vil bidra til at meklingen på ingen måte frembringer løsninger i strid med barnets beste.

Av den grunn mener Nordhelle at mekling er en mulighet som bør benyttes i alle barnefordelingssaker. Hun mener at ved å tilrettelegge mekling til hver enkel konflikt kan forlik mellom foreldrene være mulig. Dette kan gjøres ved at mekler er bevisst på det eventuelle ujevne styrkeforholdet, og med ulike teknikker prøver å utjevne styrkeforholdet. Videre er det, som redegjort for i punkt 3.5.1, klart at dommeren har plikt til å nekte partene å inngå et rettsforlik som påtakelig er i strid med hensynet til barnets beste. Nordhelle er klar på at mekling ikke i alle saker medfører et forlik mellom foreldrene. Hun viser imidlertid til en undersøkelse fra 1999, som viste at foreldre som ikke hadde kommet til enighet under meklingen, likevel kunne samarbeidet bra, og at konflikten ikke hadde fortsatt i retten. Undersøkelsen viser at mekling ikke nødvendigvis medfører en avtale, men meklingen kan medføre at foreldrene har en mer konstruktiv måte å løse fremtidige konflikter på.<sup>156</sup>

Barneloven bygger på forutsetningen om at de fleste foreldre vil sine barn vel, og selv er best i stand til å finne den beste løsningen på konflikten. Det regnes som best for barnet at foreldrene er enige. Av den grunn oppfordret lovendringen i 2004 dommeren og advokatene til å vurdere om det er mulig for partene å komme frem til en minnelig løsning.<sup>157</sup> Videre viser redegjørelsen under punkt 2.2 at lovgiver tilstreber i høy grad enighet mellom foreldrene. Det må dermed anses som lovgivers oppfatning at forlik er til det beste for barnet. Av den grunn er mekling en mulighet som bør prøves i alle barnefordelingssaker.

---

<sup>154</sup> Dalseide 2002 s.201.

<sup>155</sup> Nylund 2012 s.218-219.

<sup>156</sup> Nordhelle 1999 s.47.

<sup>157</sup> Jf. barneloven §§ 59 (2) og 49.

## 5 Er den løsningen vi har i dag til det beste for barnet?

### 5.1 Koch sin evaluering av saksbehandlingsreglene til barnefordelingssaker

Koch evaluerte saksbehandlingsreglene for barnefordelingssaker på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet. Rapporten ble levert 11. februar 2008. Formålet med evalueringen var å undersøke om lovendringene av saksbehandlingsreglene i 2004 hadde virket etter lovgivers intensjon, og om endringene hadde hatt utilsiktede konsekvenser.

Rapporten viste at endringene av saksbehandlingsreglene har påvirket barnefordelingssakene i en positiv retning; saksbehandlingen er mindre konfliktdrivende, raskere, mer fleksibel og synliggjør barnets interesser og behov bedre enn tidligere. Partene har blant annet fått hjelp til å prøve ut midlertidige løsninger, samt å få fokuset mer over på barnets interesser og behov. Dette har resultert i at 2/3 av sakene som kommer opp til domstolen, ender med forlik. De nye saksbehandlingsreglene har dermed i tråd med lovgivers intensjon medført at flere foreldre kommer frem til egne avtaler. Koch mener at i de tilfeller hvor foreldrene ikke oppnår enighet, så kan man være sikrere på at barnet beste blir best ivaretatt gjennom en dom.

Rapporten viser at bruken av sakkyndige økte fra 30% av sakene i 2002 til 75% av sakene i 2005. Det synes dermed som at lovgivers intensjon om mer variert bruk av sakkyndige, og at de sakkyndige burde komme inn i saken på et tidligere stadium, er blitt oppfylt. Evalueringen viser imidlertid at det kan være problemer angående den sakkyndiges rolle som mekler, utreder og veileder. Flere av partene mente at overgangen mellom de ulike rollene var uklar, særlig når saken ikke blir forlikt og den sakkyndige skal være utreder. Ettersom man skjelden bytter sakkyndig, kan det være uklart hvilken rolle den sakkyndige har, og hvilken rolle han skal ha senere.<sup>158</sup>

De nye reglene har også negative virkninger; antall saker har økt kraftig, saksbehandlingstiden er lengre og svært personavhengig, varig konfliktreduksjon skjer relativt sjelden, i noen saker blir partene utsett for utilbørlig press, og viktig informasjon blir tilslørt i noen saker.<sup>159</sup> Etter foreldrenes vurdering er det ingen holdepunkter for at barna har fått det vesentlig bedre etter at saken ble behandlet etter de nye saksbehandlingsreglene. Det er også tvilsomt om de nye saksbehandlingsreglene har ledet til mer robuste forlik. Flere av foreldrene i undersøkelsen har uttalt at de vurderer å bringe saken inn igjen for domstolen, eller at saken alt er behandlet på nytt av domstolen.

I henhold til de vurderingene som er tatt på bakgrunn av undersøkelsen, kan det sies at de nye saksbehandlingsreglene i stor grad har virket i henhold til lovgivers intensjon. Det er imidlertid rom for forbedring. Som Koch påpeker er saksbehandlingsreglene godt egnet som ramme for konflikthåndtering og konfliktdemping, men at «det er behov for ytterligere metodeutvikling og kompetanseheving hos de profesjonelle aktørene, samt utvikling av opplysningsmateriell for private parter».<sup>160</sup>

### 5.2 Behandling av barnefordelingssaker de lege ferenda

#### 5.2.1 Kompetanseheving hos meklerne

Selv om dommere, advokater og sakkyndige mener at de behersker meklingsmetodikk, viser Koch sin evaluering at de har et lite bevisst forhold til hvordan rammene for meklingsarbeid og egen rolle påvirker det som skjer.<sup>161</sup> Få av dem har utdanning som er rettet mot barnefordelingssaker og meklingsarbeid. Ettersom det finnes ulike meklingsmodeller som bygger på hver sin forståelse av hva meklingsarbeid er og hva meklerens rolle er, medfører dette at meklingsarbeidet ofte blir vanskelig.

<sup>158</sup> Koch 2008 s.21.

<sup>159</sup> Koch 2008 s.16 og s.33.

<sup>160</sup> Koch 2008 s.52.

<sup>161</sup> Koch 2008 s.28.

Dersom man skal lykkes i de vanskeligste og kompliserte meklings sakene, er man avhengig av å styrke opplæringen av meklere.

Et alternativ kan være å opprette et eget obligatorisk kurs for mekler, samt obligatorisk etterutdannings samlinger. Et felles kurs for både dommere og sakkyndige vil gi lik forståelse av meklingsarbeidet vil dermed bli mer forutsigbart og etterprøvbart. Bedre opplæring i meklingsfaget vil forhåpentligvis også kunne hjelpe flere foreldre til bedre samarbeid.

## 5.2.2 Informasjon som forutsetning for vellykket meklingsarbeid

Videre forutsetter meklingsarbeid at foreldrene er motiverte til å arbeide for en konfliktreduksjon, og for å utarbeide en felles løsning. Det er dermed viktig at foreldrene får tilstrekkelig informasjon om hvordan de kan bidra til konfliktreduksjon, og hvordan konflikten mellom dem påvirker barnet. I dag gis informasjonen under den obligatoriske utenrettslige meklingsarbeidet. Foreldrene har imidlertid bare plikt til å møte i én time hvor hovedfokus er på meklingsarbeid. Det er dermed sannsynlig at foreldrene får mindre informasjon enn det som er ønskelig.<sup>162</sup> Barnefordelingsprosessutvalget foreslo at den obligatoriske meklingsarbeidet skulle erstattes med obligatorisk veiledning med etterfølgende frivillig meklingsarbeid.<sup>163</sup> Som Nylund påpeker kan foreldrene ha behov for informasjon for å kunne avgjøre hvilke løsninger som er mest gunstige og hvilke konsekvensene de ulike løsningene kan medføre.<sup>164</sup> For å kunne oppnå gode resultat av meklingsarbeid og forhindre at flere barn lider på grunn av foreldrenes konflikter, bør foreldrene få slik informasjon før de deltar i meklingsarbeidet.

## 5.2.3 Evalueringsrutine

I de tilfeller hvor foreldrene inngår forlik, kunne det vært aktuelt å etablere en evalueringsrutine hvor foreldre og barn etter en viss tid ble innkalt til eksempelvis familievernkontoret eller dommeren. Ved å møte familien igjen etter eksempelvis 6 måneder, og så 2 år vil man kunne evaluere om hvorvidt avtalen medførte gode bosteds- og samværsordninger for barnet. Slike evalueringstimer vil kunne kvalitetssikre at avtalen er i tråd med barnets beste, og eventuelt foreta endring dersom det er behov for det.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> Nylund 2011 s.320.

<sup>163</sup> NOU 1998:17 s.49-52.

<sup>164</sup> Nylund 2011 s.321.

<sup>165</sup> Rød 2012 s.61.

## 6 Avsluttende betraktninger

Problemstillinger rundt barnefordeling og saksbehandlingen av slike saker hvor konfliktnivået er høyt eller hvor partene har personlige problemer, er særlig utfordrende. Barnet kan i slike situasjoner bli utsett for uheldige forhold og foreldrekonflikten kan strekke seg over lang tid.

Som fremstillingen viser, medfører de nye saksbehandlingsreglene i barneloven at hensynet til barnets beste i stor grad blir ivaretatt gjennom familiemekling i domstolene, og at mekling i de fleste barnefordelingskonflikter gir et bedre resultat enn en rettskraftig dom. Det finnes imidlertid en del utfordringer som eksempelvis manglende kompetanse hos meglere og foreldre. Det første skrittet for å løse utfordringene rundt barnefordelingssaker er en allmenn bevisstgjøring av at mekling ikke er en patentmedisin, men noe som skal hjelpe partene til å kommunisere bedre og sammen utarbeide en løsning. Dette forutsetter imidlertid klare lovregler, samt gode kunnskaper og ferdigheter hos mekleren.

## 7 Kildehenvisninger

### 7.1 Litteraturliste

Andersen

Njål Wang Andersen, *Ungdoms rett til selvbestemmelse og medvirkning. Under plasseringssaken og under opphold i helse- og sosialinstitusjon*, [http://www.regjeringen.no/pages/36520908/Wang\\_Andersen\\_Ungdoms\\_rett\\_til\\_selvbestemmelse\\_og\\_medvirkning\\_helse-og\\_sosialinstitusjon.pdf](http://www.regjeringen.no/pages/36520908/Wang_Andersen_Ungdoms_rett_til_selvbestemmelse_og_medvirkning_helse-og_sosialinstitusjon.pdf), lesedato 23.03.14.

Austbø og Engebretsen 2006

Anne Austbø og Geir Engebretsen, *Mekling i rettskonflikter*, 2. utgave, Cappelen akademisk forlag, Oslo 2006.

Backer 2008

Inge Lorange Backer, *Barneloven. Kommentartutgave*, 2. utgave, Oslo 2008.

Bernt 2011

Camilla Bernt, *Meklerrollen ved mekling i domstolene*, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, Bergen 2011.

Blandhol 2012

Sverre Blandhol, «Vil en tydeligere meklingsmodell føre til bedre mekling», *Lov og Rett nr. 4 2012* s.195-219.

Breivik og Mevik 2012

Fritz Leo Breivik og Kate Mevik, *Barnefordeling i domstolen, når barnets beste blir barnets verste*, Universitetsforlaget, Oslo 2012.

Bøhn 2000

Anders Bøhn, *Domstoloven*, Universitetsforlaget, Oslo 2000.

Dalseide 2002

Nils T. Dalseide, «Barnefordelingsaker i retten; noen synspunkter på hvordan også avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste», *Bonus Pater Familias, Festskrift til Peter Lødrup, Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.)*, Gyldendal akademisk, Oslo 2002 s.191-207.

Dalseide 2004

Nils T. Dalseide, «Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20. juni 2003 – noen utvalgte problemstillinger», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2004-3/4* s.172-216.

Everett 1985

Craig Everett, «Divorce Mediation, Perspectives on the Field», *Haworth Press*, New York 1985.

Haugli 2007

Trude Haugli, «Lov om barn og foreldre», *Jussens Venner nr. 6 2007* s.325-388.

Holgensen 2008

Gudrun Holgensen, *Barnerett*, Høyskoleforlaget, 2008.

Hov 1976

Jo Hov, *Rettsforlik*, Universitetsforlaget, Oslo 1976.

Kjelland-Mødre mfl. 2008

Kristin Kjelland-Mørdre, Anne-Lise H. Rolland, Karen-Sophie Steen, Per Gammelgård & Carsten Anker, *Konflikt, mekling og rettsmekling*, Oslo 2008.

Kjølberg og Johansen 2006

Gunn-Mari Kjølberg og Sigrid Redse Johansen, *Barnefordelingstvister; håndbok i barnerettslige emner*, Fagbokforlaget, Bergen 2006.

Koch 2008

Katrin Koch, *Evaluering av saksbehandlingsreglene for domstolene i barneloven – saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær*, Oslo 2008.

Nilsen, Skipstein og Gustavson 2012

Wendy Nilsen, Anni Skipstein, Kristin Gustavson, «Foreldrekonflikt, samlivsbrudd og mekling: Konsekvenser for barn og unge», *rapport 2012:2 Folkehelseinstituttet*, <http://www.fhi.no/dokumenter/d930b9d404.pdf>, lesedato 12.02.14.

Nordhelle 1999

Grethe Nordhelle, «Mekling for barnas skyld», *Festskrift JURKs 25-års-jubileum; Før og nåbetydningen av rettshjelp, Juridisk Rådgivning for kvinner*, Oslo 1999 s. 45.

Nordhelle 2006

Grethe Nordhelle, *Mekling – Konfliktforståelse og konflikthåndtering*, Oslo 2006.

Nordhelle 2007

Grethe Nordhelle, *Mekling II; sentrale temaer i konflikthåndtering*, Gyldendal akademisk, Oslo 2007.

Nylund 2008

Anna Nylund, «Til domstolen – med barnet i fokus?», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2008-4* s.229-243.

Nylund 2010

Anna Nylund, «Meklingsmodeller i tvisteloven: terapi, tvekamp eller kreativ problemløsning?», *Lov og Rett nr. 5 2010* s.272-284.

Nylund 2011

Anna Nylund, «Mekling i barnefordelingssaker på godt og ondt», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2011- 4* s.303-323.

Nylund 2012

Anna Nylund, «Barnefordelingssaker og familier med høyt konfliktnivå», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2012- 3/4* s.215-236.

Reiter mfl. 2014

Simone Frizell Reiter, Einar Follesøy Kaldhol og Eivind Meland, «To foreldre også etter skilsmisse», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2014-1* s.59-71.

Riskin 1996

Leonard Riskin, «*Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*», *Harvard Negotiation Law Review* Spring 1996 s. 7-51.

Rød 2012

Per Arne Rød, *Barn i klem mellom foreldrekonflikter og samfunnsmessig beskyttelse*, Avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d) ved universitetet i Bergen, 2012.

Sandberg 1990

Kirsten Sandberg, *Barnets beste*, Gyldendal 1990.

Skoghøy 2007

Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, Oslo 2008.

Smith 1980

Lucy Smith, *Foreldremyndighet og barnerett*, Oslo Universitetsforlaget, 1980.

Smith 2004

Lucy Smith, «Barnets beste og barnets uttalelsesrett», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2004 nr 3-4 s.223-231*.

Torgersen 2004

Ragnhild Cathrine Torgersen, *Dommerhabilitet*, Oslo 2004.

Vindeløv 2008

Vibeke Vindeløv, *Konfliktmægling - En refleksiv model, 2. utgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag, København 2008*.

## **7.2 Lover og konvensjoner**

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

Lov 08. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven)

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

FNs barnekonvensjon, vedtatt 20. november 1989 og trådte i kraft 2. september 1990

## **7.3 Forarbeid og andre offentlige dokumenter**

NOU 1995:23 Barnefaglige sakkyndighetsoppgaver- Rolleutforming og kvalitetssikring

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

NOU 2001:32 Rett på sak

NOU 2008:9 Med barnets i fokus

Ot.prp. nr.29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv.

Ot.prp. nr.51 (2004- 2005) Lov om mekling og rettergang i sivile tvister ( tvisteloven)

Forskrift 18. desember 2006 nr. 1478 om mekling etter ekteskapsloven og barneloven

Veileder Q15/2004 Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn

Rundskriv Q02/2007 Forskrift om mekling etter ekteskapsloven og barneloven

Unicefs håndbok til barnekonvensjonen – *The right of the child to be heard*, General Comment no.12 (2009)

#### **7.4 Domsregister**

Rt.2004 s. 811

Rt.2008 s. 1466

Rt.2009 s. 225

Rt.2009 s. 454

RG 2001 s.388

EMD *Ekeberg og andre mot Norge* 31.juli 2007