

Mastergradsoppgave

JUS399

Det juridiske fakultet, universitetet i Bergen

SAKKYNDIGHET I BARNEFORDELINGSSAKER

Hvilke roller har sakkyndige i barnefordelingssaker?

Kandidatnummer: 181953

Veileder: Gudrun Hølgersen

Antall ord (inkl. fotnoter og sluttnoter): 14 838

Dato: 29.05.2011

INNHALDSFORTEGNELSE

1. INNLEDNING	5
1.1. Tema og problemstilling.....	5
1.2. Avgrensning.....	7
1.3. Rettslige kilder.....	7
1.4. Sentrale legislative hensyn i barnefordelingssaker.....	8
1.5. Metode og videre fremstilling	10
2. KORT PRESENTASJON AV NOEN UTGANGSPUNKTER	11
2.1. Gangen i en barnefordelingssak i lys av avhandlingens tema.	11
2.2. Noen særtrekk sammenlignet med andre sivile saker	13
2.3. Hvem er de sakkyndige?.....	13
2.4. Formålet med bruk av sakkyndige.....	14
2.5. Barnets beste – en rød tråd i de sakkyndiges arbeid	15
3. GJELDENDE REGLER FOR BRUK AV SAKKYNDIGE I BARNEFORDELINGSSAKER – EN GJENNOMGANG AV DE SAKKYNDIGES ULIKE ROLLER	16
3.1. Sakkyndige som ledd i barnefordelingsprosessen	16
3.1.1. Innledning.....	17
3.1.2. Sakkyndige i den tradisjonelle utrederrollen.....	17
3.1.3. Sakkyndig i saksforberedende møte.....	19
3.1.4. Sakkyndige i samtale med barnet.....	21
3.1.5. Sakkyndige i rollen som veileder	22
3.2. Sakkyndiges mandat	22

3.3.	Kort om sakkyndiges taushetsplikt.....	23
3.4.	Avsluttende kommentarer.....	24
4.	HVORDAN FUNGERER SAKKYNDIGES ROLLER I PRAKSIS?	24
4.1.	Innledning.....	24
4.2.	Hvordan vurderer dommere og advokater bruken av sakkyndige etter de nye saksbehandlingsreglene?	25
4.3.	Sakkyndiges arbeid i praksis og hva de mener er deres hovedfokus.....	27
4.4.	Rettspraksis og bruk av sakkyndige	29
4.4.1.	Innledning.....	29
4.4.2.	Rt.2010 s. 216.....	30
4.4.3.	Rt.2007 s. 967.....	31
4.4.4.	Rt.2005 s. 682.....	32
4.4.5.	LB-2010-53483	34
4.4.6.	TTONS-2009-21805	35
4.4.7.	Avsluttende kommentarer til dommene	36
5.	SAKKYNDIGE I ET RETTSSIKKERHETSPERSPEKTIV	37
5.1.	Innledning.....	37
5.2.	Hva er rettssikkerhet i en barnefordelingssak?.....	37
5.3.	Rettssikkerhetsmessige utfordringer ved bruk av sakkyndige	38
5.3.1.	Innledning.....	38
5.3.2.	Kvalitetssikring	38
5.3.3.	Overgangen mellom roller og inhabilitetsreglene	40
5.3.4.	Manipulasjon kan by på utfordringer	43
5.3.5.	Avsluttende kommentarer	44
5.4.	Hva kan gjøres for å avhjelpe de rettssikkerhetsmessige utfordringene?.....	44
6.	AVSLUTTENDE KOMMENTAR TIL AVHANDLINGEN.....	47
7.	LITTERATURLISTE.....	48

7.1. Litteratur	48
7.2. Lover og konvensjoner	49
7.3. Lovforarbeider	49
7.4. Rettspraksis.....	50

1. INNLEDNING

1.1. Tema og problemstilling

Avhandlingens problemstilling er hvilken rolle sakkyndige har i barnefordelingssaker. Barnefordelingssaker er tvister mellom foreldre ved samlivsbrudd. Det kan dreie seg om foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og/eller samvær med felles barn.¹

Formålet med avhandlingen er å drøfte og til en viss grad undersøke gjeldende saksbehandlingsregler for domstolen knyttet til sakkyndiges rolleutøvelse, både den formelle rollen ut fra dagens regler og hvordan de sakkyndige faktisk utøver sin rolle. Jeg vil også drøfte bruk av sakkyndige i et rettssikkerhetsperspektiv. I forhold til den faktiske rolleutøvelsen har jeg ikke mulighet til selv å foreta de undersøkelser som kreves for å få tilstrekkelig dekkende oversikt, dette vil bli for omfattende sett i lys av at oppgaven skrives over ett semester. Jeg vil derfor benytte evalueringsundersøkelser foretatt av andre. Drøftelsen og undersøkelsen av sakkyndiges formelle og faktiske rolle vil bli foretatt i lys av det overordnede prinsippet om barnets beste.

Mange vil mene at en skilsmisse i seg selv er skadelig for de involverte barna, og at det beste er om foreldrene bor sammen. Dette er et naturlig standpunkt, da de fleste ikke vil at familien skal splittes opp. Man kan imidlertid hevde at det egentlig ikke selve skilsmissen som er det mest skadelige for barna. Det sentrale er hvordan den blir håndtert i forhold til barna. I 2003 kom det nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker. Disse er innført i barneloven² (heretter bl.) kapittel 7. Frem til 1. april 2004 da reglene trådte i kraft ble sakene om barnefordeling behandlet etter samme regler som andre sivile saker. Reglene var spredt rundt i tvistemålsloven³, domstolloven⁴ og barneloven. Saksbehandlingsreglene i barneloven kapittel

¹ Gunn-Mari Kjølberg og Sigrid Redse Johansen 2006. Barnefordelingstvister. Håndbok i barnerettslige emner. s. 18. (Heretter Kjølberg og Johansen 2006)

² LOV-1981-04-08-7.

³ LOV-1915-08-13-6(opphøvet) Nå tvisteloven, LOV-2005-06-17-90.

⁴ LOV-1915-08-13-5.

7 er nå lex specialis i forhold til reglene i tvisteloven, men de nevnte lover er fortsatt aktuelle, jf bl.§59.

Bakgrunnen for regelendringene var at den vanlige prosessen ble oppfattet slik at den bidro til å øke konflikten mellom foreldrene. Dette var uheldig fordi det kunne ha negative konsekvenser for barna. Dermed ville man få fokuset bort fra konflikten og over på barnas interesser. Gjennom årene har tall vist at det er mange barn som berøres av foreldrenes samlivsbrudd. Årlig er det ca 10 000 barn under 18 år som opplever foreldrenes skilsmisse og enda flere opplever at samboerskap oppløses.⁵ Det er viktig at samfunnet har regler og tilbud som bidrar til at samlivsbrudd kan gjennomføres best mulig for barna. Ofte oppfattes begge foreldrene som like gode omsorgspersoner, og det er vanligvis ut fra et slikt ståsted man for eksempel skal finne frem til hvor det er best for barnet å bo når foreldrene ikke lenger skal bo sammen. Men det finnes også en del unntakstilfeller hvor den ene forelder fremstår som bedre omsorgsperson enn den andre. Det kan ha uheldige konsekvenser for et barn å havne hos det jeg i mangel av et bedre ord vil kalle ”feil” omsorgsperson.

Det betydelige antall skilsmisser med barn involvert er årsaken til at jeg har valgt å skrive om sakkyndige i barnefordelingssaker. Det er en situasjon hvor foreldrene er parter i saken, mens den eller de utfallet av saken betyr mest for, nemlig barna, ikke er part. Nettopp derfor er det viktig at det finnes regler som ivaretar barnets beste. Hvis ikke kan hensynet til barna overskygges av konflikten mellom foreldrene. Prinsippet om barnets beste skal være den røde tråden gjennom hele prosessen, helt fra saksbehandling frem til selve avgjørelsen, jf bl.§48.

Ny bruk av sakkyndige var en av de sentrale endringene i 2003. De sakkyndige er sammen med dommeren og advokaten, de profesjonelle aktørene i en barnefordelingssak for domstolen. Sakkyndige har i dag en sentral rolle disse sakene, men de har også før endringene i 2003 tatt del i barnefordelingssakene. I den tidligere bl.§41 kunne retten oppnevne sakkyndige når det ”trengst”. Dette er den tradisjonelle bruken av sakkyndige som utreder. I praksis ble sakkyndige bare brukt til å utarbeide skriftlige redegjørelser for retten, noe som ga lite rom for fleksibilitet. Hovedformålet med regelendringene er å legge forholdene mer til rette for enighet, slik at sakene ikke går så langt som til hovedforhandling. Dette krever også

⁵ Lucy Smith og Peter Lødrup. Barn og foreldre 7.utgave 2006 s. 129. (Heretter Smith og Lødrup 2006)

at de sakkyndige får andre roller, i tillegg til den tradisjonelle rollen som utreder.⁶ Endringene innebærer kort sagt at de sakkyndige kan komme inn på ulike stadier i prosessen, herunder hjelpe retten med ulike oppgaver.⁷ Dette er sett på som et tiltak som vil styrke barnets interesser og få fokuset bort fra konflikten mellom foreldrene.

1.2. Avgrensning

Avhandlingen skal konsentreres om de rettsoppnevnte sakkyndiges rolle i barnefordelingssaker. Det avgrenses dermed mot sakkyndiges rolle i andre typer saker, for eksempel sakkyndig i barnevernsaker, eller sakkyndig etter straffeloven i saker som omhandler barn. Det avgrenses også mot sakkyndige oppnevnt av partene selv, som sakkyndige vitner. Videre vil jeg avgrense mot prosessens andre profesjonelle aktører, det vil si dommere og advokater. Siden alle rettsaktørene arbeider i et samspill vil de imidlertid bli nevnt, men da med det formål å belyse de sakkyndiges rolle.

1.3. Rettslige kilder

Det rettslige utgangspunktet er som nevnt, lov om barn og foreldre,⁸ som trådte i kraft 1. januar 1982. Det er endringen av saksbehandlingsreglene i 2003 som er det sentrale.⁹ For avhandlingens tema er bl.§48, som stadfester hensynet til barnets beste, og bl.§61 om et eller flere tiltak som dommeren kan velge mellom under saksforberedelsen de sentrale bestemmelsene. Det er i bl.§61 sakkyndiges ulike roller går frem. Videre vil de generelle reglene i tvisteloven (heretter tvl.) kapittel 25 også gjelde for sakkyndige i barnefordelingssaker. Et sakkyndigbevis defineres som ”fagkyndig vurdering av faktiske forhold i saken”, jf tvl.§25-1. Tvisteloven kapittel 25 inneholder reglene om oppnevning av sakkyndige til utredningsoppdrag. Typisk er at sakkyndige foretar en vurdering av tilstanden og hendelsesforløpet med sikte på en fremtidsrettet løsning. Inhabilitetsreglene i

⁶ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv. s 35 flg.

⁷ Barneloven § 61 nr.1, 3, 4 og 7.

⁸ LOV-1981-04-08-7

⁹ Lov 20. juni 2003 nr. 40 (ikr. 1 apr.2004, etter res. 20 juni 2003 nr. 728)

domstolloven (heretter dl.)¹⁰ som gjelder tilsvarende for sakkyndige, jf tvl.§25-3(3), vil også bli nevnt.

I tillegg vil jeg benytte meg av forarbeider til barneloven¹¹ og barnerettslig litteratur hovedsakelig skrevet av jurister, men også noe skrevet av psykologer. Litteraturen er både i form av bøker og artikler. Jeg har også hatt tilgang til Camilla Bernt sitt foreløpige utkast til en artikkel om “Sakkyndige i barnefordelingssaker – vurdering av regulering og praksis opp mot grunnleggende prosessprinsipper”. Videre vil jeg også gå gjennom noe rettspraksis for å undersøke hvordan sakkyndige i utrederrollen fremstår i praksis. Rettspraksis sier ikke noe om sakkyndiges ulike roller på det saksforberedende stadiet, med mindre det i dommen refereres til sakkyndiges uttalelser under saksforeberedelsen. Av plasshensyn vil jeg bare kunne gå gjennom et fåtall dommer. Jeg har valgt å bruke flest dommer fra Høyesterett, men vil også ta med underrettspraksis fordi et flertall av barnefordelingssakene aldri går så langt som til Høyesterett. Som rettskilde har underrettspraksis lavere status enn høyesterettspraksis, men underrettspraksis vil likevel kunne være illustrerende for avhandlingens tema. I undersøkelsen av rettspraksis kommer jeg til å se på hvordan dommerens avgjørelse blir påvirket av den sakkyndiges uttalelser, og hvordan hensynet til barnets beste kommer frem i sakkyndiges vurderinger. I punkt 4.4.1 går jeg nærmere inn på utvalg og omfang av dommer som skal gjennomgås.

1.4. Sentrale legislative hensyn i barnefordelingssaker.

Jeg vil gjennomgå noen av de mest sentrale legislative hensyn i barnefordelingssaker. De legislative hensyn ligger som et bakteppe og begrunner hvorfor reglene er som de er, dermed vil de også begrunne sakkyndiges roller i saken.

¹⁰ LOV-1915-08-13-5

¹¹ NOU 1998:17. Barnefordelingssaker.(Heretter NOU 1998:17), NOU 1995:23. Barnefaglige sakkyndighetsoppgaver.(Heretter NOU 1995:23), Ot.prp. nr. 29. (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv.(Heretter Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)),Ot.prp.nr.103 (2004-2005) (endringslov) Barnelova mv. (omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.) (Heretter Ot.prp.nr.103 (2004-2005)), NOU 2008: 9. Med barnet i fokus. (Heretter NOU 2008: 9)

Det overordede hensynet er prinsippet om barnets beste, lovfestet i bl.§48. Prinsippet kommer også til uttrykk i FNs barnekonvensjon¹² Denne konvensjonen ble gjort til norsk lov ved endring av menneskerettsloven i 2003, jf.§2 nr. 4.¹³ Bestemmelsen i konvensjonens art. 3 er mer generell enn bl.§48. Det går frem av konvensjonen at barnets beste er et grunnleggende hensyn ved avgjørelser som berører barn. Selv om begge bestemmelsene slår fast at barnets beste er skal være hovedfokus, er det ikke det eneste hensynet som skal vektlegges. Dette kan leses ut fra ordlyden i bl.§48 første ledd, ”først og fremst”, og barnekonvensjonen art. 3 nr. 1 som sier at barnets beste skal være ”et grunnleggende hensyn”. Det er viktig at alle rettsaktørene har en kontinuerlig bevissthet om ansvaret for å ivareta barnets beste, og om sin egen rolleutøvelse. Jeg vil gå nærmere inn på prinsippet om barnets beste i punkt 2.5.

Et annet sentralt hensyn er å få fokuset bort fra konflikten og over på barnets interesser. Det er på bakgrunn av dette hensynet at meklingsordningen har fått en større plass, også når saken har kommet inn for domstolen. Det følger av bl.§51 at det er obligatorisk utenrettslig mekling for foreldre ved samlivsbrudd hvis de har felles barn under 16 år. Mekling bygger på det grunnleggende hensynet til partsautonomi, og må være gjennomført for at foreldrene skal kunne reise sak for domstolen, jf bl.§56 andre ledd. Men også etter at saken har kommet inn for domstolen er det fokus på å oppnå enighet hvis det er realistisk, jf bl.§59 andre ledd. Dette er grunnen til at dommeren kan velge mellom ulike virkemidler som er tilpasset den konkrete saken, jf bl.§61.

Videre er hensynet til fremdrift i saken viktig. Av hensyn til alle involverte, og da særlig barnet, er det viktig at saken ikke drar ut i lang tid. Fremdriftskravet kommer til uttrykk i bl.§59 første ledd. Bestemmelsen slår fast at saker om barnefordeling skal prioriteres i de enkelte domstolene. Hensynet til at barna ikke skal utsettes for ekstra påkjenninger tilsier at saksbehandlingen i disse sakene skjer raskt, men effektivitetsprinsippet og fremdriftshensynet må ikke gå på bekostning av grundighet av hensyn til barnets beste. Dette presiseres i

¹²FNs konvensjon om barns rettigheter. Vedtatt av De Forente Nasjoner 20. november 1989. Ratifisert av Norge 8. januar 1991.

¹³ LOV-1999-05-21-30 (menneskerettsloven) LOV 2003-08-01 nr 86: Lov om endringer i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).

forarbeidene.¹⁴ Alle de nevnte hensyn ligger bak utformingen av de nye saksbehandlingsreglene. Hensynene omfattes av det alminnelige kravet til at prosessen må være forsvarlig. Offentlighetsprinsippet gjelder imidlertid ikke i barnefordelingssaker. Det følger av dl.§125 andre ledd at disse sakene som hovedregel skal holdes for lukkede dører.

1.5. Metode og videre fremstilling

Dette er en rettsvitenskaplig avhandling og problemstillingene blir derfor drøftet ut fra en juridisk metode med utgangspunkt i de rettskildene som er nevnt i punkt 1.3. I kapittel 2 skal jeg foreta en gjennomgang av noen utgangspunkter knyttet til barnefordelingssaker. Herunder et punkt om barnets beste, siden dette er det overordede hensynet i sakkyndiges arbeid. Av plasshensyn vil det ikke bli en omfattende gjennomgang. Videre i kapittel 3 vil gjeldene regler for bruk av sakkyndige i barnefordelingssaker bli gjennomgått. Etter å ha gjennomgått de sakkyndiges formelle rolle etter barneloven og tvistelovens regler, vil jeg i kapittel 4 undersøke hvordan sakkyndiges roller fungerer i praksis. Her vil det bli benyttet allerede foretatte evalueringsundersøkelser av saksbehandlingsreglene i barnloven. Jeg vil også undersøke bruken av sakkyndige i rettspraksis, da hva den sakkyndige og dommeren legger vekt på i forhold til barnets beste og hvordan sakkyndiges vurderinger påvirker dommerens avgjørelse. I kapittel 5 vil jeg se på sakkyndiges rolleutøvelse i et rettssikkerhetsperspektiv. Her vil jeg drøfte om ny og mer fleksibel bruk av sakkyndige kan by på rettssikkerhetsutfordringer, og hvordan dette eventuelt kan avhjelpest. Tilslutt i kapittel 6 vil jeg gi noen avsluttende kommentarer knyttet til avhandlingen som helhet.

¹⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s.30

2. KORT PRESENTASJON AV NOEN UTGANGSPUNKTER

2.1. Gangen i en barnefordelings sak i lys av avhandlingens tema.

For å få en oversikt over på hvilke stadier i saken sakkyndige kan ha en rolle, skal jeg kort gå igjennom gangen i en barnefordelings sak. Alle foreldre som går fra hverandre, og har felles barn under 16 år må ”møte til mekling før det vert reist sak om foreldreansvar, kvar barnet skal bu fast eller om samvær”, jf bl.§51. For ektefeller inntreer meklingsplikten ved separasjon - eller skilsmisse. For å få separasjons- eller skilsmissetillatelse må foreldrene ha møtt til mekling, jf bl.§51 andre ledd. For samboere var det tidligere frivillig mekling, men ved lovendring 7 april 2006 ble det innført obligatorisk mekling også for samboere. Endringen trådte i kraft 1. januar 2007. Samboere trenger imidlertid ingen tillatelse til å gå fra hverandre slik som gifte foreldre. Meklingsplikten må derfor håndheves på en annen måte, nemlig ved at det er en forutsetning for å motta utvidet barnetrygd at det fremlegges meklingsattest.¹⁵

Mekling er en forutsetning for at det skal kunne reises sak om barnefordeling. Formålet er at foreldrene skal inngå en skriftlig avtale om barnefordelingen, jf bl.§52. Forsøket på å unngå at foreldrene går til sak, og forsøket på å oppnå enighet bygger på at av prinsippet om barnets beste. Utenrettslig mekling skjer på det lokale familievernkontoret, eller hos annen godkjent mekler, som kan være en psykolog eller en advokat.¹⁶ Benevnelsen *sakkyndig* brukes imidlertid når vedkommende oppnevnes av retten. Sammenliknet med bl.§61 nr.1,3, 4 og 7 som bruker uttrykket ”sakkyndig”, har lovgiver valgt ikke å bruke det om mekling utenfor rettsapparatet, jf bl.§61 nr. 2. Heller ikke i forskrift om mekling etter ekteskapsloven og barneloven¹⁷ brukes uttrykket sakkyndig om hvem som kan foreta mekling.

Hvis det ikke oppnås enighet gjennom meklingen, er neste steg at det reises sak for domstolen, jf bl.§56. Sak reises med stevning og tilsvaret etter bl.§58. Tidligere var det også

¹⁵ Lov 8 mars 2002 nr. 4 § 9(5).

¹⁶ Kjølberg og Johansen s.143.

¹⁷ Fastsatt av Barne- og likestillingsdepartementet 18. desember 2006 med hjemmel i lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap § 26 og lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) § 51. Endret ved forskrift 8. des. 2007 nr. 1422.

mulig med administrativ behandling hos fylkesmannen, men dette er ikke lenger et alternativ.¹⁸ Selv om det blir rettssak er fokuset på å oppnå enighet fremtredende. Det følger av bl.§59 andre ledd at dommeren skal vurdere om forlik er mulig på ethvert trinn av saken. Saksbehandlingsreglene stiller krav til at dommeren målrettet styrer og ivaretar fremdriften i barnefordelingssakene. Dette er i samsvar med tvistelovens krav til aktiv saksstyring fra dommeren, herunder aktiv veiledningsplikt, jf tvl.§11-5. Hovedforhandling skal i utgangspunktet berammes så fort som mulig, jf bl.§59 første ledd, men den kan utsettes i påvente av tiltak som ledd i saksforberedelsen, jf bl.§61. Det er sakkyndiges roller under saksforberedelse og hovedforhandling som er avhandlingens tema. De sentrale bestemmelsene er bl.§61, nr. 1, 3, 4 og 7. Disse omhandler bruk av sakkyndige i ulike roller både på det saksforberedende stadiet og under hovedforhandlingen. Etter nr.1 kan sakkyndige oppnevnes for å delta som mekler mellom partene og medhjelper for dommeren i saksforberedende møte. Sakkyndige kan også ha rollen som tradisjonell utreder til hovedforhandling etter nr. 3. Videre kan retten også oppnevne sakkyndig til å ha samtaler med barnet og som veileder ved utprøving av midlertidige ordninger, jf. nr.4 og nr.7. Felles for alle rollene er at sakkyndiges hovedoppgave er å bistå dommeren med særskilt faglig kompetanse. Saken ender med et forlik eller en dom. Sakkyndiges rolleutøvelse kan være av sentral betydning både for prosessens forløp og resultat.

Tilslutt kan det for sammenhengens skyld nevnes at retten også har andre alternative tiltak under saksforberedelsen, jf bl.§61 nr.2,5,6 og 8. Dette innebærer henholdsvis å henvise partene til utenrettslig mekling, og/eller i særlige tilfeller oppnevne advokat til å representere barnets interesser i saken. Verken barnet eller representanten har imidlertid partsrettigheter. Det kan det om nødvendig innhentes uttalelse fra barnevernet og sosialtjenesten, jf nr.6. Etter nr. 8 kan retten velge å avsi dom uten hovedforhandling hvis partene samtykker og retten anser det som forsvarlig. Det følger av forarbeidene at ”(...)bestemmelsen kan f.eks. komme inn hvor saksforberedelsen har avklart de faktiske forhold på en tilfredsstillende måte og partenes anførsler ellers er kommet til rettens kunnskap.”¹⁹

¹⁸ Ot.prp nr.29. (2002-2003) s.65–67.

¹⁹ Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) s.90

2.2. Noen særtrekk sammenlignet med andre sivile saker

Sivile saker er tradisjonelt preget av rettsferdighets- og fordelingsfokus. For eksempel i saker med en materiell tvistegjenstand blir det tale om en "(...)avveining mellom ulike interesser som kan ha forskjellig grad av legitimitet, og hvor man derfor kan finne en eller annen delingsnøkkel."²⁰ Barn kan ikke deles i seg selv. Det handler om å fordele foreldrenes tilgang på tid med barnet og fordeling av barnets tid med foreldrene. Barnefordelingssakene står derfor i en særstilling i forhold til andre sivile saker. Det overordende kriteriet er hva som er til barnets beste. Begrepet er svært skjønnsmessig, og krever mer enn juridisk kunnskap, da avgjørelsen i større grad forutsetter psykologisk kunnskap og forståelse for barns behov. Behov for empati og en løsningsorientert holdning kommer sterkere frem i disse sakene enn i sivile saker generelt. Et annet særtrekk er at avgjørelsen dreier seg om en fremtidig ordning for barnet. Det er ikke en dom knyttet til tidligere forhold, selv om fortiden dels er grunnlaget for hvilken ordning man velger for fremtiden. I fremtidsrettede avgjørelser som er så viktig for barnets liv, er hensynet til rettssikkerheten særlig tyngende. Om det finnes rettssikkerhetsmessige utfordringer ved bruken av sakkyndige skal jeg drøfte i kapittel 5. Videre er det et særtrekk at foreldrene har partsstatus, og ikke barnet som avgjørelsen faktisk dreier seg om.

At en barnefordelingssak på noen områder skiller seg fra andre sivile saker, er en del av grunnen til at saksbehandlingsreglene ble endret. De sakkyndige har fått en mer sentral rolle i barnefordelingsprosessen.

2.3. Hvem er de sakkyndige?

Hvilken bakgrunn må en sakkyndig i en barnefordelingssak ha? Spørsmålet må ses i sammenheng med hva som er formålet med bruken av sakkyndige.²¹ Formålet er å ivareta barnets beste på en bedre måte og få mer barnefaglig kunnskap inn i domstolene. I "Veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernsaker for barnevernstjenesten og

²⁰ Knut Rønbeck. Dommerrollen i barnefordelingssaker s. 534. Lov og rett nr. 9, 2007.

²¹ Se punkt 2.4.

fylkesnemnda og domstolen”²² er sakkyndig definert slik i innledningen: ”Med sakkyndig menes i dette heftet en person som ikraft av utdanning, oppøvde ferdigheter eller erfaring forventes å ha kunnskap om et spesifikt fagområde ut over det som kan regnes som allmennkunnskap. Hans/hennes kompetanse er samtidig tilstrekkelig til at systemet, offisielt/rettslig, har tillit til den sakkyndiges faglig funderte mening om et forhold eller faktum innen sitt ekspertområde.”(min kursivering)

Definisjonen gjelder i utgangspunktet bare for barnevernsaker, men den fremstår likevel som så generell at den vil ha overføringsverdi til spørsmålet om hvem de sakkyndige er i en barnefordelingssak. I NOU 1995:23 ble det uttalt at ”rollen som sakkyndig er å forstå som *utøvelsen av en profesjonell ekspertise innen for en bestemt sammenheng.*”²³(min kursivering.) Som både teori og praksis viser er det ofte psykologer med spesiell kompetanse innen barnepsykologi, men også sosionomer eller leger, kan være sakkyndige.

2.4. Formålet med bruk av sakkyndige

Formålet med bruk av sakkyndig henger sammen med det hensynet til barnets beste, jf bl.§48. Den sakkyndige skal bistå med barnefaglig kunnskap i domstolen. Dette må sees i lys av formålet bak endringen av saksbehandlingsreglene, nemlig fokuset på at foreldrene skal komme til enighet. Sakkyndige skal hjelpe foreldrene å komme til enighet og få fokuset bort fra konflikten og bidra til opplysning av saken. I forarbeidene uttales det at nye”(...)arbeidsmodeller, hvor sakkyndige bistår foreldrene i en prosess for å komme frem til en avtale, kan i større grad bidra til forsoning og fremme samarbeid mellom foreldrene.”²⁴De sakkyndige spiller en viktig rolle i forhold til å få foreldrene til å føle mestring i forhold til å ha kommet frem til en avtale etter eget valg, samtidig som sakkyndige fortsatt kan foreta tradisjonelle utredninger hvis foreldrene ikke kommer til enighet under saksforberedelsen, jf bl.§61 nr.3.

²² Barne- og likestillingsdepartementet. Veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernsaker for barneverntjenesten, fylkesnemnda og domstolen (Q-1158) 2009.

²³ NOU 1995:23 s. 8

²⁴ Ot.prp nr. 29 (2002-2003) s. 40.

2.5. Barnets beste – en rød tråd i de sakkyndiges arbeid

Å fremheve prinsippet om barnets beste i en egen bestemmelse, jf bl.§48, var det mest sentrale punktet ved endringen i 2003. Det må understrekes at dette ikke er noe nytt prinsipp, men nå er det slått fast at det skal være styrende både for saksbehandlingen og innholdet i selve avgjørelsen. Prinsippet om barnets beste gjelder for alle aktørene i saken, dermed også for sakkyndige. Av plasshensyn blir det ikke en omfattende gjennomgang av innholdet i barnets beste.

Det følger av bl§48, første ledd at avgjørelser "(...) om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast og om samvær, og handsaminga av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet". Bestemmelsen angir den overordnede materielle og prosessuelle norm i barnefordelingssaker. Prinsippet følger også, som nevnt i punkt 1.4 av FNs barnekonvensjon art. 3. En sakkyndig og en dommer har to forskjellige profesjoner, og de skal arbeide sammen mot et felles mål. Slik jeg ser det kan eventuelle ulikheter mellom profesjonene være en styrke når det gjelder å finne frem til barnets beste.

Ordlyden "først og fremst" viser at også andre momenter kan komme inn i vurderingen, men at barnets beste er overordnet. Hva som faktisk er til barnets beste blir en konkret vurdering i hver enkelt sak. Det er ikke en typisk rettslig problemstilling med klart angitte vilkår, men et vurderingstema som krever innsikt i det enkelte barnets behov.

I barnefordelingssaker er fokuset for både dommer og sakkyndig på fremtiden. Barnets beste skal være styrende i en slik fremtidig prognose. I veiledningen fra Barne- og familiedepartementet fremgår det at endringen av saksbehandlingsreglene ikke forandrer retningslinjene for vurdering av barnets beste. Det uttales at fortsatt "(...)gjelder det innhold som rettspraksis og juridisk teori har lagt i begrepet."²⁵ Høyesterettspraksis har gitt uttrykk for en del momenter som kan inngå i helhetsvurderingen. Det legges blant annet vekt på risikoen ved miljøskifte(status quo), barnets ønsker, mest mulig samlet foreldrekontakt, følelsesmessig tilknytning til hver av foreldrene, tilknytning til søsken, stabile forhold i hjemmet og

²⁵ Barne- og familiedepartementet "Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn" s.12 (Heretter Veileder Q-15/ 2004)

fremtidige omsorgsmuligheter.²⁶ Hva som blir avgjørende kan være forskjellig fra sak til sak. Dommen i seg selv har liten prejudikatverdi, men er en viktig kilde til generelle utgangspunkter og momenter i den konkrete vurderingen. At loven ikke gir anvisning på hva som skal ligge i en vurdering som er så sentral, kan etter min mening føre til manglende forutberegnelighet. Spørsmålet om kriteriet barnets beste bør defineres nærmere er tatt opp i NOU 2008:9 ”Med barnet i fokus”, men jeg går ikke nærmere inn på dette.

I bl.§48 andre ledd går det frem at barnet ”ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare.”Hvis barnet blir utsatt for slik behandling, vil det også etter første ledd være klart at dette ikke er til barnets beste. Det følger av forarbeidene at hensikten ”(...)med tilføyelsen i andre ledd er å sikre at alvoret i skadevirkningene barnet kan bli påført gis tilstrekkelig oppmerksomhet.”²⁷ I saker med vold og/eller overgrep vil det også være en ekstra rolleutfordring for de sakkyndige i forhold til å ivareta barnets beste. Den sakkyndiges arbeid vil alltid ha som mål å finne frem til barnets beste, og i tilfeller hvor det dreier seg om vold og overgrep vil denne rollen bli enda mer fremtredende, samtidig som rollen som konfliktløser vil tre litt i bakgrunnen. Ved mistanke om voldsbruk for eksempel fra en av foreldrene, står man ikke lenger overfor den situasjon med valget mellom to like gode omsorgspersoner. Dette byr på store utfordringer både for både dommer og sakkyndig. Vold og vurdering av fare krever spesiell kunnskap. Det er nødvendig med kunnskap om voldens alvorlige effekt på barns liv og utvikling, noe som gjelder både når barnet er direkte utsatt for vold og når de er vitne til volden. Familievold ødelegger barnets grunnleggende opplevelse av trygghet.

3. GJELDENE REGLER FOR BRUK AV SAKKYNDIGE I BARNEFORDELINGSSAKER – EN GJENNOMGANG AV DE SAKKYNDIGES ULIKE ROLLER

3.1. Sakkyndige som ledd i barnefordelingsprosessen

²⁶ Op.cit. s.12.

²⁷ Ot.prp.nr.103 (2004-2005) s. 56.

3.1.1. Innledning

Den generelle bestemmelsen for oppnevning av sakkyndige følger av tvl.§25-2. Men ettersom bl.§61 nr. 1, 3, 4 og 7 har egne bestemmelser som omhandler oppnevning av sakkyndige i barnefordelingssaker, vil jeg fokusere på disse. Noen steder vil det likevel bli aktuelt å trekke inn de generelle reglene.

Det er saksforberedende dommer som skal bestemme hvilke tiltak som skal iverksettes under saksforberedelsen, om, og i så fall i hvilken rolle sakkyndige skal oppnevnes. Bruk av sakkyndige i ulike roller er en del av tiltakene retten kan benytte.

Som nevnt forutsetter en forståelse av barnets beste at man har både innsikt og kunnskap om barn. Sakkyndige vil kunne ha stor innflytelse over hva som anses som barnets beste i det konkrete tilfellet. Retten har mulighet til å oppnevne sakkyndige på ulike stadier, og saksbehandlingsreglene åpner for en hyppig bruk av sakkyndige på et tidlig stadium i prosessen.

Vi befinner oss på det stadiet i prosessen hvor foreldrene ikke kom til enighet etter den obligatoriske meklingen etter bl.§51. Saken har nå kommet inn for domstolen, jf.bl.§56. Barne- og familiedepartementet uttalte i odelstingsproposisjonen at de ulike rollene de sakkyndige får med de nye saksbehandlingsreglene tilsier "(...)mer variert bruk av fagkompetanse(...)"²⁸ enn tidligere. Dels bistår de sakkyndige med å finne ut av hva saken *egentlig* dreier seg om, og dels bidrar de med oppfølgende og veiledende arbeid i og mellom rettsmøtene. Det er nå større fokus på den sakkyndiges rolle som konfliktløser, ikke bare som utreder med tanke på en hovedforhandling. Dommeren har imidlertid ingen plikt til å sette i verk noen av tiltakene i bl.§61 nr.1-8. Den sakkyndige kan både ha en utrederrolle, en meklerrolle, og/eller en veilederrolle/hjelperrolle. Rollene har prinsipielt ulikt innhold, men alle har barnets beste som rettesnor.

3.1.2. Sakkyndige i den tradisjonelle utrederrollen

²⁸ Ot.prp. nr.29 (2002-2003) s.43.

Utrednerollen innebærer at den sakkyndige skal "(...)foreta en utredning av de psykologfaglige problemstillingene som partenes anførsler i saken medfører og utarbeide en skriftlig erklæring til bruk i forbindelse med hovedforhandlingen."²⁹ Selv om saksbehandlingsreglene nå fokuserer mest på den sakkyndige som konfliktløser i en mekler- eller veilederrolle, er den tradisjonelle rollen som utreder ikke borte.

Det er kanskje utrednerollen man først tenker på når det er snakk om bruk av sakkyndige i domstolen, og det er utrednerollen de generelle bestemmelsene i tvisteloven kapittel 25 dreier seg om. Utrednerollen har den sakkyndige alltid hatt. En sentral problemstilling her er *når* sakkyndige bør oppnevnes til å foreta en utredning. Det følger av bl.§61 nr.3 at "retten bør når det trengst oppnevne sakkunnig til å uttale seg om eitt eller flere av dei spørsmåla saken reiser". Ordlyden viser at man må over en nødvendighetsterskel for å oppnevne sakkyndig i den tradisjonelle utrednerollen. Å foreta en sakkyndig utredning er ofte en tidkrevende prosess. Dommeren må foreta en vurdering av behovet for sakkyndig utredning i den konkrete saken opp mot hensynet til sakens fremdrift. Avgjørelsen om å ikke oppnevne sakkyndig etter bl.§61 nr. 3 kan ankes, jf bl.§62. Avgjørelsen i Rt.2000.487 gjaldt oppnevning av sakkyndig etter tidligere bl.§41, som også hadde vilkåret "trengst". Kjæremålsutvalget uttaler at det må foreligge "særlig behov for sakkyndig bistand for at sakkyndige skal oppnevnes."³⁰ Det ble lagt vekt på at oppnevning av sakkyndig var viktig for å få vurdert barnas følelsesmessige tilknytning til hver av foreldrene. Dette veide i den konkrete saken tyngre enn at sakkyndig utredning ville medføre en kortvarig forsinkelse. I Rt.2000.314 ble det ikke ansett nødvendig å oppnevne ny sakkyndig i ankesaken, fordi flere vitner skulle forklare seg om forholdet mellom barnet og foreldrene, og det var avlagt sakkyndig rapport for byretten. Dalseide uttaler i sin artikkel om saksbehandlingsreglene i barnefordelingssaker at dersom "(...)de opplysninger den sakkyndige antas å kunne frembringe, kan anskaffes på annet vis, er utgangspunktet at sakkyndige ikke skal oppnevnes."³¹ Retten har med andre ord ingen plikt til å oppnevne sakkyndig selv om en eller begge partene krever det. Bl.§61 nr. 3 er en videreføring av tidligere gjeldende rett.³²

²⁹ Veileder Q- 15/2004. s.13

³⁰ Rt.2000.487 s. 489.

³¹ Dalseide, Nils.2004. Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20.juni 2003 – noen utvalgte problemstillinger s. 206 (Heretter Dalseide 2004)

³² jf.tidligere bl.§41.

Etter lovendringene i 2003 er det forutsatt fra lovgivers side at retten skal være mer tilbakeholdne med bruk av sakkyndig i den tradisjonelle utrederollen³³. Det skal begrenses til de mest kompliserte sakene fordi en utredning krever mye tid og penger. En sakkyndig utredning kan være nødvendig for eksempel når det er lite håp om at partene skal komme til en minnelig løsning. I odelstingsproposisjonen uttaler barne- og familiedepartementet at enkelte saker ikke er egnet til en forhandlingsbasert løsning. ”Dette gjelder særlig saker hvor det er problemstillinger knyttet til vold, rus eller seksuelle overgrep, partene ikke er likestilt eller en eller begge atferd preges av personlighetsforstyrrelser eller annen psykopatologi. Saker der minst en av partene er uforsonlig innstilt eller der en eller begge har en annen kulturbakgrunn antas også å egne seg best for ordinær rettsbehandling.”³⁴ Partene skal uansett ikke føle seg presset til enighet, da dette ikke vil føre til en varig reduksjon av konflikten.

Hvis retten vurderer det som nødvendig med et utredningsoppdrag foretar sakkyndige for eksempel hjemmebesøk og samtaler med foreldrene og barna. Rapporten fra utredningsarbeidet skal sendes til partene og retten før hovedforhandling. Deretter møter som hovedregel den sakkyndige i retten under hovedforhandlingen og redegjør for innholdet i rapporten, jf. tvl.§25-5(3).

3.1.3. Sakkyndig i saksforberedende møte

Det følger av bl.§61 nr.1 at retten som hovedregel skal kalle inn partene til et saksforberedende møte. I barnefordelingssaker har saksforberedende møte har fått en mer fremtredende plass enn tidligere, noe som skyldes lovgivers fokus på at partene skal komme til enighet. Det saksforberedende møtets intensjon er å ”klarleggje tvistepunkta [mellom partene], drøfte vidare handsaming av saka og eventuelt mekle mellom partane.” jf bl.§61 nr.1, første punktum. Det er også møteplikt for partene, jf tvl.§23-1. Det er imidlertid ikke plikt til å ha saksforberedende møter hvis det er grunn til å tro at det ikke er egnet til å forbedre avgjørelsesgrunnlaget. Sakene som ikke vil egne seg for en minnelig løsning er eksempel her, jf. punkt 3.1.2.

³³ Kjølberg og Johansen s.218.

³⁴ Ot.prp. nr.29 (2002-2003) s.41.

Retten kan ”oppnemne ein sakkunnig til å være med i dei saksførebuande møta”, jf bl.§61 nr.1 andre punktum. Denne delen av reglen var ny i 2003. Formålet med å trekke inn sakkyndig så tidlig i prosessen er ønsket om at foreldrene skal komme til en avtaleløsning.³⁵ Bestemmelsen er basert på en prøveordning som ble iverksatt ved Indre Follo tingrett.³⁶ Barnefordelingsprosessutvalget uttaler i odelstingsproposisjonen at ”Formålet med prosjektet er at domstolen ikke skulle være en kamparena, men et samarbeidsforum for partene.”³⁷

I saksforberedende møte har den sakkyndige en meklende rolle, som er noe annet enn rollen som utreder. Mekling innebærer at en utenforstående tredjeperson forsøker å få to parter med motstridende interesser til å komme til en felles løsning. I barnefordelingssaker er det dommeren og sakkyndige som skal hjelpe foreldrene med å komme til en avtale om barnefordelingen. Sammenliknet med oppnevning til utrederrollen, er det en lavere terskel for å oppnevne sakkyndig etter §61 nr.1, ordet ”trengst” er ikke benyttet for å sette en terskel her. Dommeren står dermed relativt fritt til å oppnevne sakkyndig til saksforberedende møter. Dommerens avgjørelse på dette punktet kan ikke ankes, jf bl.§62 første punktum.

Saksforberedende dommer kan også be den sakkyndige ha ”samtaler med foreldra og barna og gjere undersøkingar for å klarleggje tilhøva i saka” jf bl.§61 nr.1, tredje punktum. For at sakkyndige skal kunne foreta slike undersøkelser må foreldrene samtykke, noe som ivaretar kravet til forsvarlig rettergang som grunnleggende prosessuelt prinsipp. Hvis foreldrene samtykker er det retten som bestemmer hva slags undersøkelser som skal foretas. Sakkyndige kan også ha samtaler med foreldrene før det saksforberedende møte.³⁸ Det er forutsatt i forarbeidene at sakkyndiges undersøkelser for eksempel kan bestå av samtaler med personell i barnehage, skole eller liknende.³⁹ Dette er sentrale areaer i barnets hverdag, som kan bidra med verdifull kunnskap i forhold til å finne frem til barnets beste. Sakkyndige skal i sin meklende rolle legge til rette for kommunikasjon og forhandlinger mellom foreldrene, samtidig som det bidrar til opplysning av saken.

³⁵ Ot.prp. nr.29 (2002-2003) s.88.

³⁶ Op.cit. s.37

³⁷ Op.cit. s.36

³⁸ NOU 1998:17 s.100

³⁹ Ot.prp. nr.29 (2002-2003) s.37

3.1.4. Sakkyndige i samtale med barnet

Det følger av bl.§61,nr.4 at dommeren ”kan gjennomføre samtalar med barnet, jf.§ 31” Bestemmelsen må, som ordlyden viser, sees i sammenheng med bl.§31 som omhandler barnets rett til å si sin mening. Bl.§31 ble endret i 2003 for å komme mer i samsvar ordlyden i FNs barnekonvensjon art 12.⁴⁰ Innholdet i bestemmelsen om barnets rett til å si sin mening i saker som angår barnets personlige forhold, går jeg ikke grundigere inn på her.

Hvem som skal ha samtale med barnet er opp til saksforberedende dommer å bestemme. Det følger av bl.§61 nr.4 andre punktum at retten kan oppnevne ”sakkunnig eller annan eigna person til å hjelpe seg, eller la ein sakkunnig ha samtale med barnet aleine”. Den sakkyndige kan altså bistå dommeren med å høre barnets mening, eller foreta samtalene alene.

Sakkyndige med sin barnefaglige kunnskap vil bidra til å klargjøre barnets selvstendige mening. Hvor sentral barnets mening er i vurderingen av barnets beste avhenger av barnets alder og modenhet. Barnet har ubetinget uttalerett fra fylte 7 år, jf bl.§31 andre ledd Departementet antar i odelstingsproposisjonen at det i ”(...)mange saker, særlig i forhold til de yngste barna, og i saker hvor det foreligger spesielle forhold, vil være naturlig å oppnevne en sakkyndig med det mandat å klargjøre barnets eventuelle preferanser etter bl.§31.”⁴¹ Hovedpunktene i det barnet sier bør fremgå skriftlig, men den som foretar samtalen må vurdere konkret hva som skal videreformidles. Opplysningens karakter og betydning for barnets beste vil være avgjørende. Dalseide uttaler i sin artikkel at det ”(...)må foretas en individuell og konkret avveining av hva som prosessuelt sett er til barnets beste på den ene side og de alminnelige forsvarlighets- og kontradiksjonshensyn i [tvisteloven] og EMK, jf prinsippet i bl.§59 tredje ledd på den annen side.” ”Slik loven er formulert taler det meste for at hensynet til hva som er best for barnet som hovedregel må gå foran forsvarlighets- kontradiksjons- og opplysningshensynet.”⁴² Slik jeg ser det refererer den siste setning til formuleringen i bl.§48, som slår fast at barnets beste skal være overordnet. At foreldrene skal få imøtegå opplysninger som kommer frem er en sentral del av forsvarlighetsprinsippet, men

⁴⁰ Op.cit.s.81.

⁴¹ Op.cit. s.62

⁴² Dalseide, 2004 s.209.

hvis videreformidling ikke er til barnets beste i det konkrete tilfellet, må det i en barnefordelingssak vike for hensynet til barnets interesser.

3.1.5. Sakkyndige i rollen som veileder

Retten kan også oppnevne sakkyndige hvis partene skal prøve ut en midlertidig avtale om barnefordelingen, jf bl.§61 nr. 7. ”Retten kan oppnemne ein sakkunnig eller annan eigna person til å rettleie foreldra i prøvetida” jf. andre punktum. Denne bestemmelsen var også ny med endringen i 2003. Bakgrunnen var at foreldre som er usikre på løsningen får en mulighet til å prøve ut ordningen, og med det ha en bedre mulighet for en godt fungerende avtale som er til barnets beste⁴³. Ordningen forutsetter samtykke fra begge foreldrene, og da er det viktig at den veiledende sakkyndige er en begge partene har tillit til. I NOU 1998:17 er det uttalelser om hva som vil være den sakkyndiges oppgaver i en veiledende rolle: ”(...)gi partene råd om hvordan de best kan få avtalen til å fungere, og veilede og følge opp partene for om mulig å få til et bedre samarbeidsklima mellom dem.”⁴⁴ At den sakkyndige hjelper til på veien mot en godt fungerende avtale, er samtidig en ivaretagelse av barnets interesser.

3.2. Sakkyndiges mandat

Mandatet er rettens definerings av sakkyndiges arbeidsoppgaver. Det følger av tvl.§25-4 at retten skal fastsette ”hva den sakkyndige skal utrede, og gir de nødvendige instruksjoner. Retten kan pålegge partene å utarbeide forslag til mandat for de sakkyndige”. Ut fra ordlyden kan det stilles spørsmål om utforming av mandat først og fremst er knyttet til den tradisjonelle sakkyndighetsrollen, siden tvistelovens regler knytter seg til denne. De nye rollene er mer også konkretisert i lovteksten slik at det kan stilles spørsmål om det er nødvendig med mandat her. Barnefordelingsprosessutvalget uttalte i NOU 1998:17 at mandatet er av vesentlig betydning for utrederrollen.⁴⁵ Men selv om de nye rollene er mer konkretisert i lovteksten, er det likevel behov for et mandat, f.eks. om hva som er sakkyndiges oppgave i det

⁴³ Ot.prp. nr.29 (2002-2003) s.45.

⁴⁴ NOU 1998:17 s.102.

⁴⁵ Op.cit. s. 52

saksforberedende møte, og hva det mer konkret skal veiledes om. Departementet uttalte i odelstingsproposisjonen at ”(...)bevissthet rundt mandatet er viktig uansett hvilken form for sakkyndig bistand som benyttes. På den måten kan man klargjøre den sakkyndiges rolle og målrette prosessen.”⁴⁶ Når den sakkyndige har klart definerte oppgaver, er det også enklere å ivareta barnets interesser.

Det følger verken av reglene om sakkyndige i tvisteloven eller barneloven hvordan mandatet skal utformes, men det er naturlig at mandatet utformes konkret knyttet til det aktuelle oppdraget. For at dommeren skal få den bistand som trengs, er det viktig at mandatet er klart og presist utformet. Dette har også en side til rettssikkerhet. Hvis mandatet er uklart får den sakkyndige kanskje ikke innhentet de opplysninger som er nødvendig for å ivareta barnets interesser på best mulig måte. Samtidig er et klart mandat også viktig for å få et godt grunnlag for vurderingen av foreldrenes omsorgskompetanse.

3.3. Kort om sakkyndiges taushetsplikt

Sakkyndige ”som gjer teneste etter § 61 første stykket nr. 1, 3, 4 eller 7 har teieplikt om det som kjem fram om personlege forhold i samband med oppdraget. Han kan utan hinder av teieplikta gje oppdragsgjevar dei opplysningar han har fått i samband med oppdraget.”, jf.bl.§50 andre ledd. Ordlyden viser at taushetsplikten etter første punktum ikke gjelder overfor retten. Dette er naturlig med tanke på at retten har oppnevnt den sakkyndige for å bidra til sakens opplysning. For å ivareta forsvarlighetsprinsippet må retten gjøre partene kjent med at sakkyndige ikke har taushetsplikt overfor retten.⁴⁷ Den sakkyndige har imidlertid ikke plikt til å ta med alt vedkommende får vite under oppdraget, men samtidig er det retten som skal foreta bevisbedømmelsen. Det kan bli betenkelig ut fra forsvarlighetsprinsippet hvis sakkyndige er for selektiv i forhold til informasjon vedkommende gir, da det er retten som skal bestemme om informasjonen har betydning for saken eller ikke.

⁴⁶ Ot.prp. nr.29 (2002-2003) s.44

⁴⁷ Op.cit. s.83

3.4. Avsluttende kommentarer

Gjennomgangen viser at de sakkyndige kan ha flere roller med ulikt innhold i en sak. De nye rollene som mekler og veileder, har som vist til formål at foreldrene skal komme frem til en avtaleløsning, mens den tradisjonelle rollen har fokus på sakens opplysning og utredning til bruk i en hovedforhandling. Men rollene har en felles rød tråd uavhengig av hvordan den sakkyndige utfører sitt arbeid, nemlig at i alle rollene skal sakkyndige arbeide for å ivareta barnets beste, jf bl.§48. Fleksibiliteten som bl.§61 legger opp til gjør at saksbehandlingen kan tilpasses hver enkelt sak. Men for at fleksibiliteten ikke skal gjøre sakkyndiges arbeid uklart, er det viktig både for dommeren og den sakkyndige at mandatet formuleres så presist som mulig.

4. HVORDAN FUNGERER SAKKYNDIGES ROLLER I PRAKSIS?

4.1. Innledning

I dette kapittelet vil jeg se nærmere på de sakkyndiges faktiske rolleutøvelse, både ved hjelp av rettspraksis og en evalueringsundersøkelse utført av psykolog Katrin Koch på oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet.⁴⁸ Jeg vil også se hen til en hovedoppgave ved profesjonsstudiet i psykologi ved universitetet i Tromsø, som også er en evaluering av saksbehandlingsreglene fra 2003.⁴⁹ Undersøkelsene benyttet i nevnte avhandling er utført i samarbeid med Koch.

Evalueringsundersøkelsene er foretatt for å ta rede på om saksbehandlingsreglene har fungert etter intensjonene, og de er mer omfattende enn det som er relevant for min avhandling. Jeg vil bare benytte meg av de delene som dreier seg om bruk av sakkyndige. Undersøkelsene er

⁴⁸ Psykolog Katrin Koch 11.02. 2008. Evaluering av saksbehandlingsreglene for domstolen i saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær. (Heretter Koch 2008)

⁴⁹ Hovedoppgave ved profesjonsstudiet i psykologi for graden Cand.psychol. 2007. Hilde Holme mfl. Barnefordelingssaker ved domstolene. En evaluering av de nye saksbehandlingsreglene av 01.04. 2004. (Heretter Holm mfl. Hovedoppgave 2007)

med på å gi et bilde av sakkyndiges faktiske rolleutøvelse og de øvrige rettsaktørenes mening om hvordan bruken av sakkyndige fungerer i praksis. Evalueringen kan danne et utgangspunkt for min drøftelse i kapittel 5 om sakkyndiges rolle i et rettssikkerhetsperspektiv. Ved gjennomgang av rettspraksis skal jeg undersøke sakkyndige vurderinger og hvordan disse synes å påvirke dommerens avgjørelse. Det skal særlig legges vekt på dommerens og sakkyndiges fokus på barnets beste.

4.2. Hvordan vurderer dommere og advokater bruken av sakkyndige etter de nye saksbehandlingsreglene?

Av Kochs evalueringsundersøkelse kommer det frem at det har vært en klar økning i oppnevning av sakkyndige etter endringen i saksbehandlingsendringene. Oppnevningen lå i 2002 på 30%, mens den i 2005 hadde økt til 75%.⁵⁰ Jeg forstår prosentangivelsen som at det knytter seg til alle barnefordelingssaker brakt inn for domstolen. Der sakkyndig oppnevnes er det ofte et saksforberedende møte forut for hovedforhandling, mens flere av sakene der det ikke er brukt sakkyndig, går rett til hovedforhandling. Dette viser at de sakkyndige er sentrale i forsøket på en avtaleløsning mellom foreldrene. De profesjonelle aktørene, herunder de sakkyndige selv, ble blant annet spurt om de synes endringen av saksbehandlingsreglene var hovedsakelig positive eller negative.

Dommere, advokater og sakkyndige var ganske samstemte både når det gjaldt det positive og det negative ved saksbehandlingsendringene. Av positive forhold nevnte rettsaktørene "(...)raskere og mer fleksibel sakkyndig bistand, generelt økt fleksibilitet i virkemidler, ansvarliggjøring av foreldrene og løsningsfokusering, mer fokus på barnets interesser og behov og mer rom for utprøving og dialog(...)".⁵¹ Av negative forhold nevnte de "(...)fare for tilsløring, slik at viktige opplysninger om vold, rus eller personlige forhold ikke kommer fram, tidsfaktoren, noen ganger blir det for lite tid til grundig arbeid, andre ganger trekker det unødvendig i langdrag (særlig ved overgang til hovedforhandling), saksbehandlingen er for personavhengig, eller saksbehandlingen blir fort for løsningsorientert/uegnede saker forsøkes meklet, utøvelse av utidig press på private parter (samt advokater og sakkyndige) og

⁵⁰ Koch 2008 s.17

⁵¹ Op.cit. s.21

utydighet i forhold til sakkyndiges rolle, særlig ved overgang fra forhandlings- til utredningsarbeid(...).⁵² De ulike virkemidlene i bl.§61 er ”kan”-regler, og slik jeg ser det naturlig at det blir både positive og negative meninger om saksbehandlingsreglene. Reglernes fleksible utforming kan føre til at de slår ulikt ut i forhold til hva saken dreier seg om, og i forhold til hva dommeren i saken velger å gjøre og føler er nødvendig.

Dommerne i undersøkelsen hadde generelt gode erfaringer med bruk av sakkyndige. De fikk spørsmål om hva de mener om ”(...)sakkyndiges kunnskaper om sakkyndigrollen, om foreldrefunksjoner,[og] om barns behov og om utredningsarbeid(...)”. De fleste svarte ”(...)at de oppfatter de sakkyndiges kunnskaper å være gode eller svært gode. Når det gjelder tilsvarende spørsmål om de sakkyndiges meklings-kompetanse, mener imidlertid en tredjedel av dommerne at den er tilstrekkelig men ikke god eller svært god.”⁵³ Ifølge Koch skyldes dette at det ligger usikkerhet rundt sakkyndige i meklerrollen. Det er tradisjonelt dommeren som har meklet under saksforberedelsen, mens sakkyndige har utredet saken for hovedforhandling. I kapittel 5 hvor jeg drøfter bruk av sakkyndige i et rettssikkerhetsperspektiv, vil jeg blant annet komme inn på at ulike roller også krever ulike kvalifikasjoner. De fleste dommerne vurderte tilgangen på sakkyndige som god, og det ble ikke skilt mellom sakkyndiges ulike roller. Begrunnelsen for at tilgangen vurderes som god, er etter Kochs mening at sakkyndige nå, først ofte oppnevnes til saksforberedende møte. De må ikke i første omgang frigjøre tid til et utredningsarbeid.

Advokatene hadde en mer blandet erfaring med sakkyndige sammenliknet med dommerne. På det samme spørsmålet, om ivaretagelse av rollen, barna og partene, var advokatene minst fornøyd med sakkyndige ved overgangen fra mekler- og veilederrollen til utredningsarbeid. Koch mener at advokatenes syn kan begrunnes med at sakkyndige er dommerens medhjelper. Jeg kan si meg enig, da den sakkyndige og dommeren arbeider i et samarbeid hvor sakkyndige skal bistå dommeren med sin faglige kompetanse. Slik jeg ser det, kan advokatenes oppfatning også begrunnes med at når sakkyndige først har vært i en meklende rolle, kan dommeren bli så preget av det den sakkyndige har gitt uttrykk for under meklingen at dommeren ikke klarer å se utredningen med nye øyne.

⁵² Op.cit.s.21

⁵³ Op.cit. s.21

4.3. Sakkyndiges arbeid i praksis og hva de mener er deres hovedfokus

Det følger av Kochs evalueringsundersøkelse at saksbehandlingstiden er dobbelt så lang i saker der sakkyndige er oppnevnt i tradisjonell utrederrolle, enn der sakkyndige arbeider som mekler/veileder. Det er også flere foreldre som kommer til enighet når sakkyndige bistår i arbeidet under saksforberedelsen. Hvis sakkyndige ikke er oppnevnt under saksforberedelsen er det flere saker som går til hovedforhandling, imidlertid "(...)er halvparten av de sakkyndige ofte eller av og til usikre på om forlik de medvirker til er til barnets beste."⁵⁴ Etter min mening kan dette være et tankekors når det fra lovgivers side presumeres at foreldrenes enighet er til barnets beste. Fokuset på enighet kan bli så stort at saken ikke opplyses nok, og foreldrene kan føle seg presset til forlik.

I hovedoppgaven "Barnefordelingssaker ved domstolen" ble det blant annet foretatt en undersøkelse av sakkyndiges erfaringer med barnefordelingssaker i 2006. De kvalitative resultatene viste at de sakkyndige mente at deres oppgave var å se barnets perspektiv gjennom hele prosessen. Flere av de sakkyndige uttalte at det var "(...)viktig å passe på nøytraliteten og ikke gå inn i en tradisjonell terapeutrolle."⁵⁵ De sakkyndige trekker frem at de både er rådgiver for dommeren, mekler mellom partene og kommer med forslag til løsninger. I samsvar med hva som er lovgivers intensjon har de en variert rolle. De trekker også frem viktigheten av å ha fokus på barnet. En av de sakkyndige uttaler at "(...)på det andre møtet begynner jeg konsekvent med å beskrive barnet jeg ser – dets ønsker og behov. Å snakke om barnet treffer både mor og far emosjonelt på en annen måte enn når de snakker om seg selv eller den andre. De er ikke i forsvars- eller angrepsposisjon når det gjelder barnet. De er jo begge her på grunn av barnet, med det er noe de ofte må minnes på"⁵⁶ (kursivert der). Slik jeg ser det er dette en hensiktsmessig måte å gå frem på, og det vil være i tråd med lovgivers intensjoner om bedre ivaretagelse av barnets interesser.

⁵⁴ Op.cit.s.29.

⁵⁵ Holme mfl. Hovedoppgave 2007 s. 55.

⁵⁶ Op.cit. s.56, 57.

I Kochs evalueringsundersøkelse var det tydelige forskjeller mellom de profesjonelle aktørene ift. hva de mente var den viktigste oppgaven i det saksforberedende møte.”Nesten halvparten av dommerne og advokatene mener at mekling mellom partene er den viktigste oppgaven, mens bare en femtedel av de sakkyndige mener det samme. De fleste sakkyndige mener at den viktigste oppgaven i det første saksforberedende rettsmøte er å få opplyst saken.”⁵⁷ Etter min mening kan dette begrunnes med at sakkyndige er mest vant til en utredende rolle hvor opplysning av saken er det sentrale.

Når det gjelder arbeid med barn oppgir flere av de sakkyndige at de etter en forhandlingsbasert modell har samtaler med barna, og at de har fått eksplisitt mandat til dette. De har alltid samtaler med barn som har fylt 7 år, dvs. de med ubetinget rett til å uttale seg, jf bl.§31 andre ledd. Ofte snakket de også med barn under 7 år, men da benyttet de i større grad observasjoner som metode. Samtaler med barn sammenholdes ofte med andre opplysninger og observasjoner.⁵⁸

De sakkyndige opplyste også om noen fagetiske utfordringer. Den største fagetiske utfordringen var å bidra til løsning når saken ikke var godt nok belyst.⁵⁹ Her kan problemet med forlikspres komme inn. Det ble nevnt at det var vanskelig å vurdere hva som er realistisk for partene i forhold til en minnelig løsning, herunder om man presset partene for mye til å inngå forlik. Selv om det er ønskelig med en minnelig løsning, vil dette bare gjelde hvis det er til barnets beste. Sakkyndige gir også uttrykk for at det kan være utfordrende å holde fokus på barnet, og ikke la foreldrekonflikten overskygge. Det er klart at når sakkyndiges roller blir flere, er det også naturlig at man opplever flere utfordringer. På spørsmål om hvordan den sakkyndige har bidratt til det endelige resultat i saken, svarer 37 % av foreldregruppen fra 2005, at den sakkyndiges bidrag har vært svært positivt eller positivt, mens 28 % svarer at den sakkyndiges bidrag har vært svært negativt eller negativt.⁶⁰ De negative resultatene begrunnes i undersøkelsen med at den sakkyndige har vært utydelig, ikke lyttet, bidratt til feil resultat eller vært mer opptatt av foreldrene. Mens flertallet svarte at den sakkyndige så situasjonen slik den var og lyttet til barnet på en god måte. Slik jeg ser det kan

⁵⁷ Koch 2008 s. 25

⁵⁸ Op.cit s.35

⁵⁹ Holme mfl. Hovedoppgave 2007. s.59.

⁶⁰ Koch 2008 s.33

de negative resultatene begrunnes i at konflikten mellom foreldrene er så stor at den av foreldrene som sakkyndiges mening går i mot, ikke klarer å se at anbefalingen er til barnets beste, men i stedet ser den som et angrep på seg selv.

Når det gjelder om saksbehandlingsreglene har virket etter intensjonene, viser Kochs evaluering at de "(...) nye saksbehandlingsreglene gir klart flere muligheter for individuell tilpasning til barns og foreldres behov og kapasitet, men gir dermed også flere muligheter til å gjøre feil veivalg underveis både i forhold til saksbehandlingen og i forhold til resultatet. Konklusjonen er derfor at de nye saksbehandlingsreglene virker etter intensjonene når det gjøres *bevisste valg av virkemidler*, når tidsperspektivet og *virkemidlene evalueres underveis*, og evalueres i forhold til et overordnet mål, fram for en polarisering av dom vs. rettsforlik."⁶¹ (min kursivering) Det ble altså konkludert med at saksbehandlingsreglene, under visse forutsetninger, har fungert etter intensjonene. Likevel foreligger det etter min mening rettssikkerhetsmessige utfordringer med bruken av sakkyndige, jf. kapittel 5.

4.4. Rettspraksis og bruk av sakkyndige

4.4.1. Innledning

I dette punktet skal jeg undersøke bruken av sakkyndige i rettspraksis. Dette vil speile situasjonen hvor partene ikke kom til enighet under saksforberedelsen, men premissene kan likevel vise om sakkyndige hadde en rolle under saksforberedelsen og hva som da ble uttalt. Det vil imidlertid bli fokusert på sakkyndige uttalelser i den aktuelle avgjørelsen. Som nevnt i avhandlingens punkt 1.3 vil jeg benytte rettspraksis fra både Høyesterett, lagmannsrett og tingrett. Utvalget er gjort ganske tilfeldig ved søk på lovdata med søkerordene "barnefordelingssaker", "barnerett", "daglig omsorg", "samværsrett" og "foreldreansvar". Av plasshensyn vil bare noen få dommer bli gjennomgått i avhandlingen. Dommene vil bare bli noen eksempler på bruk av sakkyndige i den tradisjonelle utrederrollen, og ikke en systematisk gjennomgang av rettspraksis med sikte på en evaluering. Jeg har forsøkt å finne avgjørelser som illustrerer hvordan sakkyndige i utrederrollen er i de fleste saker. Gjennomgangen vil begrense seg til nyere avgjørelser fra 2005 til 2010 hvor hovedvekten vil

⁶¹ Koch 2008 s.46.

ligge på Høyesterettspraksis. Det avgrenses mot avgjørelser hvor det er spørsmål om det skulle vært oppnevnt sakkyndige eller ikke. Jeg vil se på hva den sakkyndige legger vekt på i sine vurderinger knyttet til barnets beste og hvordan deres anbefalinger påvirker dommerens avgjørelse.

4.4.2. Rt.2010 s. 216

Avgjørelsen gjaldt fast bosted, foreldreansvar og samværsrett for en syv år gammel jente. Høyesterett kom til at jenta skulle fortsette å bo hos mor, jf bl.§48 første ledd. Foreldrene hadde aldri bodd sammen, og moren ble tilkjent foreldreansvaret alene, jf bl.§35 første ledd. Det ble fastsatt samværsrett for faren, jf bl.§42.

Foreldrene hadde samtykket til at saken ble behandlet etter bl.§61.nr.1 i tingretten. I det saksforberedende møte ble det oppnevnt sakkyndig etter andre punktum. Den sakkyndige skal altså ha ”samtaler med foreldra og barna og gjere undersøkingar for å klarleggje tilhøva i saka”. Partene kom ikke til enighet, og saken ble overført til ordinær hovedforhandling. Den sakkyndige konkluderte med at det ikke burde være samvær mellom far og barn. Tingretten avsa dom i samsvar med dette, dvs. moren fikk foreldreansvaret og barnet skulle bo fast hos henne. I lagmannsretten ble det oppnevnt en ny sakkyndig, hvis erklæring fokuserte på samværsspørsmålet, og den sakkyndige fra tingretten ble ført som sakkyndig vitne.

For Høyesterett ble begge sakkyndige fra tidligere instanser oppnevnt og de avga en felles erklæring hvor begge mener at barnet bør bo fast hos mor. Datteren ”(...)er vurdert av de sakkyndige til å være et sårbart barn hvor hensynet til å bevare tilknytningen til mor, skole og nærmiljø for øvrig er særlig tungtveiende(...)”. ”Å skulle utsette mor og barn for brudd på denne enheten, vil en måtte forvente vil skape alvorlige emosjonelle reaksjoner.”⁶² Det var også barnets ønske å bli boende hos mor. Hensynet til mest mulig samlet foreldrekontakt tilsa at datteren skulle flytte til faren. Men resultatet viser at hensynet til status quo og tilknytningen mellom mor og barn ble avgjørende. Førstvoterende støtter seg eksplisitt på sakkyndiges vurdering.

⁶² Rt-2010-216 avnitt 28.

For samværsrett fremheves hensynet til at barnet skal ha kontakt med begge foreldrene. Etter observasjoner anbefalte begge de sakkyndige at det skulle være samvær med en trygghetsperson til stede, selv om den sakkyndige som i tingretten hadde frarådet samvær, var litt mer skeptisk. Slik jeg ser det er det godt sakkyndig arbeid å gi uttrykk for tvil hvis det er tilfellet. Dette gir dommeren et hint om å være mer bevisst i sin konklusjon enn det som kan være tilfellet hvis sakkyndige kommer med klare anbefalinger. I avsnitt 38 uttaler retten at med ”(...)utgangspunkt i presumsjonen om at det er *til barnets beste å ha kontakt med begge foreldrene, og de sakkyndiges vurdering av at dette vil bli til[datterens]beste på sikt*, har jeg kommet til at det bør fastsettes samvær mellom [far] og [datter]. Dette samværet må skje med en trygghetsperson tilstede, i tråd med sakkyndiges anbefaling.”(min kursivering).

4.4.3. Rt.2007 s. 967

Saken gjelder spørsmålet om en far skulle få samværsrett med sin ni år gamle datter, som han aldri hadde bodd sammen med. Faren ble nektet samværsrett i lagmannsretten, fordi en samværsordning ville forverre mors helsetilstand og dermed redusere hennes omsorgsevne. Høyesterett kommer derimot til at det er til barnets beste at det opprettes en samværsordning.

Høyesterett presiserer at samværsrett først og fremst retter seg etter det som er best for barnet, jf bl.§48 første ledd. Etter å ha vist til et par andre høyesterettsdommer uttales det at det også må ”(...)leggjast til grunn at det er til barnets beste å ha samvær også med ein far eller ei mor som barnet ikkje har budd saman med. Det er likevel slik at dette ikkje kan gjelde heilt unntaksfritt.”⁶³ Datteren selv har gitt uttrykk for at hun ønsker samvær med far.

Det er oppnevnt to sakkyndige for Høyesterett, de har avgitt en sakkyndig erklæring og svart på spørsmål i Høyesterett. Deres mening er at det er best for barnet å ha samvær med far og begrunner dette med at mor er mistenksom og psykisk ustabil i sine reaksjonsmønstre. Hun tillegger faren personlighetsegenskaper som ikke har rot i virkeligheten, slik at han ikke skal få samvær. De uttaler seg også om hvordan barnets samvær med far kan påvike morens helse,

⁶³ Rt-2007-967 avsnitt 32

og at det er vanskelig å si på forhånd om samvær mellom far og datter faktisk vil forverre morens helsesituasjon.

Høyesterett uttaler at man ikke uten videre kan legge til grunn at samvær vil forverre morens helsetilstand. Det er etter min mening litt spesielt at det fokuseres på morens reaksjoner på samværet når det er barnet som skal være i sentrum. Imidlertid kan morens helse være et legitimt hensyn i barnets beste- vurderingen, så lenge det som her begrunnes med at det kan påvirke morens omsorgsevne. Dette er relevant fordi datteren skal bo fast hos moren. Det blir en avveining mellom hva som er positivt med samvær, herunder datterens eget ønske om dette, og risikoen for en forverring av mors helsetilstand. Høyesterett stiller imidlertid spørsmål om hvor stor vekt morens vansker med samvær kan ha når datteren skal bo fast hos henne.

Høyesterett lander etter avveiningen på at det skal være samvær mellom far og datter, og følger dermed sakkyndiges anbefaling. Både retten og sakkyndige er enige om at det er til barnets beste å ha mest mulig kontakt med begge foreldrene. Dommen er også i samsvar med barnets eget ønske.

4.4.4. Rt.2005 s. 682

Saken gjelder hvem av foreldrene datteren på 10 år skulle bo fast hos, og samværsrett for den andre av foreldrene. Høyesterett kom til at det var til barnets beste at datteren bodde fast hos faren, selv om datterens ønske var å bo hos mor. Samtidig hadde datteren en sterk motvilje mot faren. Det ble oppnevnt en sakkyndig for Høyesterett, en spesialist i barne- og ungdomspsykiatri. Hun avga en skriftlig erklæring og utdypet denne under rettsforhandlingen.

Høyesterett uttaler i avsnitt 34 at den "(...)sakkyndige har beskrevet foreldrene som svært ulike personlighetstyper, noe som kan forklare at ekteskapet ble konfliktfylt. Uansett hvem av dem som får omsorgen for [datteren], vil hun få problemer. *Oppgaven blir dermed å se på hvilken av partene som kan gi henne størst grad av stabilitet i tilværelsen og et best mulig forhold til begge foreldrene. Spørsmålet må vurderes under den forutsetning at dersom mor skal ha den daglige omsorgen, må far gis samværsrett. Situasjonen er ikke slik at far kan*

nektes samvær; det ville ikke være til [datterens] beste.”(min kursivering) Høyesterett holder seg til utgangspunktet om samvær. Den oppnevnte sakkyndige foretok en ganske inngående analyse av tre ulike hypoteser, angående hvorfor datteren har vist motvilje mot samvær med far. Det ble konkludert med at årsaken inneholdt elementer fra alle hypotesene. Morens påvirkning av datteren ble sett på som årsaken til at hun ikke ville ha samvær med faren. Sakkyndige uttalte at ”[datteren] sikres trolig best kontakt med begge foreldre hvis far får medhold i sitt krav om daglig omsorg. Jeg er imidlertid svært usikker på om [datteren] bør flytte til Z(sted) mot sin vilje.”⁶⁴(uthevet der) Som i dommen fra 2010 gir sakkyndige uttrykk for tvil.

Det går tydelig frem hva sakkyndige legger vekt på i sin vurdering av hva som er barnets beste når det gjelder den daglige omsorgen,”(...)hensynet til stabilitet og forutsigbarhet i Cs tilværelse over lang tid fremover, både når det gjelder relasjoner til de som står henne nær, og med hensyn til materiell og psykologisk stabilitet. Det må vurderes hvor hun vil få størst muligheter for å « bli sett » og få støtte til utvikling og selvstendigjøring.”⁶⁵

Samtidig mener den sakkyndige også at flytting kan føre til en krisereaksjon for barnet, som hun vil trenge profesjonell hjelp til å takle. Dette viser at det er vanskelig å falle ned på en konklusjon når ingen løsning fremstår som klart bedre enn den andre for barnet. Den sakkyndige fremholder at ingen av løsningene er optimale, men at det er størst sjanse for en positiv utvikling for barnet dersom faren får omsorgen for henne.

Førstvoterende gir også uttrykk for at han har vært i tvil, men følger sakkyndiges anbefaling om å gi den daglige omsorgen til far, fordi dette vil gi datteren best stabilitet i tilværelsen og best mulig samlet foreldrekontakt. Samtidig sies det at avgjørelsen har vært vanskelig fordi den går i mot barnets sterkt uttrykte ønske. Både sakkyndig og dommer var altså i tvil om hva som var til barnets beste, men retten fulgte likevel sakkyndiges anbefaling. Dommeren la avgjørende vekt på hensynet til stabilitet og best mulig samlet foreldrekontakt, selv om både hensynet til barnets eget ønske og hensynet til status quo, slik jeg ser det, talte for at barnet skulle bo fast hos mor.

⁶⁴ Rt-2005-682 avsnitt 38

⁶⁵ Op.cit. avsnitt 39

4.4.5. LB-2010-53483

Avgjørelsen fra Borgarting lagmannsrett gjaldt spørsmålet om hvor tre barn skulle ha fast bosted, tvillingene C og D født i 1994 og E født i 1999. Lagmannsretten presiserer at barnets beste alltid skal være det avgjørende i en barnefordelingssak, jf.bl.§48. Det høye konfliktnivået i saken tilsa at det ble oppnevnt sakkyndig på et tidlig stadium. Det hadde vært oppnevnt sakkyndig i saksforberedende møte for tingretten i begge partenes interesse. Samme sakkyndige redegjorde for sine vurderinger i Lagmannsretten, som gjengir deler av sakkyndiges rapport for tingretten. Sakkyndige uttaler seg om barnas ønske om å ha like mye tid hos både far og mor. Barna har også et sterkt ønske om at konflikten mellom foreldrene skal opphøre.

Den sakkyndige sier i sin vurdering av barnas beste at det ikke er noe alternativ med delt bosted, fordi konfliktnivået mellom foreldrene er for høyt. Spørsmålet det må konsentreres om, er hvem av foreldrene det er best for barna å bo fast hos og hva slags samvær de skal ha med den andre. Det påpekes at begge parter har sider som kan by på problemer i forhold til en optimal omsorgssituasjon. Moren ble imidlertid vurdert som den beste omsorgspersonen. De mindre gunstige faktorene hos mor var i større grad enn hos far situasjonsbetinget, og den sakkyndige anser det som sannsynlig at det vil bli en positiv utvikling mht. barnas omsorgssituasjon hos mor. Det anbefales omfattende samvær, særlig fordi barna ønsker mest mulig kontakt med begge foreldrene. Sakkyndige presiserer viktigheten av å holde barna utenfor konflikten med foreldrene. Det kommer tydelig frem av sakkyndiges vurdering at det legges vekt på barnas ønsker og stabilitet i deres tilværelse.

Lagmannsretten følger sakkyndiges anbefaling om at barna bør ha fast bosted hos mor. Det uttales at lagmannsretten "(...)er ikke i tvil om at det er [mor] som har mest innsikt i og forståelse for barnas behov. I tillegg kommer den sakkyndiges uttalelse om at hun er den av de to foreldrene som har best evne til å justere egen opptreden i forhold til barna i samråd med for eksempel skole eller andre som ivaretar barnas interesser."

Både dommeren og den sakkyndige legger vekt på å få fokuset bort fra konflikten og over på barnas interesser. En ser også at fokuset er fremtidsrettet knyttet til hvor det vil bli en positiv utvikling i omsorgssituasjonen. Det var ikke anket over samværsordningen, men at sakkyndige anbefaler omfattende samvær er både i samsvar med hensynet til mest mulig samlet foreldrekontakt og barnas egne ønsker.

4.4.6. TTONS-2009-21805

Denne saken fra Tønsberg tingrett gjaldt spørsmål om samvær og foreldreansvar for far til sønnen på seks år. Far hadde aldri bodd sammen med mor og barn. Retten kom til at det var til barnets beste at far fikk samvær og del i foreldreansvaret.

Det ble berammet hovedforhandling fordi en forhandlingsbasert løsning ikke var ønskelig fra morens side. Det ble oppnevnt en sakkyndig for tingretten som avga en skriftlig erklæring.

Retten tar utgangspunkt i at samværsspørsmålet må avgjøres ut fra barnets beste og viser, med henvisning til Høyesterett, at det som hovedregel er til barnets beste å ha samvær med begge foreldrene. Retten viser til Rt.2007.967 som er gjennomgått over, hvor faren fikk samvær med datteren som han aldri har bodd sammen med. Den sakkyndige finner ikke trekk ved far som skulle tilsi at han ikke har vanlig samværskompetanse. Retten legger dette til grunn. Det uttrykkes videre bekymring for mors holdning og virkelighetsoppfatning, og hvordan dette vil påvirke barnet fremover. På grunn av dette mener retten det vil være sunt for barnet å ha kontakt med far. Sakkyndige foreslår en opptrappingsmodell i sammenheng med begynnelsen av samværet med far, som retten legger til grunn.

Når det gjelder den vanlige samværsretten etter opptrappingsperioden er retten uenig i sakkyndiges forslag til omfang av samværsretten. Retten mener det vil ivareta hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt å ha samvær annen hver helg, istedenfor hver fjerde helg som var sakkyndiges anbefaling. Samværsretten for øvrig er i tråd med sakkyndiges forslag.

I forhold til foreldreansvaret har den sakkyndige anbefalt at far får ta del i dette. Det uttales at det er "(...)trekk ved mors kontaktfunksjon og forestillingsverden som på sikt kan føre til

problemer for og rundt [sønnen]. I denne sammenhengen kan det være av betydning at far får ha del i foreldreansvaret slik at han har en selvstendig rett til å holde seg orientert om [sønnens]skolegang, helsemessige forhold osv.(...)” Tingretten er enig med sakkyndige og konkluderer med at mor og far skal ha felles foreldreansvar for sønnen.

4.4.7. Avsluttende kommentarer til dommene

Gjennomgangen viser at retten alltid tar utgangspunkt i barnets beste. Både for dommeren og den sakkyndige er barnets beste hovedfokus, noe som samsvarer med lovgivers intensjoner. Den sakkyndige er oppnevnt og kommer med en skriftlig erklæring som suppleres med forklaringer i rettsforhandlingene. Dette er den tradisjonelle sakkyndighetsrollen. I alle dommene har retten fulgt sakkyndiges anbefaling knyttet til hva som er barnets beste, enten fullt ut eller hovedsakelig. Det er en avveining av momenter i barnets beste- vurderingen både hos sakkyndig og dommer. Dommeren støtter seg imidlertid i stor grad på sakkyndige, noe som gjør at det kan fremstå som om dommeren ikke helt tar selvstendig stilling til hva som er barnets beste. Av de gjennomgatte avgjørelsene var det bare i tingrettsdommen det var et lite avvik mellom retten syn og den sakkyndiges anbefaling, da knyttet til omfanget av samværsretten. Jeg har lest flere dommer enn det som er gjennomgått i avhandlingen, og det viser seg at dommeren i et flertall av sakene følger sakkyndiges anbefaling.

For meg kan det virke som om dommeren overlater store deler av avgjørelsen til de sakkyndige. Dette kan være betenkelig med tanke på at partene forventer at dommeren konkluderer ut fra en egen vurdering, og partene er kanskje ikke klar at sakkyndiges anbefaling har så stor innflytelse på dommerens avgjørelse. Når sakkyndige skal ha så mye å si i en barnefordelingssak, må det ut fra krav til forsvarlighet, stilles store krav til den sakkyndiges utredning og kvalifikasjoner. Jeg sier ikke at dommeren alltid legger sakkyndiges anbefaling ukritisk til grunn, men av hensyn til tilliten til rettssystemet er det nødvendig for dommeren å foreta eksplisitte egne vurderinger. I kapittel 5 skal jeg drøfte sakkyndiges rolle i et rettssikkerhetsperspektiv. Det er etter min mening viktig at dommeren har et bevisst forhold til sakkyndiges bidrag, og dette er nødvendig for at sakkyndige skal kunne gi et verdifullt bidrag til barnefordelingsprosessen.

5. SAKKYNDIGE I ET RETTSSIKKERHETSPERSPEKTIV

5.1. Innledning

Rettsikkerhet er et mye brukt begrep innen rettsvitenskapen, men hva betyr det egentlig? I Jon Gisles Jusleksikon er det et eksempel på en generell definisjon av rettsikkerhet som en ”samlebetegnelse dels for et ideal i rettsstaten som lovgiver, domstoler og forvaltningen bør etterstrebe, dels for en rekke krav og plikter som etter gjeldende rett stilles til domstoler og forvaltning.”⁶⁶ Rettsikkerheten er noe man må ivareta for at avgjørelser på det konkrete rettsområdet skal anses for betryggende, blant annet ved at gjeldende regler skal følges. I dette kapitlet skal jeg drøfte sakkyndiges rolleutøvelse i forhold til spørsmålet om ivaretagelse av rettsikkerhet i barnefordelingssaker. Som nevnt i kapittel 4, krever muligheten for mer fleksibel bruk av sakkyndige, også større bevissthet ift. valg som tas, noe som har en side til rettsikkerhet.

5.2. Hva er rettsikkerhet i en barnefordelingssak?

Enighet mellom foreldrene presumeres å være til barnets beste. Før saken går til retten er det imidlertid ingen offentlig kontroll med om avtalen faktisk er til barnets beste, men når saken kommer inn for domstolen har både dommer og sakkyndig fokus på hvilke løsninger som ivaretar barnets interesser. På den annen side, når foreldrene kommer til enighet utenfor retten er dette ofte saker hvor konfliktnivået ikke er så høyt, og det er god grunn til å tro at presumsjonen slår til. Her skal det imidlertid konsentreres om saker som har kommet inn for retten.

En barnefordelingssak er delvis indispositiv, det vil si at retten ikke i like stor grad er bundet av partenes krav og påstander som i sivile saker hvor partene har full rådighet, jf tvl.§§11-2 og 11-4. Dermed har dommeren i barnefordelingssaker et særlig ansvar for sakens opplysning. Men hvem sin rettsikkerhet skal retten ivareta i en barnefordelingssak? Partenes rettsikkerhet skal selvfølgelig ivaretas, men det er barnets rettsikkerhet som skal være overordnet. Dette er viktig fordi barnet ikke innehar partsrettigheter. Retten har et selvstendig

⁶⁶ Jon Gisle m.fl. Jusleksikon 3.utgave 2007. s. 275.

ansvar for at både saksbehandling og avgjørelser er i samsvar med prinsippet om barnets beste, jf bl.§48 Det kan også nevnes at barns rettssikkerhet ikke bare dreier seg om beskyttelse mot overgrep fra det offentlige. Det kan også dreie seg om beskyttelse mot egne foreldre, selv om dette kanskje er et mer fremtredende element i barnevernsaker. Den sakkyndige skal være dommerens medhjelper i ivaretagelsen av barnets rettssikkerhet. Å ha forståelse for barns situasjon og posisjon er det viktigste med den sakkyndiges arbeid. Det er viktig for barnet at ”(...)den sakkyndige viser skjønsmessig aktsomhet i sin tilnærming og kontakt fordi barnet selv vanligvis ikke er i stand til å beskytte seg selv og ha forståelse av konsekvensen av sine utsagn og ytringer. Barnet og ungdommen trenger voksne, herunder sakkyndige, som kan ta deres opplevelsesperspektiv”.⁶⁷ Denne måten å arbeide på stiller uten tvil krav til den sakkyndiges faglige kompetanse og personlige egenskaper.

5.3. Rettssikkerhetsmessige utfordringer ved bruk av sakkyndige

5.3.1. Innledning

Lovgivers formål med å innføre en mer fleksibel bruk av sakkyndige er at det skal bidra til å ivareta og styrke barns rettssikkerhet. Det viser seg både i evalueringsundersøkelsene og rettspraksis at sakkyndige har en sentral rolle i barnefordelingsprosessen, jf kapittel 4. Jeg har tidligere belyst og drøftet på hvilke måter sakkyndige bidrar eller kan bidra i en barnefordelingssak. Spørsmålet under dette punktet er om det foreligger rettssikkerhetsmessige utfordringer ved bruken av sakkyndige i disse sakene. Jeg skal gå inn på om det finnes rettssikkerhetsmessige utfordringer når det gjelder kvalitetssikring av sakkyndiges arbeid, manipulasjon fra en av partenes side, og om det er eventuelle utfordringer knyttet til overgangen mellom de ulike rollene sakkyndige kan inneha etter bl.§61.

5.3.2. Kvalitetssikring

Dommeren er sakens administrator og kan oppnevne sakkyndige til ulike roller. Spørsmålet er om det stilles noe krav til kvalitetssikring av de sakkyndiges arbeid. Med kvalitetssikring

⁶⁷ NOU 1995:23 s.10.

mener jeg ordninger som skal sikre at de sakkyndiges faglige kompetanse er tilstrekkelig i den enkelte sak. Kvalitetssikring har en side til kompetansekrav, og verken tidligere eller gjeldende regler har noen bestemmelser som stiller formelle kompetansekrav til de sakkyndige. Av tvl.§25-3(2) følger det at som ”(...) sakkyndige velges personer som har den nødvendige kyndighet og erfaring. Er det opprettet utvalg av sakkyndige, skal det oppnevnes fra utvalget når det ikke er ønskelig å oppnevne andre”. Ordlyden viser at det stilles krav til nødvendig kvalifikasjoner hos de sakkyndige, men bestemmelsen stiller ingen konkrete krav. Det er opp til retten å sørge for at den sakkyndige har den nødvendige kompetanse. Dette vil gjelde i forhold til alle rollene sakkyndige kan ha etter barneloven, jf bl.§59 tredje ledd. Barnefordelingssakene er saker med et generelt høyt konfliktnivå, hvor avgjørelser har stor betydning for fremtiden til involverte barn og foreldre. Man kan spørre seg om det er et rettssikkerhetsmessig problem at loven ikke stiller opp formelle kompetansekrav til de sakkyndige.

For at sakkyndige skal kunne bidra til å opplyse saken og ivareta barnets beste, mener jeg at loven burde stille klarere krav. Det finnes imidlertid visse kvalitetssikringstiltak fra myndighetenes side. Barne- og likestillingsdepartementet har utarbeidet et register for sakkyndige i barne- og familiesaker. For å bli en del av dette registeret må sakkyndige delta i et opplæringsprogram. Norsk Psykologforening tilbyr i samarbeid med Legeforeningen ”(...)et utdanningsprogram for barnepsykiatere og psykologer som arbeider som sakkyndige i barnesaker.”⁶⁸ Det følger av tvl.§25-3(4) at ”Kongen **kan** opprette utvalg av sakkyndige for bestemte sakstyper og utvalg for å evaluere sakkyndigerklæringer på bestemte fagfelt.” (min utheving) Det finnes altså ingen plikt for retten til å benytte verken opprettede register eller utvalg. Retten er suveren med hensyn til hvor de vil hente sakkyndighetskompetansen fra.

Lovgiver har i forbindelse med kompetansekrav til sakkyndige uttrykt at ved å unnlate å gi formelle kompetansekrav i loven, gir det rom for mer fleksibel bruk og større tilgang på sakkyndige.⁶⁹ Dette gir retten mulighet til å tilpasse sakkyndig bistand til den enkelte sak. Lovgiver har dermed ikke sett det som et rettssikkerhetsproblem at det ikke stilles noen formelle krav i loven, men etter min mening er mangelen på mer spesifikke kompetansekrav

⁶⁸ NOU 2006:9 ”Kvalitetssikring av sakkyndige rapporter i barnevernsaker” (Heretter NOU 2006:9) s.22.

⁶⁹ Ot.prp.nr.29(2002-2003) s.43.

en svakhet i kvalitetssikringen av sakkyndiges arbeid. Den sakkyndige oppnevnes uavhengig av sin profesjon, men i kraft av sin ekspertise. Problemet er at verken lovgivningen eller yrkesetikken gir tilstrekkelig anvisning på hvordan arbeidet skal utføres. Det forutsettes at ”(...)den sakkyndige har foretatt en selvstendig vurdering av sin kompetanse i forhold til de problemstillingene han eller hun er bedt om å uttale seg om.”⁷⁰ Det stilles med andre ord store krav til både retten og den sakkyndige når det gjelder kvalitetssikring til den konkrete oppgaven. Barnefordelingsutvalget uttaler at mangelfullt ”(...) utviklede standarder for arbeidet gir også prosessens andre aktører dårlige muligheter for kritisk etterprøving av den sakkyndiges bidrag.”⁷¹

Når det gjelder sakkyndige erklæringer er det foretatt en utredning knyttet til kvalitetssikring av sakkyndige rapporter i barnevernsaker⁷², men ingen tilsvarende direkte knyttet til barnefordelingssaker. Barneombudet uttalte i sin høringsuttalelse om kvalitetssikring av sakkyndige rapporter i barnevernsaker⁷³ at ombudet ”(...) ser med bekymring på at rundt halvparten av alle tilmeldte klager til Fagetisk råd i Norsk Psykologforening de senere årene har vært klager på sakkyndig arbeid, og at langt de fleste av disse gjelder sakkyndig arbeid etter barneloven. Også Barneombudet mottar jevnlig henvendelser fra privatpersoner og advokater med kritiske bemerkninger til sakkyndiges arbeid og metoder i barnefordelingssaker. Ombudet mener det er viktig at det nå også tas tak i kvaliteten til arbeidet til de sakkyndige i barnefordelingssaker.”⁷⁴ Dette mener jeg er helt sentralt, og da særlig med tanke på at den sakkyndige nå kan ha flere oppgaver enn tradisjonelt. Sakkyndige vil måtte forholde seg ulikt til partene i de forskjellige rollene, og det er viktig at de sakkyndige er bevisst på disse forskjellene. Målet er i alle tilfeller å oppnå gode og stabile løsninger for barnet.

5.3.3. Overgangen mellom roller og inhabilitetsreglene

⁷⁰ NOU 1995:23 s.11

⁷¹ Op.cit. s.44

⁷² NOU 2006:9

⁷³ Barneombudets høringsuttalelse 04.09.2006. knyttet til NOU 2006:9. (http://barne-echo.imaker.no/horingsutt6/2006/nou_2006_9/)

⁷⁴ http://barne-echo.imaker.no/horingsutt6/2006/nou_2006_9/

Man kan også spørre seg om det ligger noen rettssikkerhetsutfordringer knyttet til overgangen mellom de ulike rollene. I en og samme sak kan den sakkyndige både inneha rollen som mekler, har samtaler med barnet, være veileder og utreder, jf bl.§61nr. 1, 4, 7 og 3.

Dommeren kan på flere trinn i saken vurdere ny og/eller utvidet bruk av sakkyndige etter hvert som dommeren ser hva som kommer frem gjennom de første delene av saksforberedelsen.

Spørsmålet er om inhabilitetsreglene setter begrensninger for at den sakkyndige kan ha flere roller i en og samme sak. Tvl. §25-3(3) er en egen regel om inhabilitet for sakkyndige: ”En som ville ha vært inhabil som dommer i saken, skal ikke oppnevnes som sakkyndig. Det utelukker ikke oppnevning at vedkommende har vært sakkyndig i lavere instans.” Ordlyden viser at inhabilitetsreglene dl.§§106-108 kommer til anvendelse overfor sakkyndige. Ifølge forarbeidene til tvisteloven innebærer tvl.§ 25-3(3) et mer skjerpet habilitetskrav enn tidligere.⁷⁵ I en barnefordelingssak er det et nært samspill mellom dommer og sakkyndig. Av dl.§107 følger det at en dommer kan ikke samtidig være sakkyndig uten å bli inhabil, noe som sier seg selv ut fra kravet om at dommeren skal være nøytral og upartisk. Jf.tvl.§1-1. Hvis den sakkyndiges situasjon ikke faller inn under dl.§§106 eller 107, er det helhetsvurderingen i dl.§108 som blir avgjørende. Vurderingen her er om det foreligger ”særegne omstendigheter (...), som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet”, jf.dl.§108. Ordlyden viser at det er en konkret vurdering og at det er en viss terskel for at inhabilitet. Det avgjørende er hvordan omverdenen ser på saken.

Sakkyndige er forutsatt i bl.§61 å kunne ha flere roller i en sak, og dermed vil det ikke være snakk om automatisk inhabilitet. Dette hadde ført til at muligheten for fleksibel bruk av sakkyndige ikke hadde hatt noen realitet. Men også når det gjelder inhabilitet etter en konkret vurdering er det nok kun unntaksvis sakkyndige kan sies å bli formelt inhabil ved å ha flere roller i en sak. Selv om domstollovens inhabilitetsregler er strengere enn tilsvarende regler i forvaltningsloven, kan man ikke sette terskelen for inhabilitet for lavt. I de fleste tilfeller kan det ikke det at sakkyndige oppnevnes til flere roller være tilstrekkelig til å oppfylle kravet om ”særegne omstendigheter”. Saken må ikke dras ut unødvendig, det vil være i strid med kravet til fremdrift i saken av hensyn til barnet. Til støtte for at sakkyndige som hovedregel ikke bli

⁷⁵ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 265.

innhabil pga. overgang mellom roller, kan det trekkes en parallell til ordlyden i tvl.§25-3(3) som sier at oppnevning ikke er utelukket hvis den samme sakkyndige har vært oppnevnt i en lavere instans. I Veileder Q-15/2004 uttales det i tilknytning til tvistemålsloven og habilitet at ”retten normalt vil tillegge partenes samtykke/tillit stor betydning mht. om en sakkyndig som har meklet etter §61 første ledd nr.1 og/eller 7 senere skal foreta en tradisjonell utredning etter nr.3. Videre antas det at den sakkyndige selv vil legge vekt på de samme forholdene når vedkommende vurderer om han/hun er villig til å påta seg oppdraget.”⁷⁶

I de fleste tilfeller vil ikke det at sakkyndige har flere roller i en sak være inhabiliserende, men det betyr ikke det at overgangen mellom de ulike rollene ikke kan skape rettssikkerhetsmessige utfordringer. De samme hensynene som ligger bak en inhabilitetsvurdering kan komme inn i vurderingen av om det foreligger rettssikkerhetsmessige utfordringer knyttet til fleksibel bruk av sakkyndige.

Barnefordelingssakene for domstolen er preget av et høyt konfliktnivå med foreldre og barn i en sårbar situasjon. I likhet med andre rettsprosesser er det viktig at partene har tillit til systemet. Det sentralt å ivareta partenes tillit til systemet, og overgang mellom ulike roller kan komme på kant med partenes tillit til den sakkyndiges arbeid. For eksempel hvis den ene parten føler at den andre blir favorisert av den sakkyndige under saksforberedelsen, vil det kunne oppstå et tillitsproblem hvis den samme sakkyndige senere skal være veileder ved utprøving av avtale eller utrede saken i en senere hovedforhandling. Partene kan også tro at dommeren allerede har bestemt seg på grunn av den sakkyndiges bidrag under saksforberedelsen. Dette er i strid med retten til en upartisk domstol og hensynet til partsautonomien. Hvis partene ikke har tillitt til prosessen kan det føre til at dommen eller forliket ikke gir en langsiktig god løsning for barnet. Den ene parten vil kanskje anke dommen, eller ønske å endre forliket etter bl.§64. og da må man rippe opp i hele prosessen igjen, noe som ikke er heldig for verken foreldre eller barn.

Som nevnt forutsetter flere roller at retten utformer forskjellige mandat. Departementet uttaler i odelstingsproposisjonen at mandater til ”(...)opplysningsbasert sakkyndig arbeid vil normalt

⁷⁶ Veileder Q-15/2004 s. 23

være grunnleggende forskjellig fra mandater i forhandlingsbasert arbeid.”⁷⁷ Det krever stor bevissthet fra dommerens side i forhold hva vedkommende vil at sakkyndige skal gjøre og hvilke kvalifikasjoner dette krever. Denne oppgaven kan bli krevende når verken lov eller yrkesetikk gir noe veiledning. Det kan føre til at sakkyndige blir satt inn i en rolle de ikke har tilstrekkelig kompetanse til å være i, noe det kan være fare for selv om den sakkyndige forventes å prøve sin egen kompetanse i forhold til det konkrete oppdraget.

At sakkyndige i en barnefordelingssak kan ha flere ulike roller innebærer større krav kvalitetssikringen. Utredning, mekling og veiledning stiller forskjellige kvalifikasjonskrav. Det viste seg i Kochs evalueringsundersøkelse at det var uklare skiller mellom de forskjellige rollene. Mekler og veilederrollen er noe helt annet enn utrederollen. Som nevnt i gjennomgangen av meklerrollen er den sakkyndige en tredjeperson som skal forsøke å få foreldrene til å komme til enighet om barnefordelingen. Foreldrene vil forvente at både retten og sakkyndige skal gi dem råd om hvordan konflikten bør løses. Hvis sakkyndige er relativt ukjent med mekling og ikke har noen spesiell utdanning innen mekling, kan foreldrenes forventning, sammen med sakkyndiges usikkerhet føre til at det ikke blir den dialogen mellom partene det skal være. Det er viktig at sakkyndige innehar kompetanse knyttet til mekling, da det sentrale i en slik rolle er å stille gode spørsmål og gi foreldrene råd slik at de kan vurdere sin egen situasjon. Mekling krever mye kunnskap og forståelse, og mangel på sådan kan føre til at foreldrene går inn i et forlik de ikke er helt enig i og som kanskje ikke blir til barnets beste på grunn av måten det ble til på.

5.3.4. Manipulasjon kan by på utfordringer

Barnefordelingssakene kan være vanskelige og kompliserte, og det er ofte dyptgående konflikter som medfører at det er krevende for den sakkyndige å holde fokus på barnets interesser. Foreldrene kan være så blendet av konflikten at de er mer opptatt av å svarte hverandre enn å ivareta barnet, noe som kan bli et rettssikkerhetsproblem. Sakkyndige kan møte foreldre som er manipulerende, noe som gjør det enda vanskeligere å finne frem til sannheten og barnets beste. Manipulasjon er kanskje mest aktuelt for sakkyndige i utrederollen, siden den preges av hjemmebesøk og observasjoner i partenes miljø. Men det

⁷⁷ Ot.prp nr.29 (2002-2003) s.44

kan ikke utelukkes som problem også i forhold til de andre rollene. Grethe Nordhelle har i sin artikkel, ”Kritisk blikk på sakkyndigrollen i barnefordelingssaker”,⁷⁸ tatt opp problemet med manipulasjon. Gjennom sine studier har hun oppdaget at sakkyndige sjelden avslører avansert manipulasjon, noe som utvilsomt setter barnas rettssikkerhet i fare.

Hvis sakkyndige blir manipulert vil det være større mulighet for at de ikke finner frem til hva som er barnets beste, som igjen kan føre til at retten treffer en uheldig avgjørelse på bakgrunn av en manipulert sakkyndig anbefaling. Dette er etter min mening problemer retten bør være mer bevisst på når det vurderes hvilken vekt det skal legges på sakkyndiges konklusjon. Nordhelle mener at spørsmålet om det har skjedd en manipulasjon bør være en del av rettens bevisvurdering, og ikke vurderes av den sakkyndige selv. Hun gir også uttrykk for at sakkyndige må synliggjøre det hvis de skulle være i tvil, og at man da bør unngå å konkludere. Dette er jeg enig i. Man er en bedre sakkyndig og ivaretar barnets interesser på en bedre måte om man lar være å konkludere hvis man er sterkt i tvil. Hvis sakkyndige likevel konkluderer, kan eventuell uttrykt tvil gi dommeren et hint om at anbefalingen ikke bør tillegges for stor tyngde.

5.3.5. Avsluttende kommentarer

Den fleksible bruken av sakkyndige skal etter formålet bidra til å styrke barns rettssikkerhet. Som nevnt i punkt 4.2 har reglene fungert etter intensjonene, men som Koch uttrykte i sin evalueringsundersøkelse er det en forutsetning at det er bevissthet rundt virkemiddelvalget. Selv om intensjonen var å styrke rettssikkerheten viser drøftelsen at fleksibiliteten også byr på rettssikkerhetsmessige utfordringer. Nedenfor skal jeg gå inn på tiltak som kan avhjelpe noen svakheter med dagens system.

5.4. Hva kan gjøres for å avhjelpe de rettssikkerhetsmessige utfordringene?

Et tiltak for bedre kvalitetssikringen kan være at lovgiver gir spesifikke kompetansekrav generelt for sakkyndige i barnefordelingssaker og mer spesifisert til hver enkelt rolle. Disse

⁷⁸ Grethe Nordhelle ”Kritisk blikk på sakkyndigrollen i barnefordelingssaker”. Tidsskrift for norsk Psykologforening nr.8, 2010 s. 744-747. (Heretter Nordhelle 2010)

kravene trenger ikke være så snevre at det ikke blir rom for variert bruk av sakkyndige. Reglene må være så skjønnsmessige at de gir retten rom for å vurdere kvalifikasjoner som trengs i hver enkelt sak, men likevel slik at de har mer å rette seg etter enn i dag. Dette vil etter min mening gjøre det lettere både for retten når de skal oppnevne, og for sakkyndige når de skal ta stilling til om de tar oppdraget. Det kunne også være en ide at retten blir forpliktet til å velge sakkyndige ut fra registeret som er utarbeidet av Barne- og familiedepartementet. (Nå barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet)

Et tiltak som kan vurderes for å bedre kvalitetssikringen av sakkyndige erklæringer er å opprette et organ eller kommisjon som kan gjennomgå sakkyndige utredninger før de brukes i retten. I NOU 1995 ble det i forbindelse med kvalitetskontroll foreslått flere alternative kommisjonsordninger.⁷⁹ Til sammenlikning må sakkyndige erklæringer i straffesaker sendes til ”den rettsmedisinske kommisjon” jf strpl. §147 første ledd. Ronge sier i sin artikkel ”Den rettsmedisinske kommisjon som sensor” at kommisjonen ”(...)skal godkjenne avgitte erklæringer i straffesaker og være garantist for at sakkyndige erklæringer holder nasjonal standard. (...) I sivile saker har man ikke noe tilsvarende overprøvingsorgan.”⁸⁰

Hva oppnås ved en slik overprøving? En kommisjon vil kunne kontrollere om utredningen er i samsvar med sakkyndiges mandat, og man vil også kunne se om det er logiske sammenhenger mellom funn og konklusjon. Det kan imidlertid ikke foretas en nærmere kontroll av hva den sakkyndige faktisk gjør, for eksempel i forhold til observasjoner og lignende, ut over den formelle kontrollen. Kommisjonen må til syvende og sist stole på at den sakkyndige har gjort tilstrekkelige observasjoner og undersøkelser til å kunne komme med den foreliggende erklæring. En formell kontroll skal imidlertid ikke undervurderes. Med tanke på at rettspraksis viser at sakkyndiges erklæring har stor betydning for dommerens avgjørelse, ville det være fornuftig om det ble foretatt en kontroll med sakkyndige erklæringer i barnefordelingssaker. Denne kontrollen vil kunne fokusere på om erklæringen tilfredsstillende viser visse faglige og vitenskapelige krav. Uten slik kontroll har man alltid en viss risiko for at noen erklæringer ikke holder mål, og ikke opplyser saken slik de har som formål å gjøre. Dette kan føre til at erklæringen blir satt til side og en ny sakkyndig må oppnevnes, noe som ifølge forarbeidene

⁷⁹ NOU 1995:23 s.45

⁸⁰ Kari Ronge. ”Den rettsmedisinske kommisjon som sensor” Tidsskrift for Den norske legeforening nr. 12 – 10.mai 2001:121 Nyheter og reportasjer s. 1525.

er en ressurskrevende prosess.⁸¹ En kommisjon vil også kunne komme med generelle retningslinjer om hvordan en sakkyndig erklæring skal skrives.

Barneombudet nevner i høringsuttalelsen⁸² at en barnesakkyndig kommisjon ikke vil gjøre samme nytten når det gjelder sakkyndiges roller som veileder eller mekler i barnefordelingssaker. Kvalitetssikring er viktig også her, ikke minst med tanke på at flere og flere barnefordelingssaker løses gjennom forhandlingsmodellen. Som nevnt tidligere er det viktig å være bevisst på at disse rollene krever andre kvaliteter og kunnskap enn utrederrollen. For å sikre at sakkyndige får en bedre meklingskompetanse kan man sette som et vilkår at alle sakkyndige skal igjennom et meklingskurs som skaper mer bevissthet rundt rollen enn det er i dag. Det er også viktig for å unngå forlikspress at retten og de sakkyndige informerer partene om hvilken rolle de skal ha i en meklingsprosess. Også når det gjelder manipulasjon av sakkyndige må fokuset ligge på økt kompetanse i form av å lære seg å avsløre manipulasjon. Nordhelle foreslår flere tiltak som kan hjelpe sakkyndige med å avsløre manipulasjon, men dette blir imidlertid for omfattende å ta med i avhandlingen her. Det handler i bunn og grunn om å være bevisst på problemet. Nordhelle sier blant annet i sin konklusjon at det handler om endring av arbeidsstil og at sakkyndige "(...)gjennom sitt begrensede mandat ikke er i stand til å avdekke de faktiske forhold, det må kreves en forandring både i de sakkyndiges holdninger og i systemet."⁸³ Hun mener i denne sammenheng at to "sakkyndige bør(...)arbeide uavhengig av hverandre med hver sin utredning der det er mistanke om manipulerende atferd. Det skjerper kvaliteten."⁸⁴ Slik jeg ser det er dette verdt et forsøk, selv om det skulle gå på bekostning av sakens fremdrift. Det må i alle tilfeller være viktigst å få en avgjørelse i barnets interesser.

Når det gjelder tillitsproblemer som kan oppstå ved overgang mellom sakkyndiges roller er det etter min mening best om det er mulig, uten å forsinke saken nevneverdig, at den samme sakkyndige ikke fyller alle rollene. Men på den annen side kan det ikke være noe problem hvis ingen av partene har noe i mot det. Det kan jo være at partene ønsker den samme

⁸¹ NOU 1995:23 s.46

⁸² http://barne-echo.imaker.no/horingsutt6/2006/nou_2006_9/

⁸³ Nordhelle 2010 s. 747.

⁸⁴ Op.cit. s. 747.

sakkyndige fordi de har tillit til at vedkommende ivaretar deres barns interesser på en god måte.

6. AVSLUTTENDE KOMMENTAR TIL AVHANDLINGEN

Hvilke roller har sakkyndige i barnefordelingssaker? Avhandlingen har vist at svaret på problemstillingen er at de både er meklere, veiledere, hjelpere og utredere. Det er imidlertid opp til retten å velge om, og hvordan den sakkyndige skal komme på banen.

Flere oppgaver byr også på flere utfordringer når det gjelder rettssikkerhet. For den sakkyndige handler om det om bevisstgjøring knyttet til oppgaver man påtar seg og at det er barnets interesser som skal ivaretas. En må i størst mulig grad arbeide for at barnet ikke blir værende i konflikten mellom foreldrene, men samtidig må ikke foreldrene presses inn i et forlik de ikke er enig i. I den tradisjonelle rollen er det viktig at den sakkyndige går i dybden når det gjelder å besvare mandatet og være bevisst på at foreldre i dyptgående konflikter ikke alltid er i stand til å sette barnets interesser foran sine egne. Slik jeg ser det er sakkyndige en viktig ressurs i barnefordelingssakene, men for å sikre at sakkyndige gir verdifulle bidrag i prosessen er det viktig med opplæring og kvalitetssikring av deres arbeid.

7. LITTERATURLISTE

7.1. Litteratur

- Barneombudets høringsuttalelse 04.09.2006 knyttet til NOU 2006:9 "Kvalitetssikring av sakkyndige rapporter i barnevernsaker".
(http://www.barneombudet.no/horingsutt6/2006/nou_2006_9/)
- Barne- og likestillingsdepartementet. (Veileder Q-1158) 2009 "Veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernsaker for barneverntjenesten, fylkesnemda og domstolen".
(http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/veiledninger_brosjyrer/2009/veiledende-retningslinjer-for-sakkyndig-.html?id=586792)
- Barne- og likestillingsdepartementet (Veileder Q-15/2004) "Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn".
(http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/veiledninger_brosjyrer/2004/om-saksbehandlingsregler-i-barnefordelin.html?id=88086)
- Barne- og likestillingsdepartementet (2009) "Rundbrev til dommere, advokater og sakkyndig. Saksbehandlingen av barnefordelingssaker etter barneloven".
- Dalseide, Nils (2004) "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 s.172-216.(Ligger også på lovdata)
- Gisle, Jon mfl. "Jusleksikon" 3. utgave 2007.
- Holme, Hilde, Brattli Isachsen, Linn B. og Jarnæs, Nina C. Hovedoppgave ved profesjonsstudiet i psykologi for graden Cand.psychol. 2007. "Barnefordelingssaker ved domstolene. En evaluering av de nye saksbehandlingsreglene av 01.04.2004."
(<http://www.ub.uit.no/munin/bitstream/handle/10037/1758/thesis.pdf?sequence=1>)
- Kjølberg, Gunn-Mari og Johansen, Sigrid Redse (2006) "Barnefordelingstvister. Håndbok i barnerettslige emner".
- Koch, Katrin (2008-02-11) "Evaluering av saksbehandlingsreglene for domstolen i saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær".

http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/rapporter_planer/rapporter/2008/evaluering-av-saksbehandlingsreglene-for.html?id=503721

- Nordhelle, Grethe (2010) ”Kritisk blikk på sakkyndige i barnefordelingssaker”. Tidsskrift for norsk Psykologiforening nr. 8, 2010 s.744-747.
- Ronge, Kari ”Den rettsmedisinske kommisjon som sensor”. Tidsskrift for Den norske legeforening nr. 12 – 10.mai 2001:121 Nyheter og reportasjer s. 1525.
- Smith, Lucy og Lødrup, Peter (7. utgave 2006) ”Barn og foreldre”.

7.2. Lover og konvensjoner

- Lov om domstolene (Domstolsloven). LOV-1915-08-13-5
- Lov om barn og foreldre (Barnelova). LOV-1981-04-08-7.
- FNs konvensjon om barns rettigheter. (Barnekonvensjonen). Vedtatt av De Forente Nasjoner 20.november 1989. Ratifisert av Norge 8. januar 1991.
- Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven) LOV-1999-05-21-30.
- Lov om barnetrygd.(Barnetrygdloven). LOV-2002-03-08-4.
- Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven). LOV-2005-06-17-90

7.3. Lovforarbeider

- NOU 1995:23. ”Barnefaglige sakkyndighetsoppgaver. Rolleutforming og kvalitetssikring”.
- NOU 1998:17. ”Barnefordelingssaker - avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bostad”.
- NOU 2006:9 ”Kvalitetssikring av sakkyndige rapporter i barnevernsaker” – forarbeid til Lov om barneverntjenester (LOV-1992-07-17-100)
- NOU 2008:9. Med barn i fokus – en gjennomgang av barnelovens regler om foreldreansvar, bosted og samvær.
- Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) ”Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)”

- Ot.prp.nr.51 (2004-2005) ” Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)”
- Ot.prp. nr. 103 (2004-2005) Om lov om endringer i barnelova mv. (Omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.)

7.4. Rettspraksis

- Rt-2000-487
- Rt-2010-216
- Rt-2007-967
- Rt-2005-682
- LB-2010-53483
- TTONS-2009-21805

