



**Foreldres rettssikkerhet ved bruk av sakkyndige i
barnefordelingsaker**

Rettssikkerhetsmessige utfordringer ved bruk av sakkyndig som mekler, veileder og utreder i barnefordelingsaker

Kandidatnummer: 200392

Veileder: Jur.dr, post doktor Anna Nylund, UiT

Antall ord: 14871

Bergen, 2. juni 2014

Innholdsfortegnelse

Foreldres rettssikkerhet ved bruk av sakkyndige i barnefordelingssaker	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema	3
1.2 Problemstilling og avgrensning.....	5
1.3 Veien videre.....	6
2 Generelt om barnefordelingssaker	6
2.1 Barnefordelingssaker	6
2.2 Særtrekk ved barnefordelingssaker	7
3. Mekling	9
3.1 Generelt om mekling som konfliktløsningsmetode	10
3.2 Ordinær mekling, rettsmekling og utenrettslig mekling	15
4 Saksbehandlingsreglene i barnefordelingssaker.....	17
4.1 Formål.....	17
4.2 Om bruk av sakkyndig	18
4.3 Barnefordelingssaker etter den forhandlingsbaserte modell, jf. bl. § 61	19
4.3.1 Mekling, jf. bl. § 61 første ledd nr. 1	20
4.3.2 Oppnevning av ekstern mekler, jf. § bl. 61 første ledd nr. 2	21
4.3.3 Sakkyndig som veileder under midlertidige avtaler, jf. bl. § 61 første ledd nr. 7.....	22
4.3.4 Hovedforhandling og tradisjonell bruk av sakkyndig, jf. bl. § 61 første ledd nr. 3	23
4.3.5 Øvrige tiltak retten kan iverksette etter. bl. § 61 første ledd nr. 4-7	24
5 Rettssikkerhet.....	25
5.1 Rettssikkerhetskrav	28
5.1.1 Verdiriktighet	28
5.1.2 Rettsriktighet.....	29
5.2 Rettssikkerhetsgarantier	31
5.2.1 Rettssikkerhetsgaranti som trekk ved rettssystemet.....	31
5.2.2 Rettssikkerhetsgaranti i den enkelte sak.....	32
6 Analyse av foreldrenes rettssikkerhet i barnefordelingssaker	34
6.1 Foreldres rettssikkerhet når sakkyndig er mekler, veileder eller utreder	34
6.2 Foreldres rettssikkerhet når sakkyndig opptrer som mekler, veileder og utreder	36
6.2.1 Sakkyndig fra mekler til veileder	36
6.2.2 Sakkyndig fra veileder til mekler	37
6.2.3 Sakkyndig fra mekler til utreder	38
6.2.4 Sakkyndig fra veileder til utreder	41
6.3 Oppsummering analyse.....	42
7 Løsningsforslag – de lege ferenda.....	44
8 Litteraturliste	46

1 Innledning

1.1 Tema

Temaet for denne avhandlingen er foreldres rettssikkerhet i barnefordelingssaker.

Siden 1990 har antall skilsmisser per år ligget stabilt på mellom 8 000 og 12 000.¹ Mellom 11 000 og 12 000 barn opplever årlig at foreldrene skiller seg,² og mellom 10 og 15 % av foreldrene med mindreårige barn ender i retten.³ I tillegg er det mange foreldre som aldri har vært gift som tar striden om felles barn til retten. Et særegent trekk ved barnefordelingssaker er at selve tvistetemaet, barnet, ikke er part i saken selv om utfallet vil påvirke deres fremtid i aller høyeste grad. Forskning har vist at konfliktens karakter, intensitet og varighet har avgjørende betydning for barnet i barnefordelingssaker. I tillegg har det vist seg at en langvarig opprivende konflikt innvirker på foreldrenes evne til å fungere i arbeidslivet, og også i samfunnet for øvrig.⁴ Følgelig er det svært viktig å være seg bevisst både konfliktløsningsmetoden i barnefordelingssaker, og å komme til et resultat som foreldrene og barnet kan leve med.

En konflikt forutsetter at det foreligger en *avhengighet* og en *ulikhet* mellom to eller flere parter.⁵ Partenes avhengighet kan bestå i et arbeidsforhold, naboforhold, familieforhold eller annet. Ulikheten innebærer som regel en uoverensstemmelse vedrørende interesser, rettigheter eller plikter, og kan også være uenighet som bunner i hvem som skal ha et begrenset gode. For å løse en konflikt må enten avhengigheten eller ulikheten fjernes. I de fleste konflikter kan avhengigheten fjernes – man kan slutte i jobben i en arbeidskonflikt, man kan flytte fra naboen, eller man kan skille seg fra sin ektefelle. Barnefordelingskonflikter står imidlertid i en særstilling ettersom avhengigheten mellom dem – barnet – naturligvis ikke kan fjernes. Følgelig kan konflikten mellom to foreldre i en barnefordelingssak kun løses dersom de klarer å fjerne ulikheten mellom dem.

¹ <http://www.ssb.no/befolkning/statistikker/ekteskap/aar/2014-02-20#content>

² Noack, 2005.

³ Nylund, 2012, side 2.

⁴ NOU 1998:17 side 21.

⁵ Mykland, 2007, s.293.

De aller fleste foreldre blir enig om en samværsordning mellom seg. Det er avtalefrihet mellom foreldre i barnefordelingssaker. De står fritt til å inngå de avtaler om foreldreansvar, fast bosted og samvær som de måtte ønske, og som de måtte finne å være hensiktsmessig for deres situasjon. Dersom saken går til retten, snevres avtalefriheten inn i den forstand at dommeren er forpliktet til å påse at dommen eller eventuelt avtalen foreldrene inngår som rettsforlik er til barnets beste, jf. barneloven § 48.⁶

I en barnefordelingssak for domstolene fokuseres det først og fremst på å fremheve seg selv best mulig, og å svekke motparten. Det å finne flest mulig svakheter i motpartens argumentasjon vil være en fordel for egen sak. I en prosess der en dommer skal avgjøre utfallet, er det forutsatt at saken ender med en vinner og en taper. Samtidig skal resultatet være i tråd med barnets beste som er en abstrakt størrelse. Å utpeke en vinner og en taper blant foreldrene, løser ikke nødvendigvis de samarbeids- og kommunikasjonsproblemene foreldrene har. I og med at prosessen belønner den som finner flest sterke sider hos en selv, og flest svakheter hos motparten, er det lett for at foreldrene fokusere på hverandres svakheter. Prosessen vil kunne være svært sårende og krenkende, og danner i liten grad et godt grunnlag for videre samarbeid og kommunikasjon. I en prosess for domstolene er det også lite rom for skreddersydde løsninger for parter som må leve videre med hverandre. En ordinær prosess har derfor ikke blitt ansett som en god konfliktløsningsmetode i barnefordelingssaker.⁷

Egne saksbehandlingsregler for barnefordelingssaker trådte i kraft 1. April 2004 i Lov av 4. August 1981 nr. 7, barnelova (heretter bl.). Reglene for saksbehandlingen er i hovedsak nedfelt i lovens § 61, og fokuserer først og fremst på at mekling skal være den primære konfliktløsningsmetoden. Saksbehandlingsreglene innebærer også en utvidet bruk av sakkyndige under hele prosessen. I bl. § 61 er sakkyndig gitt rolle som mekler, veileder og utreder.

Fire år etter ikrafttredelse, utførte psykolog Katrin Koch en evaluering av saksbehandlingsreglene etter oppdrag fra Barne- og likestillingsdepartementet.

⁶ Koch, 2008, side 9 og Dalseide, 2004, side 177.

⁷ Nylund, 2012, side 3 og NOU:1998 side 45.

Evalueringen viste at de involverte foreldre, dommere, advokater og sakkyndig bedømte saksbehandlingsreglene som positive, men at det fortsatt var en del utfordringer. Særlig var den sakkyndiges rolle uklar, og bidro til usikkerhet hos foreldrene og hos den sakkyndige selv.⁸

Rettsikkerhet stiller krav til retten når det skal treffes en avgjørelse overfor en borger. Saksbehandlingen skal være betryggende og bidra til at resultatet blir riktig. I barnefordelingssaker må retten sørge for at saksbehandlingen er betryggende og resultatet blir riktig både for foreldrene og for barnet. I evalueringen som ble gjennomført av Koch har partene og aktørenes *opplevelser* av den praktiske gjennomføringen av saksbehandlingsreglene blitt evaluert. Når partene i barnefordelingssaker opplever den sakkyndiges ulike roller som både uklar og egnet til å skape usikkerhet, er det viktig å undersøke om den sakkyndiges ulike roller også er egnet til å svekke partenes rettsikkerhet i saksbehandlingen. Dette er temaet for avhandlingen.

1.2 Problemstilling og avgrensning

Problemstillingen i denne avhandlingen er hvordan foreldres rettsikkerhet blir ivaretatt i barnefordelingssaker etter bl. § 61. Herunder hvordan den sakkyndige i rollen som mekler, veileder og utreder påvirker foreldres rettsikkerhet.

Avhandlingen avgrenses mot barnets rettsikkerhet, og også foreldres rettsikkerhet i møte med advokater og dommere der dette ikke faller seg naturlig i prosessen. Det er mange interessante problemstillinger som melder seg når barnet og foreldrene møter aktører som advokater og dommere. Imidlertid tillater ikke omfanget av masteravhandlingen mer inngående drøftelser av disse temaene.

Målet med avhandlingen er å vise at det er rettsikkerhetsmessige utfordringer knyttet til bruken av sakkyndig i barnefordelingssaker. Det skal belyses hvordan den sakkyndige i rollen som mekler, veileder og utreder kan føre til at rettsikkerhetsgarantiene om forsvarlig saksbehandling og overprøvelsesadgang ikke

⁸ Koch, 2008, side 48-50.

blir ivaretatt. Videre vil avhandlingen vise hvordan dette igjen kan medføre at avgjørelsen i barnefordelingssaken ikke oppfyller rettssikkerhetskravet om rettsriktighet.

1.3 Veien videre

I den videre fremstillingen vil det bli redegjort for hva som kjennetegner barnefordelingssaker. Det vil også bli redegjort for hva mekling er, og hvorfor mekling primært er valgt som konfliktløsningsmetode i barnefordelingssaker.

Videre vil sakbehandlingsreglene i barnefordelingssaker bli gjennomgått, med fokus på bl. § 61. I denne delen vil det redegjøres for formålet med reglene, og også hvilke roller den sakkyndige er gitt etter bestemmelsen. Fokuset vil være på å belyse den sakkyndiges rolle som henholdsvis mekler, veileder og utreder.

Deretter vil det søkes å oppklare hva som ligger i begrepet rettssikkerhet. Herunder vil det redegjøres for hva som menes med rettssikkerhetskrav og rettssikkerhetsgarantier, og hvilken betydning dette har i barnefordelingssaker.

Den sakkyndiges roller som mekler, veileder og utreder vil så bli analysert i et rettssikkerhetsperspektiv. Den sakkyndiges roller vil bli vurdert isolert sett, og deretter i overgangen mellom flere roller.

Avslutningsvis vil det presenteres et løsningsforslag – de lege ferenda. Her presenteres den sakkyndig som utelukkende utreder for retten. Familievernkontorene foreslås som et utvidet kompetansesenter der eksterne personer kan mekle og veilede partene før de eventuelt beslutter å føre saken for retten.

2 Generelt om barnefordelingssaker

2.1 Barnefordelingssaker

Barnefordelingssaker er en fellesbetegnelse for saker som omhandler foreldres strid om felles barn. Selve begrepet *barnefordelingssaker* er omstridt av flere grunner. For det

første fremstilles barnet som et objekt som skal fordeles.⁹ En slik objektivisering av barnet fremstår som lite sammenfallende med det lovbestemte kravet om at saksbehandlingen og avgjørelsen av foreldres samvær skal være til det subjektive ”*barnets beste*”, jf. bl. § 48. For det andre fokuserer begrepet på foreldrenes strid om et ikke kompatibelt gode fremfor samarbeid om organisering av samvær. Begrepet tilsier at foreldrene er i en tvist der de kjemper om å få mest mulig av et begrenset gode – barnet. I barnelova er ikke begrepet *barnefordelingssak* brukt noen steder. Begrepet er likevel så godt innarbeidet i norsk rett at det også kommer til å bli brukt i denne avhandlingen.

Barnefordelingssaker omhandler foreldreansvar, samværsrett og spørsmål om hvor barnet skal bo.¹⁰ Vanligvis oppstår barnefordelingssaker som følge av et samlivsbrudd mellom gifte eller samboende foreldrene, men det er intet krav i barnefordelingssaker at foreldrene noen gang har hatt fast følge. Noen ganger kan tvistene også oppstå lang tid etter samlivsbruddet, og enkelte ganger får man såkalte *gjenganger* som ender opp med mer enn én rettssak om barnefordeling.¹¹

2.2 Særtrekk ved barnefordelingssaker

Barnefordelingssakene står i en særstilling av flere grunner. For det første er det lovfestet at beslutningene i barnefordelingssaker skal være til ”*barnets beste*”, jf. bl. § 48. ”*Barnets beste*” er et juridisk begrep der det ikke finnes noen objektiv standard i og med at det skal ta hensyn til det *enkelt*es barns beste. Det kreves derfor både psykologisk innsikt i et enkelte barn, samt kunnskap om barn generelt for å avgjøre hva som er det beste for akkurat dette barnet.¹²

Et annet aspekt i barnefordelingssakene er at retten ikke kan dømme ut fra faktum om hva som er skjedd i fortiden, men må ta en avgjørelse basert på hva man antar vil være best med tanke på fremtiden. Her er det en særlig utfordring for både dommeren og sakkyndige i og med at det innebærer en spekulasjon i hva som kommer til å skje i

⁹ Nylund, 2012, side 3 og Koch, 2008, side 47

¹⁰ NOU 1998:17 side 20.

¹¹ Nylund, 2012, side 2, Koch, 2008, side 42 og Bendiksen og Haugli, 2014, side 162.

¹² NOU 1998:17 side 20 og Haugli, 2007, side 235.

fremtiden. Spesielt vanskelig er det også å avgjøre hva som vil være best for et barn i fremtiden da barn utvikler seg svært mye på kort tid. Det som er det beste for barnet når det kun er ett år gammelt, er muligens ikke det beste når barnet nærmer seg skolealder. Den endelige avgjørelsen vil også kunne prege livene til foreldrene og barna i mange år fremover.¹³

Retten har heller ingen objektive holdepunkter for å si hva som er, og i fremtiden vil være, det beste for barnet. Retten vil i mange tilfeller ha en sakkyndig utredning, men også denne vil være et resultat av subjektive observasjoner og inntrykk.

Saksbehandlingen i barnefordelingssaker bærer derfor preg av å være særlig skjønnsmessig. Dette innebærer at det må stilles ekstra høye krav til at retten baserer seg på rett faktum i sakene da dette i de fleste tilfeller vil være utslagsgivende for resultatet.¹⁴

Barnefordelingssakene kjennetegnes ofte av høyt konfliktnivå mellom foreldrene. Ofte vil det kunne være høyt konfliktnivå i begynnelsen av et samlivsbrudd som roer seg etter litt tid. Familier med høyt konfliktnivå betegner en kategori som kjennetegnes av at konfliktnivået er høyt, og ikke forventes å synke. Når 85-90 % av alle foreldre med mindreårige barn selv klarer å organisere fremtidig samvær med barnet, er det grunn til å anta at en stor del av de 10-15 % som ender i retten kategoriseres som familier med høyt konfliktnivå.¹⁵ Som nevnt innledningsvis, har høyt konfliktnivå mellom foreldre vist seg å være skadelig for barnet, og dessuten uheldig for foreldrenes evne til å fungere i samfunnet.

Videre er det en utfordring i barnefordelingssaker at retten ikke bare må ta hensyn til at selve avtalen eller avgjørelsen skal være til barnets beste, men også den prosessuelle saksbehandlingen må være det.¹⁶ Dette innebærer at retten til enhver tid må vurdere om, og i tilfelle hvilke, tiltak som skal iverksettes i barnefordelingssaken. Barnet er ikke part i saken, men likevel hovedpersonen i konflikten. Det må derfor tas ekstra hensyn til at saksbehandlingen skjer så skånsomt som mulig for barnet, at behandlingen av saken

¹³ NOU 1998:17 side 16.

¹⁴ NOU 1998:17 side 16.

¹⁵ Nylund, 2012, side 2.

¹⁶ NOU 1998:17 side 21.

er med på å dempe konfliktnivået mellom foreldrene, og at en avgjørelse eller avtale kommer i stand så fort som mulig. Retten må derfor ta ulike avveininger på hva foreldrene trenger og har behov for, og hva som videre vil være til barnets beste. Slik kan retten sørge for at barnet blir minst mulig skadelidende, og så snart som forsvarlig opplever at foreldrene kommer til en robust ordning som gir barnet stabilitet og kontinuitet igjen.¹⁷

3. Mekling

Ordinær rettergang med hovedforhandling er ikke blitt ansett som en optimal arena for konfliktløsning i barnefordelingssaker. Der dommeren som utenforstående tredjeperson treffer avgjørelsen om hvem som er best egnet som foreldre, innebærer dette at hovedforhandlingen fort blir en kamparena for foreldrene. Selv om en rettslig avgjørelse setter to streker under svaret på samværsspørsmålet, er det ikke nødvendigvis slik at foreldrene klarer å forsone seg med avgjørelsen. Det er derfor lagt til grunn at retten bør etterstrebe at foreldrene kommer til en enighet seg imellom. Det er antatt at foreldre er mer villige til å etterleve og respektere en avtale de selv har vært med på å utforme fremfor en dom.¹⁸

Når gifte eller samboende foreldre til barn under 16 år går fra hverandre, må de møtes til obligatorisk mekling. Før 2007 var det krav om tre timer med tvungen mekling. 1. januar 2007 ble det endret til én time idet det viste seg å være lite hensiktsmessig bruk av ressurser å tvinge foreldre til tre timers mekling dersom de klarte å bli enig på egenhånd, eller ikke var motivert for mekling. Foreldrene blir samtidig tilbudt opptil syv timer gratis mekling dersom de ønsker dette.¹⁹ Etter fullført mekling, får foreldrene den nødvendige separasjonsbevillingen som kreves for å kunne søke utvidet barnetrygd, jf. el. § 26, jf. btrl. § 51 og btrl. § 9 femte ledd.²⁰ Denne meklingen er også obligatorisk å ha gjennomført før en i det hele tatt kan reise sak om foreldreansvar, fast bosted eller

¹⁷ Ellingsæter, 2008, side 106. Barnets behov for stabilitet og kontinuitet er også lovfestet i Lov av 17. Juli 1992 om barneverntjenester, barnevernloven § 4-1.

¹⁸ NOU 1998:17 side 40.

¹⁹ Oslo tingrett, 2011, side 2.

²⁰ Bernt, Camilla, 2011, side 122.

samvær. Dette gjelder uavhengig av om foreldrene noen gang har bodd sammen, jf. bl. §§ 51 og 56 annet ledd.

Mekling er en sentral konfliktløsningsmetode i barnefordelingssaker. For å forstå saksgangen i barnefordelingssaker, er det nødvendig å se nærmere på denne typen konfliktløsningsform. Det vil derfor i det følgende bli redegjort for hva som kjennetegner mekling som konfliktløsningsmetode, grunnleggende prinsipper for mekling, utfallet av endt mekling, samt den rettslige betydningen av oppnådd enighet.

3.1 Generelt om mekling som konfliktløsningsmetode

Mekling er en konfliktløsningsmetode som kan foregå både i og utenfor retten, men som er utenrettslig i den forstand at verken prosessen eller løsningen er særlig styrt av rettsregler.²¹ Mekling åpner for at partene kan komme til løsninger som rettsreglene ikke angir. Konfliktløsningsformen er ikke ny i Norge, men har fått særlig stor gjennomslagskraft de siste årene.²² Særlig ble betydningen av mekling understreket i norsk sammenheng da tvistemålsloven ble til Lov av 16. Juni 2005, Lov om *mekling* og rettergang i sivile tvister (min kursivering), tvl. Mekling appellerer sterkt til både næringslivet og privatpersoner da denne konfliktløsningsformen er konfidensiell og mindre tidkrevende enn både voldgift og rettergang.²³ Mekling har også andre fordeler. Ved at partene bidrar i prosessen, kan de komme til et skreddersydd resultat som fjerner uoverensstemmelsen mellom dem, samtidig som prosessen ivaretar avhengighetsforholdet mellom partene.

Mekling defineres ofte som:

²¹ Tvistelovens annen del inneholder bestemmelser for mekling. Her angis hvem som kan være mekler, samt rammene for virkemidler meklere kan ta i bruk, virkninger av forlik etc. Loven angir imidlertid ikke hvordan selve meklingsprosessen skal gjennomføres, hvilke meklingsteknikker som skal benyttes etc.

²² Se blant annet opphevet Lov av 13. august 1915 nr. 6, tvistemålsloven, kapittel 21 om mekling forliksråd. For mer om dette, se også NOU 2001:32 kapittel 10 og Austbø og Engebretsen, 2006, side 20 følgende.

²³ Balstad, 2005, side 237.

"En uformell og strukturert prosess, hvor en nøytral tredjepart hjelper partene til å forhandle seg frem til en gjensidig akseptabel løsning på sin konflikt. Tredjepart treffer ingen avgjørelse".²⁴

I mekling er det en grunnforutsetning at mekleren fremstår som *nøytral* og *upartisk* overfor partene.²⁵ Upartiskhet forutsetter at mekler verken favoriserer eller disfavoriserer en part over en annen, men respekterer begge parter for deres bakgrunn, interesser og verdier.²⁶ Nøytralitet knytter seg til resultatet av meklingen ved at mekleren ikke skal ha noen interesse i at meklingen ender i et bestemt resultat, eller et resultat overhodet.²⁷ Dette innebærer en erkjennelse for mekler om at partene eier sin egen konflikt og er eksperter på eget liv. I forlengelse av kravet om nøytralitet, skal i tillegg mekleren være uavhengig. Mens nøytralitet i stor grad skriver seg til hvordan mekleren oppfatter seg selv, vil uavhengighet vise til hvordan partene oppfatter mekleren. Uavhengighet innebærer således at det ikke skal foreligge forhold på meklerens side som får partene til å stille spørsmål vedørende meklerens habilitet. Dette vil kunne svekke tilliten til mekleren og meklingsprosessen.²⁸

Selve kjennetegnet ved mekling er at partene i konflikten bistås av en tredjeperson. Begrepet "*tredjepart*" må ikke tolkes dithen at mekleren er en part i saken. Tredjepersonen er mekleren som ikke er en del av verken konflikten eller den eventuelle løsningen. Som definisjonen angir, er det en grunnleggende forutsetning for mekling at tredjepersonen, mekleren, ikke treffer noen avgjørelse. Det er vanlig å si at mekleren har ansvaret for prosessen, mens partene har ansvaret for resultatet.²⁹

Selv om mekleren er nøytral, er det ønskelig i meklingen at partene kommer frem til et resultat i form av en avtale. Mekling er definert som en type assistert forhandling, og det er derfor mekleres oppgave å assistere eller hjelpe partene med å få en fastlåst konflikt over i en konstruktiv forhandling. På den måten er målet at partene kan klare å

²⁴ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl., 2008, side 91.

²⁵ Austbø og Engebretsen, 2006, side 49.

²⁶ Vindeløv, 2013, side 151.

²⁷ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl., 2008, side 91.

²⁸ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 91-92.

²⁹ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 92.

fremforhandle en avtale som ivaretar begge parterens interesser.³⁰ Et særtrekk ved mekling er at meklingen likevel kan anses som vellykket selv om partene ikke kommer frem til en avtale. Ofte vil meklerens teknikker i den strukturelle prosessen, bidra til at partene lærer seg å kommunisere egne ønsker, interesser og bekymringer, reflektere over egne valg og anerkjenne forskjellene mellom dem.³¹ Dette vil kunne være et mål i seg selv.³²

Mekling inngår som en uformell og strukturert prosess. At prosessen er uformell skriver seg til at den i liten grad er styrt av regler. Mekler og partene står relativt fritt med tanke på hvordan de ønsker å legge opp meklingsprosessen. Mekleren har likevel ansvar for prosessen i den forstand at meklingen har en form for struktur. I dette ligger at partene skal gjennom ulike faser eller trinn som optimaliserer muligheten for at partene blir enig.³³ Mekleren skal også søke å etablere en struktur i kommunikasjonen. Eksempelvis vil mekleren kunne hjelpe partene med å *rydde opp* i en ellers kaotisk og fastlåst konflikt ved å få partene til å ta fatt på én problemstilling av gangen.³⁴

Mekleren skal også forsøke å hjelpe partene til å finne en gjensidig akseptabel løsning. I Norge er meklingen i hovedsak interessebasert i den forstand at mekleren søker å komme til bunns i partenes underliggende interesser og behov.³⁵ Interessebasert mekling illustreres ofte ved to parter som står på hver sin fjelltopp og roper ut standpunkter til hverandre. Dersom mekleren klarer å få partene til å kommunisere med hverandre, vil man kunne få partene til å gå nedover fra fjelltoppene sine og dermed nærmere hverandre. Der kan partene se at de har overlappende interesser, og enda lenger ned kan de kanskje se at de på bunnen har felles behov og bekymringer.³⁶ Partene inntar standpunkter eller posisjoner i forhandlinger for å gi sine interesser, behov og bekymringer et strategisk uttrykk. En meklers jobb vil ofte være å forsøke å

³⁰ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 91-92.

³¹ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 93.

³² Austbø og Engebretsen, 2006, side 121

³³ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 92.

³⁴ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 95.

³⁵ Austbø og Engebretsen, 2006, side 49.

³⁶ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 193-194

avklare hvilke interesser, behov og bekymringer partene søker å ivareta gjennom sitt standpunkt eller krav.³⁷

Betydningen av en interessebasert mekling illustreres ofte av *appelsineksempelen*:

"I en familie har de fire appelsiner. Datteren spør faren om hun kan få dem, og han sier ja. Sønnen går og spør moren, og får ja fra henne. Konflikten er et faktum, og de fleste foreldre ville raskt dele appelsinene likt mellom barna med to appelsiner til hver. Finnes det andre måter å resonnerer på?"

- *Juristen vil antagelig anvende prinsipper om først i tid, best i rett, eller spørre om hvem som hadde disposisjonsretten over appelsinene.*
- *Den tradisjonelle mekler vil, som foreldrene, skjære igjennom med rettferdighetsprinsipper: to appelsiner til hver.*
- *Den interessebaserte mekleren vil spørre hva de skal bruke appelsinene til. Datteren svarer at hun skal bruke skallet til appelsinmarmelade til speiderloppemarkedet, mens sønnen skal ha appelsinene til fruktsalat på speiderfesten etterpå. Begge får det de har behov for: Datteren får skallet og sønnen frukten av alle appelsinene."³⁸*

Eksempelen illustrer at krav som på overflaten tilsynelatende ikke er kompatible, viser seg å ha interesser som er det. Ved å klarlegge partenes interesser, kan begge få det de ønsker seg.³⁹

Mekling forutsetter videre frivillighet. Frivilligheten i mekling innebærer at partene har valgt konfliktløsningsmetoden av egen fri vilje, og at både partene og mekleren til enhver tid kan avslutte meklingen.⁴⁰ Likevel er partene forpliktet til å samarbeide om prosessen, skaffe nødvendig informasjon og prøve å finne tilfredsstillende løsninger så lenge meklingen varer.⁴¹

³⁷ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 193 og Austbø og Engebretsen, 2006, side 52-53

³⁸ Austbø og Engebretsen, 2006, side 51.

³⁹ Austbø og Engebretsen, 2006, side 51.

⁴⁰ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 125. Austbø og Engebretsen, 2006, side 55

⁴¹ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 313.

Konfidensialitet betegnes også som et hovedprinsipp i mekling. Konfidensialitet i mekling innebærer at både mekleren og partene har taushetsplikt om det som kommer frem under meklingen. I tillegg innebærer dette at mekleren kan ha taushetsplikt overfor bare én av partene dersom det eksempelvis fremkommer informasjon under et sær møte som den ene parten ikke ønsker skal tas opp i fellesmøtet.⁴² Grunnet aktørens taushetsplikten skal det som hovedregel ikke skrives referat fra meklingen. Hovedregelen er at det som kommer frem under meklingen blir i meklingsrommet, og at verken referat eller vitnesbyrd fra meklingen skal gis i en eventuelt senere retts sak. Prinsippet om konfidensialitet innebærer at partene lettere kan åpne seg uten å frykte konsekvenser etter meklingen.⁴³

En mekler vil ha ulike teknikker og verktøy for å klarlegge partenes posisjoner, interesser og behov. Blant disse er sær møter svært utbredt. Sær møter innebærer at mekleren møter partene hver for seg. Det er flere fordeler ved å benytte seg av sær møter. Noen ganger behøver partene å kjøle ned følelsene sine i sær møte. Andre ganger kan mekler foreslå sær møter for å kartlegge partenes interesser, behov og bekymringer der de åpenbart ikke ønsker å dele disse i fellesmøtet.⁴⁴

Det er også en rekke ulemper ved bruk av sær møter. Blant annet vil informasjonen mekler får i sær møtene, og som skal deles i fellesmøte, sjelden kunne overbringes uten at endringer i opprinnelig budskap eller fremstillingsmåte forekommer. Partene mister også muligheten til å formidle, og få formidlet, informasjon til hverandre, slik at partene og mekleren kan gå glipp av mye verdifull informasjon om partenes innbyrdes reaksjonsmønster.⁴⁵ I tillegg reises noen etiske spørsmål ved bruk av sær møter. Blant annet kan en mekler motta informasjon fra den ene part som er av vesentlig betydning for den andre part, uten at mekleren gis tillatelse til å videreformidle informasjonen i fellesmøtet. Mekleren kan da være vel vitende om at et forlik inngås på sviktende

⁴² Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 95.

⁴³ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 173, 255, 27. Se også Austbø og Engebretsen, 2006, side 99-100.

⁴⁴ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 201 og Austbø og Engebretsen, 2006, side 98-99.

⁴⁵ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 254.

premisser, eller at forliket av en eller annen grunn ikke vil være permanent.⁴⁶ Bruken av særmøter i mekling vil derfor variere alt etter hvilken mekler som benyttes, hvilken meklingsteknikk som brukes, om meklingen er i eller utenfor retten.

3.2 Ordinær mekling, rettsmekling og utenrettslig mekling

Overfor er det gitt en generell beskrivelse av mekling. I tillegg gjelder det enkelte særregler for ulike typer mekling som konfliktløsningsform. I tvisteloven skilles det mellom ordinær mekling, rettsmekling og utenrettslig mekling. I det følgende vil de bli redegjort for.

Ordinær mekling etter tvl. § 8-2 baserer seg ikke på interessebasert mekling, men har en mer pragmatisk tilnærming som har lang tradisjon i norsk rett.⁴⁷ Under ordinær mekling er det dommeren som mekler mellom partene, og han kan også være dommer i en hovedforhandling dersom partene ikke oppnår forlik, jf. tvl. § 8-2 første ledd.⁴⁸ Når dommeren kan treffe en avgjørelse i saken etter å ha meklet i den, skjerper dette kravet til objektivitet og habilitet hos dommeren, jf. dl. § 108. Meklingen gjennomføres i vanlig rettsmøte der begge parter er tilstede. Ettersom dommeren må opprettholde sin habilitet, kan ikke dommeren holde særmøter, jf. tvl. § 8-2 første ledd. I forlengelse av dette kan dommeren heller ikke "*motta opplysninger som ikke kan gjøres kjent for alle berørte parter*" da dette ville stride mot det grunnleggende kontradiktoriske prinsipp, jf. tvl. § 8-2 første ledd, annet punktum. Avslutningsvis er dommeren også avkortet fra å komme med løsningsforslag, gi råd eller uttrykk som er "*egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet*", jf. tvl. § 8-2 første ledd, siste setning.⁴⁹

Dersom partene blir enig, kan forliket inngås som et rettsforlik, jf. tvl. § 8-2 annet ledd. Et rettsforlik protokolleres, jf. tvl. § 8-5 sjette ledd, og gjøres offentlig, jf. tvl. § 14-2 første ledd. Et rettsforlik har videre den virkning at avgjørelsen blir rettskraftig, og den kan dermed tvangsfullbyrdes. Et rettsforlik kan imidlertid ikke ankes, jf. tvl. § 19-12 første

⁴⁶ Austbø og Engebretsen, 2006, side 169.

⁴⁷ Rettens adgang til å mekle mellom partene, var også lovfestet i den opphevede tvistemålsloven § 99 første ledd.

⁴⁸ Nylund, 2011, side 3.

⁴⁹ Bernt, Camilla, 2011, side 103. Sammenlign også habilitetsreglene for dommeren i dl. § 108.

ledd, jf. § 19-15. Avgjørelsen kan kun angripes ved å påberope seg ugyldighetsgrunner etter avtalelovens tredje kapittel, jf. § 19-12 andre ledd.⁵⁰

Rettsmekling kan benyttes i tillegg til, eller istedenfor, ordinær mekling, jf. tvl. § 8-3 første ledd. I motsetning til i ordinær mekling, er ikke nødvendigvis rettsmekleren en dommer, jf. tvl. § 8-4 første ledd. Dersom mekler er en dommer, kan vedkommende dommer som hovedregel ikke være dommer i en fremtidig retts sak, jf. tvl. § 8-7 annet ledd. Dette får innvirkning på de øvrige reglene da ikke de samme skjerpene habilitetskravene gjør seg gjeldende.⁵¹

Rettsmeklingen foregår først og fremst utenfor rettsmøter, jf. tvl. § 8-5 første ledd. Partene skal møte personlig, men kan ha med prosessfullmektige jf. tvl. § 8-5 annet ledd. I motsetning til ordinær mekling er det adgang til å benytte særmøter, jf. tvl. § 8-5 første ledd, og mekler kan også "*peke på forslag til løsning og drøfte styrke eller svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon*", jf. tvl. § 8-5 tredje ledd. Følgelig er mekler gitt en mye friere og mer aktiv rolle i rettsmekling. Det er imidlertid viktig å merke seg at mekler likevel alltid skal opptre upartisk, jf. tvl. § 8-5 tredje ledd.

Dersom partene kommer til enighet, kan de velge om dette skal inngås som et rettsforlik eller utenrettslig forlik, jf. tvl. § 8-5 sjette ledd. Et rettsforlik kan som nevnt ikke ankes, men får rettsvirkninger som en rettskraftig dom. Et utenrettslig forlik får virkning som en privat avtale.⁵²

Parter i en rettslig tvist kan også ta saken inn til *utenrettslig mekling*. Dette er en fornyelse av det som tidligere ble referert til som "*advokatmekling*".⁵³ Som kallenavnet tilsier, er det ofte advokater som bistår som meklere i utenrettslig mekling, men partene kan selv avtale hvem som skal være mekler, eller hvordan mekleren skal oppnevnes, jf. tvl. § 7-2 første ledd. Den som oppnevnes som mekler, skal være "*upartisk, uavhengig av partene og kvalifisert for vervet*", jf. tvl. § 7-2 andre ledd. Partene kan også selv avtale fremgangsmåte for meklingen, og mekler forplikter seg til å følge denne så langt det er

⁵⁰ Bernt, Camilla, 2011, sde 103-104

⁵¹ Bernt, Camilla, 2011, side 116 og 118.

⁵² Bernt, Camilla, 2011, side 120

⁵³ Kjelland-Mørdre, Kristin m.fl. Konflikt, 2008, side 111.

forsvarlig, jf. tvl. § 7-3 andre ledd. Følgelig er det opp til partene selv å avgjøre om det skal åpnes for særmøter. Partene trenger imidlertid ikke å delta selv, men kan være representert av en person med fullmakt til å inngå avtale på deres vegne, jf. tvl. § 7-3 første ledd. I utenomrettslig mekling gjelder tvl. § 8-6 om bevisforbud og taushetsplikt, jf. tvl. § 7-3 sjette ledd. Meklingen kan enten ende i et utenrettslig forlik, eller i brudd. Avsluttet mekling skal protokolleres, jf. tvl. § 7-3 femte ledd.

4 Saksbehandlingsreglene i barnefordelingssaker

På bakgrunn av særtrekkene i barnefordelingssaker, har det vært nødvendig å utforme egne saksbehandlingsregler for akkurat disse sakene. Saksbehandlingsreglene for barnefordelingssaker fremgår primært av bl. § 61. Som bakgrunnsrett gjelder tvisteloven og domstolloven, jf. bl. § 59, tredje ledd.

Behandlingen i bl. § 61 angir tre ulike alternativer for saksbehandlingen. Foreldrene kan møtes til mekling i saksforberedende møter, jf. bl. § 61 første ledd nr. 1. De kan møtes til utenrettslig mekling, jf. bl. § 61 første ledd nr. 3. Foreldrene kan også få avgjort saken av retten i eller utenfor hovedforhandling, jf. bl. § 61 første ledd, jf. bl. § 61 første ledd nr. 8.

Retten skal prøve ut ett eller flere tiltak som oppstilles i bl. § 61. Det kan være at tiltakene ikke fører til at foreldrene inngår et forlik, eller ellers viser seg å være uhensiktsmessig. Av hensyn til effektivitet i saksbehandlingen skal retten da sette dato for hovedforhandlingen "*straks*", jf. bl. § 61 første ledd.

I det følgende vil formålet med dagens saksbehandlingsregler bli gjennomgått. Deretter vil saksbehandlingsreglene i bl. § 61 bli redegjort for.

4.1 Formål

Formålet med saksbehandlingsreglene er å legge forholdene til rette for at foreldre skal kunne komme frem til en minnelig løsning om foreldreansvar, barnets bosted og

samvær.⁵⁴ Fremfor å forhandle om ”fordeling” av barnet, er målet å få foreldrene til å kommunisere om omsorgsorganiseringen av barnet.⁵⁵

Prinsippene i dagens regler skriver seg i stor grad fra et prøveprosjekt med navn ”Konflikt og forsoning” som ble startet opp i Indre Follo tingrett i 1997.⁵⁶ Basert på dette prøveprosjektet, er aktørenes rolle i dagens regler først og fremst å hjelpe partene med å flytte fokus fra deres innbyrdes konflikt, og over til barnet. Kjernen i prosessen er hvordan foreldrene på best mulig måte kan mestre det å være mor og far til felles barn.⁵⁷ Fokuset hos alle de involverte aktører skal være hva partene faktisk får til, fremfor hva de har mislyktes med.⁵⁸ Dette momentet er fremhevet i meklingsteorien som *empowerment* og oversettes gjerne til *myndiggjørelse*. Målet er å *rydde opp* i konflikten som ofte oppfattes som kaotisk. Foreldrene skal bringes ut av den maktesløsheten mange opplever, og bringes til aktiv lytting og større innsikt hos hverandre. Ved å myndiggjøre og styrke følelsen av selvverd og tillit, er målet at man øker partenes handleevne.⁵⁹

4.2 Om bruk av sakkyndig

For å oppnå formålet om samarbeid og en avtale om omsorgsorganisering er det i reglene om barnefordelingssakene gitt anledning til en utstrakt bruk av sakkyndig. I barnefordelingssaker vil en sakkyndig som regel bli oppnevnt på forhånd av det første saksforberedende møtet. Her kan den sakkyndige få til oppgave å være mekler. Retten vil allerede før møtet gi den sakkyndige mandatet, men foreldrene skal få mulighet til å uttale seg før retten avgjør den sakkyndiges mandat. Dersom foreldrene samtykker, kan den sakkyndige ha samtaler med barnet, dra på hjemmebesøk eller gjøre andre forberedende undersøkelser før det første saksforberedende møte, jf. bl. § 61 første ledd nr. 1

⁵⁴ Ot.prp.nr.29 (2002-2003), side 36 og bl. § 52.

⁵⁵ Nylund, 2011, side 304.

⁵⁶ Rønbeck, 2010, side 720-729.

⁵⁷ Rønbeck, 2004, side 275-281.

⁵⁸ Rønbeck, Knut, 2004, side 275-281.

⁵⁹ Vindeløv, 2013, side 162.

Som det vil redegjøres for, gis partene adgang til å inngå en midlertidig avtale om samvær de kan prøve ut. Under en slik prøveperiode kan en sakkyndig gis mandat som veileder, jf. bl. § 61 første ledd nr. 7. Mandatet til sakkyndig som veileder er et resultat av et ønske om mer oppfølging av partene etter inngått avtale eller avsagt dom. Det er blitt antatt det øker sjansene for at partene inngår en varig avtale dersom de i prøveperioden får veiledning av den sakkyndige.⁶⁰

Dersom barnefordelingssaken ikke løses i forberedende møter eller i midlertidig prøveordninger, vil retten kunne sette dato for hovedforhandling, jf. bl. § 61 første ledd. En sakkyndig kan da få mandat som utreder i saken. Dette betegnes ofte som tradisjonelt sakkyndigarbeid, og var også en del av de tidligere saksbehandlingsregler. Dette arbeidet innebærer i hovedsak utarbeidelse av skriftlig redegjørelser for retten i form av en faglig utredning.⁶¹

Når den sakkyndige opptrer som mekler, veileder eller utreder har den sakkyndige ikke taushetsplikt overfor retten, jf. bl. § 50 andre ledd. Det fremgår av veiledningen til bestemmelsen at dette er noe den sakkyndige "bør" opplyse foreldrene om.⁶²

4.3 Barnefordelingssaker etter den forhandlingsbaserte modell, jf. bl. § 61

Bl. § 61 lister opp syv ulike saksbehandlingsformer som retten kan benytte seg av i kombinasjon eller alene for å løse konflikten mellom foreldrene. Bl. § 61 første ledd nr. 1-3 angir tre ulike alternativer for konfliktløsning. Her angir bestemmelsen henholdsvis mekling, utenrettslig mekling og hovedforhandling. I bl. § 61 første ledd nr. 4-7 angis ulike tiltak som kan brukes som støtte og kan kombineres på ulike måter med ulike former for saksbehandling.

Under prosessen kan partene inngå en minnelig løsning i form at et utenrettslig forlik eller et rettsforlik, eller velge å få saken avgjort av retten.⁶³ I sistnevnte tilfelle er det gitt adgang for retten i bl. § 61 første ledd nr. 8 å avsi dom uten hovedforhandling dersom

⁶⁰ Ot.prp.nr.29 (2002-2003), side 38.

⁶¹ Ot.prp.nr.29 (2002-2003), side 35.

⁶² Veileder Q-15/2004 s.16

⁶³ Dette fremgår både av bakgrunnsretten, tvl. § 8-2 andre ledd, jf. bl. § 59 tredje ledd, og også forutsetningsvis også av bl. §§ 55 og 61.

"partane samtykkjer til det og retten ser det som forsvarleg". I motsatt fall, settes dato for hovedforhandling *"straks"*, jf. bl. § 61 første ledd.

I den videre fremstillingen vil saksbehandlingsreglene i bl. § 61 første ledd nr.1-7 bli redegjort for. Det vil fokuseres på delene av bestemmelsene som involverer bruk av sakkyndig.

4.3.1 Mekling, jf. bl. § 61 første ledd nr. 1

I barnefordelingssaker vil foreldrene først møte i et saksforberedende møte. I dette møtet skal tvistepunktene mellom partene forsøkes å redegjøres for med det formål å kunne fastsette den videre gangen i saken. Der det viser seg at det eksempelvis er rus eller psykiatri i bildet, vil foreldrenes tvist gjerne være uegnet for mekling. Dette vil oppklares i det forberedende møtet, og dato for hovedforhandling vil da kunne settes.⁶⁴

I de forberedende møtene vil det bli fokusert på å mekle mellom partene. Både dommeren og den sakkyndige kan mekle. Mekling i barnefordelingssaker er en form for ordinær mekling, men med noen modifikasjoner.⁶⁵ Tvl. § 8-2 om ordinær mekling gjelder subsidiært ved familiemekling, jf. bl. § 59 tredje ledd. I de tilfellene dommeren har meklet i de saksforberedende møtene og skal gå til å være dommer i hovedforhandlingen, gjelder også habilitetsreglene i dl. § 108. Som en konsekvens av dette kan dommeren i familiemekling ikke avholde særmøter, eller motta informasjon som ikke begge parter får innsyn i. Dette setter skranker for hvor fritt dommeren står ved bruk av sine virkemidler.

Imidlertid har dommeren en veiledningsplikt etter tvl. § 11-5. Sammen med den sakkyndige har dommeren også den vanskelige rolle å ivareta hensynet til barnet som ikke deltar i meklingen. Det er derfor fremhevet i teorien at en dommer eller sakkyndig kan gå lenger i bruk av virkemidler enn det som ellers vil anses akseptert i ordinær mekling.⁶⁶ Dersom dommeren eller den sakkyndige har hatt samtaler med barnet forut for meklingen, kan de videreformidle til foreldrene i meklingen hva de har oppfattet som

⁶⁴ Veileder Q-15/2004 s.16

⁶⁵ Nylund, 2011, side 6.

⁶⁶ Nylund, 2011, side 6-7.

barnets ønsker. De kan på den måten påvirke foreldrenes mekling og innholdet i et eventuelt forlik. Det kan også tenkes at dommeren eller den sakkyndige i meklingen kan utøve press på partene ved å understreke viktigheten av å komme til en løsning. Dette ved å påpeke overfor foreldrene hvor skadelig en uløst og vedvarende konflikt kan være for barnet. Å utøve press overfor foreldrene innebærer en mer evaluerende rolle for mekleren, og er ikke helt ukontroversielt.⁶⁷

Den sakkyndige er undergitt færre restriksjoner som mekler enn en dommer i barnefordelingssaker. Når sakkyndig mekler i saken, gjør ikke de strenge habilitetskravene for dommeren seg gjeldende fordi den sakkyndige ikke skal treffe noen avgjørelse i saken. Følgelig gjelder ikke begrensningen i tvisteloven § 8-2 når den sakkyndige mekler, og forarbeidene har anbefalt at den sakkyndige som hovedregel bør mekle mellom partene.⁶⁸

Den sakkyndige har heller ikke taushetsplikt overfor retten da den sakkyndiges hovedoppgave er å bistå dommeren. Det er derfor understreket i veiledningen til barneloven at den sakkyndige bør informere partene om sin rolle, taushets- og opplysningsplikt, sitt mandat, samt konsekvensene deres arbeid kan få. Sakkyndig plikter å svare på spørsmål på samme måte som vitner, jf. bl. § 50 annet ledd og tvl. § 25-5 fjerde ledd, og kan ikke gi løfte om taushetsplikt til en part. Sakkyndig kan derfor ikke motta informasjon fra parter eller andre som ikke kan meddeles i rettsmøtet. I tillegg påhviler det den sakkyndige et selvstendig ansvar for at partene ikke går med på avtaler som følge av urimelig press enten på dem selv eller på barnet.⁶⁹

4.3.2 Oppnevning av ekstern mekler, jf. § bl. 61 første ledd nr. 2

Istedenfor, eller i tillegg til at dommeren eller en sakkyndig mekler i det saksforberedende møtet, kan retten vise partene til en "godkjend meklar" eller en "annan person" som har spesiell innsikt i det saken gjelder. Denne meklingen vil skje utenfor retten. Dette vil være særlig hensiktsmessig når partene ikke tidligere har forsøkt mekling, eller når foreldrenes sak tidligere ikke har vært egnet for mekling, men

⁶⁷ Bernt, Camilla, 2011, side 130, jf. Rønbeck, 2007, side 538-539.

⁶⁸ Nylund, 2011, side 7, jf. Ot.prp.nr.29 (2002-2003).

⁶⁹ Veileder Q-15/2004 s.26.

nå er moden for det. Det kan også være aktuelt i de tilfeller der partene var enige da de møtte til mekling, men nå er blitt uenige igjen. Bruk av andre enn godkjente meklere, åpner for at andre personer med spesielle forutsetninger for å løse saken, kan kobles inn. Dette kan være på grunnlag av deres utdanning, erfaring, evner eller personlige egenskaper. Ofte vil ekstern mekling tilbys på familievernkontorene. Det avgjørende for om retten ønsker å koble inn en slik ekstern mekler, er om det vil være til det beste for barnet, jf. bl. § 48.⁷⁰

I motsetning til den sakkyndige har en ekstern mekler taushetsplikt overfor retten etter bl. § 50 første ledd. Taushetsplikten for den eksterne meklere omhandler det som kommer frem om personlige forhold i forbindelse med oppdraget. Denne taushetsplikten kan imidlertid opphøre dersom vedkommende som meklere har taushetsplikt overfor, samtykker til at opplysningene kommer frem. Dersom saken ender i hovedforhandling, vil vitneforklaring fra den eksterne meklere også kunne nektes som følge av at meklere anses som "*meklere i ekteskapsaker*" etter tvl. § 22-5 første ledd.⁷¹

4.3.3 Sakkyndig som veileder under midlertidige avtaler, jf. bl. § 61 første ledd nr. 7

Midlertidig avtaler innebærer at foreldrene kan prøve ut en samværløsning i et fastsatt tidsrom. Et viktig moment i denne sammenheng er at foreldrene ikke mister sin rettslige eller faktiske posisjon selv om de inngår slike midlertidige avtaler. Bestemmelsen gir ingen veiledning om hvor langt tidsrom det er snakk om, men det bør være såpass at foreldrene virkelig får prøvd ut den avtalte ordningen, og ikke minst at det skaper en viss stabilitet for barnet. Det er opp til partene, retten og eventuelle sakkyndige å avgjøre lengden på prøveperioden.⁷²

Bestemmelsen angir både muligheten for å inngå en midlertidig avtale generelt, og muligheten for retten til å oppnevne en sakkyndig eller annen egnet person til å veilede under midlertidige avtaler. I veiledningen til bestemmelsen fremgår det at det i så fall vil være hensiktsmessig å bruke den samme sakkyndig til å veilede partene som benyttet

⁷⁰ Veileder Q-15/2004 s.18.

⁷¹ Dette fremgår også av tvl. § 7-3 sjette ledd, jf. § 8-6.

⁷² Veileder Q-15/2004 side 21.

under de saksforberedende møtene. Det er videre fremhevet at den som skal være sakkyndig i prøveperioden bør ha tillit hos begge parter. Hovedoppgaven til den sakkyndige vil i denne rollen være å gi råd til partene, bidra til at konfliktnivået reduseres og til at foreldrene fokuserer på barnet i prøveperioden. I tillegg vil den sakkyndig være behjelpelig med å gi råd til foreldrene når de møter små og store vanskeligheter underveis i prøveperioden.⁷³

Midlertidige avtaler vil prøves ut etter mekling i saksforberedende møte. Det er i utgangspunktet ingenting i veien for at foreldrene finner ut at ordningen er så god at de ønsker å avbryte videre forhandlinger, og gjøre ordningen permanent. I motsatt fall vil partene møtes i et nytt forberedende møte etter endt prøveperiode. Da vil sakkyndig gå tilbake til meklerrollen og mekle mellom foreldrene om en ny ordning, eventuelt beslutte i samråd med retten at dato for hovedforhandling bør settes.

Midlertidige avtaler vil kunne bidra til at saken tidsmessig blir trukket ut. Som nevnt er en langvarig saksbehandling ofte uheldig for barnet. Imidlertid har evalueringen av saksbehandlingsreglene vist at midlertidige avtaler under sakkyndig veiledning virker etter sin hensikt.⁷⁴ Konfliktnivået dempes og foreldrene samarbeider. Så lenge de midlertidige avtalene ikke blir avtalt over for kort tidsrom, og så lenge de blir tilpasset barnets egen timeplan, er det nærliggende å tenke seg at barnet fortsatt opplever stabilitet.

4.3.4 Hovedforhandling og tradisjonell bruk av sakkyndig, jf. bl. § 61 første ledd nr. 3

Å skrive utredning for retten blir ofte omtalt som tradisjonelt sakkyndigarbeid. Når den sakkyndige får til mandat å skrive en utredning, er dette med sikte på å fremstille denne for retten. Det vil si at partene og retten har bestemt at saken skal løses i en hovedforhandling.

Når den sakkyndige skriver en utredning for retten, innebærer dette at den sakkyndige avgir en skriftlig erklæring som foreldrene får innsyn i forut for hovedforhandlingen. Den sakkyndige som er utreder saken, vil som hovedregel også møte for retten og avgi

⁷³ Veileder Q-15/2004, side 21 og 22.

⁷⁴ Koch, 2008, side 47.

forklaring. Det beror på en konkret vurdering om det skal oppnevnes en sakkyndig som utreder. Selv om det ikke er behov for en sakkyndig som mekler i barnefordelingssaken, kan en sakkyndig kobles inn til å utrede saken. Dette vil typisk være i tilfeller der vold, psykiatri eller rus i familien gjør mekling uegnet, men en utredning desto viktigere.⁷⁵

Sakens behov vil være det avgjørende for hvilken kompetanse den sakkyndige skal ha. En sakkyndig kan eksempelvis ha spesiell kompetanse innen psykologi og barnepsykiatri. Men det vil også kunne være særlig viktig med kompetanse innenfor flerkulturelle spørsmål der eksempelvis én eller begge foreldre er av utenlandsk opprinnelse. I veiledningen til bestemmelsen, Q-15/2004, er det presisert at det vil være en fordel at en eventuell tidligere sakkyndig som har meklet eller veiledet foreldrene i saken etter § 61 første ledd nr. 1 eller nr. 7 får i oppdrag å gjøre utredelsen.⁷⁶

4.3.5 Øvrige tiltak retten kan iverksette etter. bl. § 61 første ledd nr. 4-7

Med tanke på at både saksbehandlingen og utfallet av saken skal være til det bestemte barnets beste, jf. § 48, er det hensiktsmessig at enten dommeren eller den sakkyndige har samtaler med barnet, jf. bl. § 61 første ledd nr. 4. Her kan retten få et bedre grunnlag til å avgjøre både saksgangen og den eventuelle fremtidige dommen. Etter dagens regler har barnet rett til å bli hørt etter fylte syv år, jf. bl. § 31 andre ledd.

Gjennomføring av samtaler med barnet kan skje både før og etter saksforberedende møter, jf. bl. § 61 første ledd nr. 1 og nr. 4. Når den sakkyndige eller dommeren mekler i de saksforberedende møtene, innebærer dette at de i meklingsrollen bør videreformidle det de oppfatter som barnets ønske. Dette innebærer også at mekleren vil måtte være mer styrende i meklingsprosessen enn det som ellers følger av meklingsprinsippene skissert overfor. En mekler vil eksempelvis kunne påpeke barnets ønsker dersom foreldrene ser ut til å ville inngå en avtale om samvær som er stikk i strid med det som barnet har gitt uttrykk for. I tillegg vil mekleren måtte ta en avveining der det viser seg at barnet har et stort behov for raskt avklaring, mens foreldrene har behov for mer tid til eksempelvis mekling og midlertidige avtaler.

⁷⁵ Veileder Q-15/2004 side 18.

⁷⁶ Veileder Q-15/2004 side 18-19.

I særlige tilfeller kan retten oppnevne en advokat eller annen representant for barnet, jf. bl. § 61 første ledd nr. 5. Dette bør gjøres når det er mistanke om at barnet blir utsatt for fysisk eller psykisk skade av foreldrene. I tillegg vil dette være særlig aktuelt der eldre barn er involvert. Dette fordi de kan ha behov for å få innsikt i saken, og også et behov for å få fremme sine interesser selv om de ikke har partsrettigheter.⁷⁷

Bl. § 61 første ledd nr. 6 angir rettens adgang til å innhente informasjon fra andre som har hatt kontakt med barnet. Dette vil kunne være hensiktsmessig i det tilfellet saken skal behandles i hovedforhandling. Av bestemmelsen fremgår det at retten bør innhente uttalelser fra barnevern eller sosialtjeneste der det "trengst". Når det trengs vil bero på en skjønnsmessig vurdering. Det er fremhevet i veiledning Q-15/2004 at det av hensyn til rettssikkerheten ofte kan tilsi at den som har skrevet uttalelsen også innkalles til retten for å forklare seg.⁷⁸ Det er nærliggende å tolke dette som et ønske om å ivareta foreldrenes kontradiksjonsmuligheter.

Det er diskutabelt om retten kan hente ut opplysninger om barnet dersom barnevernet eller sosialtjenesten har innhentet denne opplysningen forut for saken. Opplysningene kan dermed ha blitt skrevet til et annet formål, og kan bli mistolket i en hovedforhandling. Retten bør her være tilbakeholden med å vektlegge slik informasjon uavhengig om de gis skriftlig eller muntlig.⁷⁹

5 Rettssikkerhet

For å kunne vurdere saksbehandlingsreglene i et rettssikkerhetsperspektiv, er det nødvendig å redegjøre for innholdet i begrepet *rettssikkerhet*. Begrepet rettssikkerhet er vanskelig å definere konkret da det ikke foreligger noe allment akseptert meningsinnhold. Rettssikkerhet blir ofte brukt som et utelukkende positivt ladet ord, et

⁷⁷ Veileder Q-15/2004 side 19 og 20.

⁷⁸ Veileder Q-15/2004 side 20.

⁷⁹ Veileder Q-15/2004 side 20.

honnørord. Etter dette blir det juristens oppgave er å sørge for at enhver borger får sin rett – har rettssikkerhet.⁸⁰

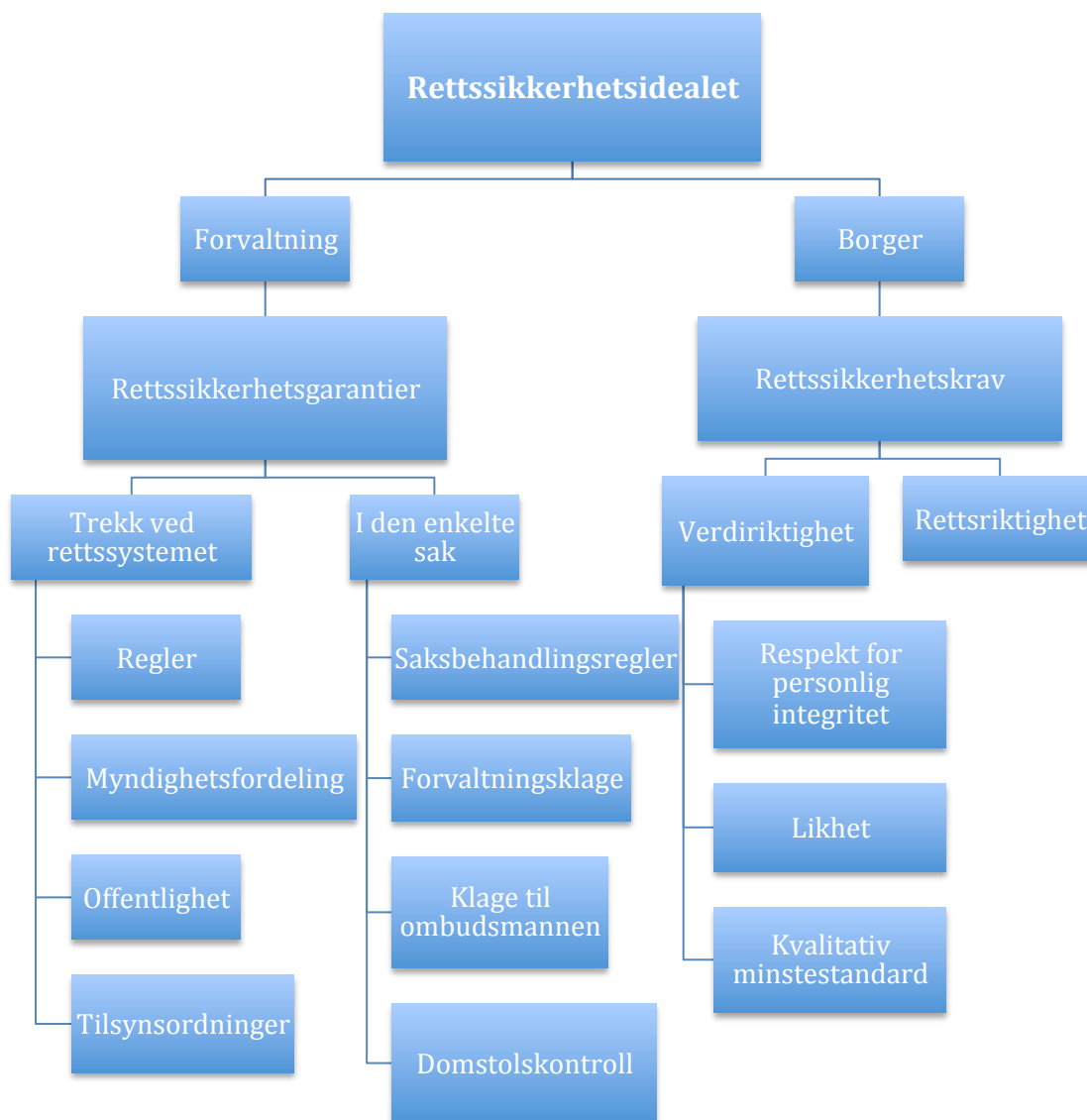
Historisk sett har imidlertid rettssikkerhetsbegrepet vært et uttrykk for grunnleggende krav fra den enkelte borger overfor statsmakten.⁸¹ Tradisjonelt har rettssikkerhet vært ansett som et negativt frihetsbegrep i den forstand at borgerne har hatt krav på frihet *fra* inngrep og vilkårlig maktbruk. I dag har rettssikkerhetsbegrepet utviklet seg til å favne om mer. Begrepet anses også som et positivt frihetsbegrep, noe som innebærer at rettssikkerhet også gir en frihet *til* å kunne foreta seg noe. Det som anses som kjernen i begrepet er imidlertid at makt overfor enkeltindivider kun kan utføres av *bestemte* personer, på en *bestemt* måte, og med et *bestemt* innhold som på forhånd er gitt i rettsregler.⁸² En videre utdyping av innholdet er imidlertid nødvendig i denne fremstillingen.

Eskeland oppstiller rettssikkerhetsidealet slik:

⁸⁰ Bernt, Jan Fridthjof, 2001, side 155.

⁸¹ Bernt, Jan Fridthjof, 2001, side 167.

⁸² Boe, 1998, side 9.



Eskeland, 1988, side 50.

Rettsikkerhetsidealet innebærer at borgerne både har *rettsikkerhetskrav* og *rettsikkerhetsgarantier*. Med rettsikkerhetskrav menes at selve det materielle *innholdet* i forvaltningens avgjørelser skal tilfredsstillende visse krav.

Rettsikkerhetsgarantier innebærer at det skal eksistere visse rettslige garantier for at avgjørelsene som treffes av forvaltningen i størst mulig grad får et innhold som er i samsvar med rettsikkerhetskravene.⁸³ Eskeland har basert sin modell på forholdet mellom forvaltning og borger. I denne fremstillingen er det imidlertid hensiktsmessig å forklare rettsikkerhet ut fra forholdet mellom retten og borger. I det følgende vil det bli redegjort for de mest sentrale rettsikkerhetskrav og rettsikkerhetsgarantier.

⁸³ Eskeland, 1988, side 50 og 51.

5.1 Rettssikkerhetskrav

Rettssikkerhetskravene stiller grunnleggende krav til det materielle innholdet i rettsavgjørelser. For det første stilles det krav til at avgjørelsene retten treffer er i samsvar med gjeldende rett – er rettsriktig. For det andre innebærer rettssikkerhetskravet at avgjørelsene som treffes ikke strider mot grunnleggende verdier i samfunnet – er verdiriktig.⁸⁴

5.1.1 Verdiriktighet

Kravet om verdiriktighet er et substansielt krav som gjelder uavhengig av om verdiene er beskyttet eller anerkjent i regelverket. Det er lite realistisk å oppstille en uttømmende liste over de grunnleggende verdier retten må ivareta når avgjørelser treffes.

Verdiriktighet som krav er dynamisk i den forstand at oppfattelsen av hva som er grunnleggende verdier gradvis endres og utvides. Det er likevel bred enighet om at respekt for personlig integritet og likhet anses som grunnleggende verdier som er omfattet av rettssikkerhetskravet.⁸⁵

Respekt for personlig integritet innebærer et krav om beskyttelse av fysisk og psykisk integritet. Fysisk integritet innebærer i hovedsak beskyttelse fra kroppslig angrep eller inngrep.⁸⁶

Psykisk integritet bunner i respekten for menneskets privatliv. En psykisk integritetskrenkelse vil være påført når en person eksempelvis blir telefonavlyttet eller påført mentale lidelser.⁸⁷ I barnefordelingssaker vil det kunne være et inngrep i den psykiske integriteten når en sakkyndig drar på granskende hjemmebesøk hos foreldrene med det siktemål å skrive en faglig utredning for retten.

Likhet innebærer i hovedsak at like saker skal behandles likt, og at det er unntakene som må begrunnes.⁸⁸ Likhetsprinsippet stiller også krav til at selve begrunnelsen for

⁸⁴ Eskeland, 1988, side 50 og 51.

⁸⁵ Eskeland, 1988, side 52 og 53, og Bernt, Jan Fridthjof, 2001, side 165.

⁸⁶ Eskeland, 1988, side 54.

⁸⁷ Eskeland, 1988, side 55.

⁸⁸ Bernt, Jan Fridthjof, 2001, side 165.

forskjellsbehandling må være saklig. Hva som er saklig vil naturligvis være en skjønnsmessig vurdering i seg selv. Likhets som rettssikkerhetsverdi innebærer derfor også et prinsipp om rettferdighet. I barnefordelingssaker gjaldt det tidligere en ”morspresumsjon” som presiserte barnets beste til at små barn ofte hadde det best med omsorg og bosted hos moren. I dag er mor og far begge ansett som like gode omsorgspersoner. Avgjørelsen om barnet skal ha fast bosted og samvær hos mor eller far må derfor bygge på en annen saklig begrunnelse.⁸⁹

I tillegg til likhet og respekt for personlig integritet kan det argumenteres for at også andre verdier er så grunnleggende at de må anses å være en del av de materielle rettssikkerhetskravene. Det blir for omfattende i denne avhandlingen å gå dypere inn på det dynamiske aspektet av verdiriktighet. Det er imidlertid viktig å presisere at rettssikkerhetskravene nettopp er dynamiske, og at også andre verdier enn de som behandles her kan være omfattet eller i fremtiden vil bli omfattet av rettssikkerhetskravene.⁹⁰ Det er også viktig å bemerke at disse grunnleggende verdiene i samfunnet ikke er absolutte og ufravikelig i alle situasjoner. I en barnefordelingssak vil eksempelvis foreldres grunnleggende behov for respekt for psykisk integritet bli krenket når sakkyndige graver i personlige forhold og reiser på hjemmebesøk for å samle inn informasjon til en skriftlig utredning. Dette anses likevel akseptert i barneloven når hensikten er å hjelpe retten med å treffe avgjørelse som er til barnets beste, jf. bl. § 48. Hva som tillates vil bero på en konkret vurdering, der *forholdsmessighetsprinsippet* står sentralt. Verdiene som krenkes må stå i forhold til målet som ønskes oppnådd.⁹¹

5.1.2 Rettsriktighet

Rettsriktighet innebærer at rettens avgjørelser skal være i samsvar med gjeldende rett. Dette har to aspekter. Avgjørelsene må for det første bygge på riktig rettsgrunnlag. For det andre innebærer dette at retten må bygge avgjørelsen på rett faktum. I den

⁸⁹ NOU 2008: 9 side 39.

⁹⁰ For mer om dette, se Bernt, Jan Fridthjof, 2001, side 168 og Eskeland, 1988, side 57 og 58. Her argumenteres det for at henholdsvis velferdsmessige grunnverdier som rett på stønad og nødvendig helsehjelp, og også kvalitative minstekrav i forvaltningen er omfattet.

⁹¹ Eskeland, 1988, side 93.

forbindelse er det viktig at retten sørger for et *"betryggende avgjørelsesgrunnlag for rettsanvendelsen"* slik tvl. § 11-3 oppstiller, jf. tvl. § 1-1. Det er en forutsetning for å komme til riktig resultat at retten baserer seg på korrekt faktum.⁹²

Rettsriktighet har også en egenverdi i seg selv hensett til ivaretagelse av borgerens forutberegnelighet. Først når retten treffer avgjørelser på rett grunnlag og med rett lovanvendelse, er det mulig for en borger å forutsi sin rettsstilling.

Det er enkelt å fastslå om en avgjørelse er rettsriktig når det gjelder de objektive og uttømmende lovbestemmelsene, og et objektivt og klart faktum. Slår man opp i lovsamlingen ser man imidlertid at kun de færreste tvister kan lese sitt svar rett ut fra lovteksten. Mange avgjørelser som treffes bygger også på skjønn.⁹³

Som tidligere redegjort for, er et særpreg i barnefordelingssaker at avgjørelsene som treffes i liten grad baserer seg på klare rettsregler, men på skjønnsmessige vurderinger av hva som er til barnets beste, jf. bl. § 48. Denne vurderingen vil igjen bygge på hva foreldrene opplyser om de faktiske forhold, hva barnet eventuelt ønsker, samt faglige vurderinger basert på den sakkyndiges faglige kompetanse og observasjoner. Det er klart at en sakkyndig som vektlegger feil faktum i slike saker, lett kan komme til feil konklusjon. Den sakkyndiges utredning i saken vil i stor grad vektlegges av retten, noe som igjen vil kunne føre til en domsavsigelse som ikke blir rettsriktig.⁹⁴

I barnefordelingssaker må retten utøve skjønn både ved anvendelse av faktum, og ved anvendelse av rettsreglene. Det er legitimt å stille spørsmålstegn ved rettssikkerheten når reglene overlater så store deler av prosessen til rettens skjønn. Imidlertid ville den motsatte løsningen med detaljerte regler kunne medføre for lite fleksibilitet og manglende muligheter for individuell tilpasning. Der retten ikke kunne ta hensyn til den enkeltes saks egenart og utøve skjønn med tanke på det beste for barnet, ville avgjørelsen fort blitt innholdsmessig dårlig. De skjønnsmessige reglene i

⁹² St.meld. nr. 32 (1976-1977).

⁹³ St.meld. nr. 32 (1976-1977).

⁹⁴ Hauglid, 2002, side 325.

barnefordelingssaker er derfor utformet med sikte på at retten skal ha mulighet til å komme til et riktigst mulig resultat som ivaretar hensynet til barnets beste.⁹⁵

5.2 Rettssikkerhetsgarantier

Som begrepet indikerer, innebærer rettssikkerhetsgaranti ulike rettslige virkemidler som stilles som garanti for at retten skal komme til en innholdsmessig rett avgjørelse. Rettssikkerhetsgarantier kan imidlertid også være verdier i seg selv som et motstykke til rettssikkerhetskravet om verdiriktighet.⁹⁶ Eskeland skiller mellom rettssikkerhetsgaranti *i den enkelte sak*, og rettssikkerhetsgaranti som *trekk ved rettssystemet*.

5.2.1 Rettssikkerhetsgaranti som trekk ved rettssystemet

Rettssikkerhetsgaranti som trekk ved rettssystemet utgjør generelle rammebetingelser for retten som gjelder uavhengig av partenes deltagelse. Ved å ha overordnede rettslige ordninger, vil dette kunne styrke rettssikkerhetskravene i den enkelte sak. Eskeland deler disse rammebetingelsene inn i undergruppene regler, myndighetsfordeling, offentlighet og tilsynsordninger.⁹⁷ I denne fremstillingen vil kun regler og tilsynsordninger bli redegjort for.⁹⁸

Regler vil være en rettssikkerhetsgaranti både på grunnlag av sitt innhold, og også fordi regler avgrenser rettens kompetanse. Helt grunnleggende er legalitetsprinsippet – prinsippet om at retten i all hovedsak må ha hjemmel i formell lov for å gjøre inngrep i en borgers rettssfære. Legalitetsprinsippet er også ment å sikre det grunnleggende rettssikkerhetskravet om at rettens avgjørelser skal være *forutberegnelig*. Det vil i korthet innebære at borgerne skal kunne forutsi sin rettsstilling, og bidrar til en beskyttelsen mot vilkårlige avgjørelser. I tillegg bidrar regler til å ivareta blant annet grunnleggende verdier i samfunnet.⁹⁹

⁹⁵ Bendiksen og Haugli, 2014, side 28.

⁹⁶ Eskeland, 1988, side 70.

⁹⁷ Eskeland, 1988, side 70.

⁹⁸ For mer om offentlighet og myndighetsfordeling, se Eskeland, 1988, side 70 følgende.

⁹⁹ Eskeland, 1988, side 71-74.

Som drøftet overfor, er barnefordelingssaker i liten grad regelstyrt. Avgjørelsen retten treffer vil i stor grad basere seg på faktum knyttet til hvem av foreldrene som er mest egnet. Likevel vil rettens skjønnsutøvelse være begrenset av regler. Helt sentral er bl. § 48 om at avgjørelsen skal være til "*barnets beste*". Denne bestemmelsen setter grenser både for den prosessuelle saksgangen og avgjørelsens materielle innhold.

I enkelte forvaltningsområder er det opprettet egne *tilsynsorganer* som er tillagt et særskilt ansvar for å kontrollere vedkommende organ. Herunder kan nevnes tilsynsordningen for dommere som er regulert i dl. kapittel 12. I tillegg kan klager på psykologer rettes til det Psykologforeningens fagetiske råd.¹⁰⁰

5.2.2 Rettssikkerhetsgaranti i den enkelte sak

Rettssikkerhetsgarantier i den enkelte sak innebærer at den enkelte selv kan påvirke realiseringen av rettssikkerhetskravene i saken. Eskeland deler rettssikkerhetsgarantier i den enkelte sak inn i undergruppene saksbehandlingsregler, regler om klage til overordnet forvaltningsorgan, ombudsmannsinstitusjonen og domstolskontroll. Saksbehandlingsreglene og domstolskontroll vil bli gjennomgått i det følgende.¹⁰¹

Saksbehandlingsreglene skal bidra til å skape tillit til retten. Saksbehandlingsreglene stiller derfor krav til den prosessuelle fremgangsmåten for å treffe avgjørelser. Blant annet gjelder prinsippet om forsvarlig saksbehandling som omfavner blant annet reglene om habilitet, forhåndsvarsling, utredningsplikt, begrunnelse for avgjørelsen, innsyn i egen sak, at saken blir avgjort innen rimelig tid, klageadgang og domstolsprøving av forvaltningens avgjørelse.¹⁰² Saksbehandlingsreglene i tvisteloven lovfester det alminnelige prinsippet om en kontradiktorisk saksbehandling.¹⁰³

Kontradiksjonsprinsippet innebærer at den saken gjelder får mulighet til å forsvare sine interesser før avgjørelse treffes. At partene få uttale seg, bidrar også til at saken blir

¹⁰⁰ <http://www.psykol.no/Fag-og-profesjon/For-pasienter-og-paaroerende/Klage-paa-psykolog>

¹⁰¹ For mer om regler om klage til overordnet forvaltningsorgan og ombudsmannsinstitusjonen, se Eskeland, 1988, side 80 følgende.

¹⁰² Forsvarsdepartementet, 2004, side 20. Se også tvl. § 1-1.

¹⁰³ Se tvl. § 1-1 andre ledd punkt 2 og også tvl. § 11-1 tredje ledd.

tilstrekkelig opplyst, og er dermed viktig for at avgjørelsen skal bli rettsriktig.¹⁰⁴ Dette ivaretar igjen forutberegneligheten for borgeren.

Saksbehandlingsregler som rettssikkerhetsgaranti gjør seg særlig gjeldende i barnefordelingssaker. Dette fordi saksbehandlingen er svært omfattende, men også fordi avgjørelsene retten skal treffe er så skjønnsmessige at en betryggende saksbehandling er en forutsetning for å komme til et rettsriktig resultat. Dette forutsetter blant annet at partene må få innsyn i avgjørelsesgrunnlaget til retten, og en kontradiksjonsmulighet på dette. I tillegg forutsetter det at foreldrene anser retten og den sakkyndige som uavhengige, habile, og at en avgjørelsen som treffes kan overprøves.

Adgangen til å anke en avgjørelse er en viktig rettssikkerhetsgaranti fordi det medfører at en borger kan få et uavhengig organ til å overprøve en avgjørelse vedkommende hevder er uriktig.¹⁰⁵ Der foreldre inngår et forlik i form av en avtale eller rettsforlik kan ikke dette omgjøres uten at særlig grunner tilsier det, jf. bl. § 64 annet ledd. I utenrettslig forlik og rettsforlik har ingen dommer eller annen utøvende makt bestemt innholdet. Det har derfor vært antatt at det er tilstrekkelig å kunne angripe slike saker med ugyldighetsreglene i avtaleloven.

Det er imidlertid ikke adgang til å klage på en sakkyndig utredning som blir brukt i retten. Dette fordi den sakkyndiges utredning ikke er en avgjørelse i saken, men en del av avgjørelsesgrunnlaget for retten. Helsetilsynet har uttalt at det er problematisk hensett til rettens uavhengighet å overprøve den sakkyndiges utredninger der de utarbeides som ledd i rettens avgjørelsesgrunnlag. Dersom partene mener den sakkyndige utredningen er feil eller har bidratt til feil avgjørelsesgrunnlag for retten, må partene benytte seg av retten til å anke avgjørelsen i sin helhet.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Eskeland, 1988, side 81.

¹⁰⁵ Eskeland, 1988, side 85.

¹⁰⁶ Retningslinjer for fylkeslegenenes behandling av klager på helsepersonells sakkyndige uttalelser i saker for retten eller i fylkesnemnda for sosiale saker, 2004.

6 Analyse av foreldrenes rettssikkerhet i barnefordelingssaker

Som redegjort for, er den sakkyndige gitt rollen som mekler, veileder og utreder etter saksbehandlingsreglene i bl. § 61. I tillegg til at den sakkyndige kan opptre i én av rollene i ulike saker, kan den sakkyndige også opptre i alle tre rollene i samme sak.

I den videre fremstillingen vil den sakkyndiges rolle bli vurdert i et rettssikkerhetsperspektiv. Først vil den sakkyndiges rolle som mekler, veileder og utreder bli vurdert isolert sett. Deretter vil det bli analysert hvordan foreldrenes rettssikkerhet blir ivaretatt når den sakkyndige innehar alle tre rollene i én og samme sak.

6.1 Foreldres rettssikkerhet når sakkyndig er mekler, veileder eller utreder

En *mekler* arbeider med partene i en uformell og strukturert frivillig prosess der mekleren både er upartisk, nøytral og uavhengig. Meklerens hovedoppgave er å optimalisere mulighetene for at partene selv kommer til en løsning som ivaretar begge interesser og behov. Rettssikkerhetshensyn gjør seg i utgangspunktet gjeldende når det er et forhold mellom et individ og et styrende organ. En mekler skal verken treffe avgjørelse i saken, eller ta del i avgjørelsesgrunnlaget. Det er foreldrene selv som er gitt myndighet til å bestemme over seg selv og felles barn. Følgelig er det i utgangspunktet uproblematisk i et rettssikkerhetsperspektiv at en sakkyndig mekler mellom foreldrene i saksforberedende møter.

Dette vil kunne stille seg annerledes i de tilfellene partene inngår forlik uten at det er reell enighet mellom dem. Dette vil kunne være tilfelle der mekler har utøvd press på partene til å inngå et bestemt forlik, eller presset partene til å inngå et forlik generelt. Særlig aktuelt vil dette kunne være der mekleren informerer om potensiell skadelige følger en lang og opprivende prosess har for barnet. Der partene under press inngår et rettsforlik, vil klageadgangen være svært begrenset. I og med at det i realiteten vil være noen andre enn parten selv som har inngått forliket, er dette problematisk hensett til en forsvarlig saksbehandling og klageadgangen som en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti.

En *veileder* vil være upartisk og objektiv. En veileder er derimot ikke nøytral ettersom veilederen vil ta stilling til gangen videre i saken – om foreldrene bør møtes i nytt saksforberedende møte eller om dato for hovedforhandling bør settes. I hovedsak vil en veileder være en kontaktperson for foreldre mellom meklingsmøtene. Foreldrene vil i prøveperioder kunne henvende seg til veilederen for å få råd når de møter små eller store problemer. Foreldrene velger selv i samråd med retten om de ønsker å gjøre prøveordningen permanent, om de skal gå tilbake til mekling i saksforberedende møte, eller om de ønsker at saken skal avgjøres i hovedforhandling. En veileder vil dermed heller ikke avgjøre saken mellom partene. Således er det i likhet med mekling i utgangspunktet lite problematisk hensett til rettssikkerheten at en sakkyndig er veileder for foreldrene i prøveperioder.

Det er imidlertid viktig å bemerke at veiledning har mange likhetstrekk med særmøter i mekling. Partene vil snakke med den sakkyndige hver for seg og korrespondansen blir ikke nødvendigvis delt med den andre part. I de tilfellene den sakkyndig videreformidler informasjonen er det fare for at informasjonen ikke gjengis riktig og tilstrekkelig. Dette hindrer den andre parten kontradiksjonsmulighet, og det utgjør også en fare for at informasjonen sakkyndige sitter inne med, ikke er korrekt. Nå den sakkyndige i veilederrollen skal gå råd til partene, vil disse rådene kunne være basert på feil premisser.

Når en sakkyndig opptrer som *utreder*, utøver vedkommende tradisjonelt sakkyndigarbeid. I utredningen vil den sakkyndige både ta stilling til hvem av partene som er best egnet som foreldre, hva som er det beste for barnet, og da også ha en formening om hva resultatet bør bli. Følgelig vil en sakkyndig som utreder verken være upartisk eller nøytral. En sakkyndig skal imidlertid være objektiv. En utredning vil være en del av rettens *faglige* avgjørelsesgrunnlag, og det er derfor svært viktig at utredningen er egnet til å belyse de faktiske forhold og at vurderingene baseres på faglig kompetanse.¹⁰⁷ En uavhengig sakkyndig som oppsøker foreldrene i den hensikt å skrive en utredning vil bidra til å opplyse saken slik at retten kan komme til et rettsriktig resultat. En utredning vil bli fremlagt for foreldrene før en hovedforhandling og foreldrene får da en kontradiksjonsmulighet. Det kan imidlertid ikke ankes på en

¹⁰⁷ Bendiksen og Haugli, 2014, side 114-115.

utredning. Avgjørelsen må ankes i sin helhet dersom foreldrene hevder den sakkyndige utredningen har ført til at avgjørelsen retten har truffet ikke er rettsriktig. At en sakkyndig skriver en faglig utredning anses derfor som lite problematisk hensett til foreldres rettssikkerhet.

6.2 Foreldres rettssikkerhet når sakkyndig opptrer som mekler, veileder og utreder

Den sakkyndige kan gå fra å være mekler i saksforberedende møte til å være veileder under midlertidige prøveordninger. Den sakkyndige kan også gå fra å være veileder under midlertidige prøveordninger til å være mekler igjen i nytt saksforberedende møte. I tillegg til dette kan den sakkyndige gå fra rollen som både veileder og mekler til å bli utreder. I det følgende vil foreldres rettssikkerhet bli vurdert i rolleovergangene.

6.2.1 Sakkyndig fra mekler til veileder

Når en sakkyndig går fra rollen som mekler til veileder, innebærer dette at den sakkyndige endrer sin oppgave fra å være upartisk og nøytral til å bli upartisk og objektiv. Det er forutsatt i rollen som veileder at den sakkyndige skal ta stilling til hva som bør være neste steg i saksbehandlingen – om foreldrene bør møtes i saksforberedende møte for ny mekling eller at dato for hovedforhandling bør settes.

Under meklingen er det forutsatt at den sakkyndige skal opptre upartisk og nøytralt. Imidlertid er det nærliggende å tenke seg at den sakkyndige danner sitt eget bilde av saken ut fra observasjoner i meklingen. Særlig kan dette gjelde når den sakkyndige har særmøter med partene under meklingen. Dette er lite problematisk når foreldrene selv kommer til enighet i saksforberedende møte.

Dette kan imidlertid stille seg annerledes der den sakkyndige veileder skal gi råd til partene i prøveperioden. Dersom den sakkyndige baserer rådene som gis til partene og retten på egne inntrykk gjort i meklingsmøtet, eller informasjon som er gitt i særmøtene som ikke partene har fått innsyn i eller mulighet til å uttale seg om, vil disse rådene kunne bygge på feil premisser. Det vil være vanskelig for partene å forutsi hva neste sted i saksgangen blir når veileder råder partene og dommeren om videre prosess basert på feil faktum. Partene får også mindre påvirkningskraft på hvilke tiltak som bør prøves ut

fremover. Følgelig er det problematisk hensett til foreldrenes kontradiksjonsmuligheter og forutberegnelighet at partene verken får innsyn i eller mulighet til å uttale seg om observasjoner og opplysninger fra veiledningene.

6.2.2 Sakkyndig fra veileder til mekler

Den sakkyndige kan mekle mellom partene i saksforberedende møte, veilede de i en prøveperiode, og dermed gå tilbake til å mekler igjen i et nytt saksforberedende møte. Dette innebærer at den sakkyndige går fra å være nøytral og upartisk som mekler til å være objektiv og upartisk veileder, og deretter *tilbake* til nøytral og upartisk. En veileder vil ofte besøke både barnet og foreldrene hver for seg, samt gjøre faglige vurderinger om neste steg i prosessen basert på barnets beste, og også foreldrenes behov. Rent meklingsteoretisk er det problematisk at en mekler som skal være nøytral har gitt konkrete råd i saken tidligere. Dette vil kunne svekke tilliten til meklerens nøytralitet og uavhengighet, og dermed være hemmende for videre meklingsprosess.

Noen grunner til at teoretikere er skeptiske til utstrakt bruk av særmøter er fordi særmøter i enkelte tilfeller kan gi den sakkyndige for mye makt og partene en mulighet for å manipulere mekleren.¹⁰⁸ En sakkyndig som er mekler og veileder kan motta mye informasjon som enten av hensyn til en av partene ikke blir videreformidlet, eller som ikke får samme betydning når den sakkyndige videreformidler informasjonen.¹⁰⁹ Den sakkyndige vil i disse tilfellene være den av partene som vet aller mest. Det kan være at en av partene betrodd seg om utfordringer, bekymringer eller lignende til sakkyndige. Det kan også være at en foreldrene har klart å manipulere den sakkyndig. Det har vist seg at det er et generelt problem at det under de saksforberedende møtene til tider utøves utilbørlig press på partene, som gjør at de inngår forlik de kanskje ikke egentlig er enige i.¹¹⁰ Faren for at dette skjer, øker når den sakkyndige har mer kunnskap enn partene selv. Pressmidler for å få partene til å inngå forlik vil være eksempelvis å trekke frem observasjoner gjort av den sakkyndige under prøveperiodene, eller stille spørsmål i fellesmøtene som konfronterer svakheter en forelder har betrodd under prøveperioden.

¹⁰⁸ Kjelland-Mødre, Kristin m.fl, 2008, side 301-306 og Vindeløv, 2013, side 277.

¹⁰⁹ Kjelland-Mødre, Kristin m.fl, 2008, side 254.

¹¹⁰ Koch, 2008, side 4 og 39.

Som tidligere redegjort for er det særlig problematisk dersom foreldrene blir presset inn i rettsforlik. Det er en grunnleggende rettssikkerhetsgaranti at alle rettskraftig avgjørelse skal kunne ankes. Unntak er imidlertid gjort for rettsforlik da slike minnelige løsninger forutsettes å ha kommet i stand frivillig av partene selv. Begrunnelsen for unntaket forsvarer ikke manglende overprøvingsadgang i tilfelle forliket er fremskaffet på grunnlag av press på foreldrene.

En sakkyndig som veileder foreldrene under prøveordninger, vil gi konkrete råd og veiledning til én eller begge av foreldrene. Det er i utgangspunktet ikke noe i veien for at den sakkyndig som mekler realitetstester partene ved å peke på styrker og svakheter ved foreldrenes argumentasjon. Imidlertid vil råd som en sakkyndig gir som veileder kunne tolkes som den sakkyndige har tatt stilling i saken. Det vil kunne forstyrre meklingsprosessen at meklere som skal være nøytral og upartisk har møtt foreldrene hver for seg og gitt konkrete råd i prøveperioden. Meklerteoretisk er dette lite heldig. I tillegg kan den sakkyndiges råd og veiledning utenom fellesmøter få partene til å sette spørsmålstegn vedrørende den sakkyndiges habilitet.

6.2.3 Sakkyndig fra mekler til utreder

I tilfellene der den sakkyndige går fra rollen som mekler til utreder, innebærer dette at den sakkyndige går fra å skulle være upartisk og nøytral til å skulle være partisk og objektiv. Det er forutsatt at den sakkyndige, på bakgrunn av faglig kompetanse og observasjoner, skal peke ut den av foreldrene som er den best egnede til å ivareta "*barnets beste*", jf. bl. § 48. En sakkyndig utredning vil redegjøre for faktiske forhold, og også inneholde faglige vurderinger som inngår i avgjørelsesgrunnlaget for retten. Utredningen vil sammen med dommerens rettsanvendelse sørge for at avgjørelsen er rettsriktig. For at utredningen skal basere seg på rett faktum og ha faglige vurderinger må det derfor stilles krav til den sakkyndiges habilitet, saklighet og partenes kontradiksjonsmuligheter i utredningsarbeidet.

I de saksforberedende møtene er sakkyndig gitt anledning til å holde særmøter. I særmøtene kan den sakkyndige motta informasjon fra én part som av ulike grunner ikke viderefremmes til den andre part. For foreldrene kan særmøter være en lettelse da de

kan betro seg til, og diskutere vanskelige problemstillinger, med sakkyndig uten at den andre forelderen er tilstede. Imidlertid innebærer det også at den andre parten ikke får en kontradiksjonsmulighet på faktum og påstander som settes frem i særrettingene. I meklingen vil ikke dette nødvendigvis utgjøre en fare for rettssikkerheten hensett til at det er partene selv som skal inngå et eventuelt forlik. Det kan imidlertid gi negativt utslag der den sakkyndige bruker informasjonen fra særrettingene i utredningen. Den sakkyndige har ikke taushetsplikt overfor retten, og står dermed fritt til å videreformidle faktum eller påstander til dommeren som er gitt i særrettingene. Dette til tross for at den andre parten ikke har fått verken innsyn i dette faktum, eller anledning til å forsvare seg mot eventuelle fremsatte påstander. Dette er svært uheldig hensett til kontradiksjonsprinsippet som en grunnleggende forutsetning for en forsvarlig saksbehandling.

I forlengelse av at partene kan fratras kontradiksjonsmulighet på påstander fremsatt mot de, vil dette kunne medføre at retten vektlegger galt faktum. I fellesrettinger i mekling vil uriktig opplysninger, fordreininger i faktum eller tilbakehold av vesentlig deler av faktum kunne bli korrigert av den andre part. Når partene ikke får innsyn i det som blir formidlet i særrettingene vil ikke korreksjoner kunne gjøres. Den sakkyndige vil derfor kunne motta, og senere legge til grunn, uriktig opplysninger. Disse kan videreformidles til retten både muntlig og som skriftlig utredning.¹¹¹ Når feil faktum blir formidlet til retten gjennom muntlig kontakt med den sakkyndige, eller gjennom den sakkyndiges skriftlige utredning, vil også galt faktum bli en del av avgjørelsesgrunnlaget til retten. Dette medfører en fare for at avgjørelsen ikke blir rettsriktig.

En dommer som mekler i barnefordelingssaker kan ikke avholde særrettinger i en sak han senere skal dømme i, jf. tvl. § 8-2 første ledd. Dette er både av hensyn til dommerens habilitet, og av hensyn til partenes kontradiksjonsmuligheter. For at partene skal ha tillit til dommeren og den avgjørelsen retten treffer, er det viktig at dommeren er upartisk og at rettsanvendelsen er transparent. En sakkyndig kan imidlertid holde særrettinger i en sak der den samme sakkyndige senere skal skrive utredning. Den sakkyndige har heller ikke taushetsplikt overfor retten om hva som kommer frem av opplysninger verken i

¹¹¹ Bernt, Camilla, 2011, side 128.

meklingen eller i sær møtene, jf. bl. § 50 andre ledd.¹¹² Dette fremstår som en omgåelse av reglene. Uavhengig av om dommeren får opplysninger fra sær møtene i selve sær møtet eller fra en sakkyndig som deltok på sær møtet, innebærer dette at dommeren får opplysninger begge parter ikke nødvendigvis er kjent med. Dette medfører at dommeren kan skape seg et galt bilde av partene og saken forut for avgjørelsen, og dermed svekke dommerens habilitet. I tillegg er det en krenkelse av partenes kontradiksjonsmuligheter.

I utgangspunktet bør den sakkyndige opplyse foreldrene om dens mandat, og at den sakkyndige ikke har taushetsplikt overfor retten. Når foreldrene er opplyst om dette, vil de lettere kunne forutsi sin rettsstilling ved at de på forhånd vet at opplysninger de gir kan bli en del av avgjørelsesgrunnlaget for retten. På den andre siden vil dette kunne svekke foreldrenes tillit til meklerin. Indirekte blir foreldrene fortalt at alt de sier og gjør kan bli brukt mot dem i en eventuell fremtidig rettssak. Det kan diskuteres hvor hensiktsmessig en mekling er der foreldrene i frykt for senere konsekvenser kanskje tilbakeholder det som egentlig er deres interesser og behov. At meklerin ikke har taushetsplikt strider mot det grunnleggende prinsippet om fortrolighet i mekling. Det som imidlertid er interessant i denne sammenhengen er at foreldrene kan oppleve at de må tilbakeholde vesentlig informasjon i frykt for at dette kan bli brukt mot de. Eventuelt er det en fare for at foreldrene utnytter dette ved å bevisst gi den sakkyndige feilaktig informasjon for å styrke egen sak. I så fall vil den sakkyndiges utredning kunne basere seg på uriktig eller mangelfull informasjon. Dette utgjør i så fall en fare for at avgjørelse som treffes ikke blir rettsriktig.

Partene har innsyn i utredningen før den fremlegges i retten. Retten er imidlertid blitt kritisert for å gi den sakkyndiges utredning for stor vekt i og med at retten sjelden fraviker en sakkyndig utredning.¹¹³ Dette innebærer at en forelder som ut fra den sakkyndig utredningen får innsyn i at den sakkyndige har vurdert den andre forelderens som best egnet til å ivareta barnets beste, står svært svakt. Det finnes ingen ankemulighet på en sakkyndig utredning. Denne forelderens vil kunne oppleve at saken er tap. Det beste vedkommende da kan gjøre er å inngå et forlik med den andre

¹¹² Bernt, Camilla, 2011, side 128

¹¹³ Haugli, 2002, side 325.

forelderen der vedkommende får litt fremfor ingenting. Det vil være et svært presset forlik. I realiteten er forliket mellom foreldrene presset frem i så stor grad at det i realiteten er en avgjørelse truffet av den sakkyndige. Når forlik ikke kan overprøves, innebærer dette i realiteten at partene fratras den grunnleggende rettssikkerhetsgarantien om overprøvelsesadgang.

6.2.4 Sakkyndig fra veileder til utreder

En faglig utredning av saken er viktig for at retten skal komme til en avgjørelse som er rettsriktig. Dette fordi det innebærer at en person med særlig innsikt i det tvisten gjelder kan gi en utredning basert på sin faglige kompetanse. Som allerede redegjort for, vil en barnefordelingssak være særlig skjønnsmessig med tanke på hvem som egner seg best som forelder. En dommer vil sjelden ha spesialkunnskap om foreldres atferd, barns behov, eller det aktuelle barnet. Således er det viktig for å få riktig faktum at en sakkyndig utreder saken. Retten har ofte blitt kritisert for å gi sakkyndig uttalelser for mye vekt.¹¹⁴ Likevel er det forutsatt at en utreder gir en objektiv vurdering basert på egen faglig kompetanse og erfaring. Utredning er med på å opplyse saken med det formål at retten skal kunne komme til et rettsriktig resultatet.

Når den sakkyndige opptrer i rollen som veileder har dette mange likhetstrekk med særmøter i mekling. Den sakkyndige vil snakke med, og gjerne også besøke foreldrene hver for seg. Den ene forelderen får ikke nødvendigvis vite hva som blir sagt eller gjort av den andre forelderen. I mekling vil foreldrene møtes i fellesmøter. Forsøk på manipulasjon, uriktig eller tilbakeholdelse av informasjon av en forelder blir gjerne gjenkjent og korrigert av den andre forelderen i fellesmøtene. Under veiledningene vil imidlertid ikke denne muligheten være tilstede. Når den sakkyndige har veiledet foreldrene hver for seg har den sakkyndige mottatt opplysninger og gjort seg inntrykk som ikke begge får innsyn i eller mulighet til å uttale seg om. Informasjonen og opplysningene som samles inn under veiledningen vil bli en del av den sakkyndiges grunnlag for utredningen. Partene har av kontradiksjonshensyn rett til innsyn i utredningen før den fremlegges i retten. Denne retten til innsyn er imidlertid ikke tilstrekkelig beskyttelse av partene da konklusjonen i utredningen ikke nødvendigvis

¹¹⁴ Haugli, 2002, side 325.

inneholder en utfyllende liste av alle vektlagte momenter. I tillegg er det heller ingen ankemuligheter på utredningen dersom en part mener den bygger på galt faktum. Innsyn i utredningen etter at den er skrevet avhjelper derfor i liten grad det faktum at partene ikke har fått uttale seg tidligere. Det er derfor svært uheldig for partenes kontradiksjonsmuligheter at den sakkyndige kan utrede saken for retten etter å ha veiledet partene.

Den sakkyndiges hovedmandat er å bistå dommeren, jf. bl. § 61 første ledd nr. 1. Samtidig vil den sakkyndiges hovedoppgave som veileder være å gi råd og veiledning til foreldrene når de møter store eller små problemer i prøveperiodene. Dette innebærer i praksis at den sakkyndige til enhver tid søker å finne ut hvem av foreldrene som er best egnet til å ivareta barnets beste og da også søker å finne styrker og svakheter som støtter opp under egen konklusjon som skal videreformidles til dommeren. Dette i tillegg til at den sakkyndige skal være upartisk og veilede partene slik at de lettere kan kommunisere med hverandre og finne permanente løsninger. Den sakkyndiges to roller fremstår her som lite sammenfallende med tanke på at det er forutsatt at den sakkyndige skal være partisk og upartisk på en og samme tid. Upartisk overfor partene, men partisk overfor dommeren. Rettssikkerhetsmessig er dette lite heldig med tanke på den sakkyndiges habilitet.

6.3 Oppsummering analyse

Bruk av samme sakkyndig som mekler og utreder er tidsbesparende. En sakkyndig som har hatt samtaler med barnet og som har meklet mellom foreldrene, vil ha god innsikt i den aktuelle familiesituasjonen. I tillegg har det også vist seg å være tidskrevende og vanskelig å finne en sakkyndig som har tid til å ta på seg arbeidet, som har anledning til å møte opp den aktuelle datoen hovedforhandlingen er satt, og som foreldrene i tillegg kan enes om.¹¹⁵ Av praktiske hensyn, og av hensyn til effektivitet i saksbehandlingen er det hensiktsmessig at samme sakkyndig benyttes gjennom hele prosessen. Effektivitet i saksbehandlingen kan være svært viktig for barnet med tanke på stabilitet og kontinuitet. Som redegjort for overfor, skaper dette imidlertid en rekke andre utfordringer knyttet til foreldres rettssikkerhet.

¹¹⁵ Bernt, Camilla, 2011, side126.

Isolert sett, gir ikke den sakkyndiges rolle som mekler, veileder eller utreder alarmerende utslag rent rettssikkerhetsmessig. Det vil alltid kunne være en fare for at parter blir presset inn i forlik når en sakkyndig mekler. En veiledning kan bygge på feil premisser. Likevel minsker faren for press og feil rådgiving ved at sakkyndig opptrer i kun én rolle.

Når den sakkyndige opptrer i mer enn én rolle, melder deg seg utfordringer knyttet til rettssikkerhetsgarantier om forsvarlig saksbehandling og manglende overprøvelsesadgang. Dette bidrar igjen til utfordringer knyttet til rettssikkerhetskravet om rettsriktighet.

Det gjennomgående problemet er at foreldrene kan bli fratatt *kontradiksjonsmuligheten*. Dette gjør seg særlig gjeldende når den sakkyndige møter partene hver for seg i særmøter eller under veiledningen. Når denne informasjonen blir brukt til å gi råd til foreldrene i rollen som veileder, eller i utredninger for retten medfører dette at avgjørelsesgrunnlaget kan bli galt. I tillegg er dette særlig problematisk når dommeren får informasjonen utenom skriftlige utredninger som et resultat av at den sakkyndiges hovedmandat er å bistå dommeren.

Den sakkyndige og dommerens *habilitet* viser seg også å være problematisk etter reglene. Særlig tydelig blir dette når den sakkyndige har veiledet partene og gitt konkrete råd i prøveperioden, og deretter skal være nøytral mekler. I tillegg viser problemet seg når den sakkyndige har særmøter i de forberedende møtene, og gis adgang til å viderefordre det som fremkommer i særmøtene til dommeren. Når tvl. § 8-2 første ledd bygger på at dommeren skal opprettholde sin habilitet ved ikke å holde særmøter, er det kritikkverdig at lovgiver har valgt en omgåelse ved at den sakkyndige kan ha særmøter, og ikke har taushetsplikt overfor dommeren.

En utredning som skal utgjøre avgjørelsesgrunnlaget for retten kan heller ikke påklages. I barnefordelingssaker er en sakkyndig utredning ofte av avgjørende betydning. Som redegjort for, er det i de aller fleste tilfellene likhetstegn mellom den sakkyndige utredningen og rettens avgjørelse. Hensett til *klageadgang* som en

rettssikkerhetsgaranti er det kritikkverdig at det ikke er muligheter for å få overprøvd utredningen av en annen sakkyndig når utredningen er av så avgjørende betydning.

Det er heller ikke klageadgang på forlik som partene inngår. Som skissert over er det en reell fare for at partene ikke er reelt enige i de forlikene de inngår på grunnlag av press fra aktørene. Ved å inngå et rettsforlik under press, har andre i realiteten avgjort saken. Det er da problematisk at partene ikke har klageadgang som del av rettssikkerhetsgarantiene.

Som skissert overfor er bruken av sakkyndig i ulike roller i samme sak problematisk hensett til en forsvarlig saksbehandling og partenes klageadgang. En forsvarlig saksbehandling inngår i rettssikkerhetsgarantier som skal bidra til at saken blir rettsriktig. Bruken av samme sakkyndig som mekler, veileder og utreder innebærer en svekkelse av en forsvarlig saksbehandling og grunnleggende overprøvelsesmuligheter. Samlet sett utgjør bruken av samme sakkyndig en reell fare for at avgjørelsen i barnefordelingssaken ikke blir rettsriktig.

7 Løsningsforslag – de lege ferenda

Det er ikke den sakkyndige som avsier dom i saken. Det er likevel ofte blitt påpekt i litteraturen at den sakkyndige som regel får fullt ut gjennomslag for sitt syn i retten.¹¹⁶ Dette innebærer at den sakkyndige er gitt mye makt. Konsekvensene av at den sakkyndige kan inneha rollen som mekler, veileder og utreder i én og samme sak vil som nevnt kunne utgjøre en trussel for foreldrenes rettssikkerhet.

Som allerede problematisert, er det alltid en viss fare for at foreldrene tilbakeholder informasjon som følge av at meklerin ikke har taushetsplikt. Som også drøftet, vil det kunne være en forutsetning for at man kommer til gjensidige akseptable løsninger, at meklerin kommer til bunns med foreldrenes interesser og behov. Mekling med en ekstern mekler vil derfor kunne være et godt alternativ til mekling i forberedende møter.

¹¹⁶ Haugli, 2002, side 325.

Bl. § 61 første ledd nr. 2 åpner for at en ekstern person mekler mellom partene. Ofte vil dette være en mekler fra familievernkontorene. Foreldre vil etter dagens ordning møte til én meklingstime hos familievernkontoret for å få utstedt separasjonsbevilling. En mulighet kunne være at familievernkontorenes oppgave ble utvidet. Foreldrene som klarte å løse saken selv, kunne som før møte én time. De som trengte ytterligere mekling, kunne imidlertid få etter behov.

Ettersom en ekstern mekler har taushetsplikt overfor retten, ville mekling hos familievernkontorene kunne bidra til at foreldrene lettere delte egne bekymringer og tanker. I tillegg vil en ekstern mekler ofte ha spesiell innsikt og kunnskap om temaet det tvistes om. Den eksterne mekleren kunne derfor hatt lettere for å komme til bunns i foreldrenes underliggende interesser og behov. Det er nærliggende å tenke seg at mer solide forlik kunne bli inngått slik at saken ikke kom opp igjen på et senere tidspunkt, og slik at man opprettholdt barnets behov for stabilitet og kontinuitet. Således kunne dette være mer effektivt enn en behandling i forberedende møter med sakkyndig.

I tillegg kunne midlertidige avtaler prøves ut i samråd med familievernkontorene. Den samme mekleren kunne her vært veileder under avtalene, men med noen modifikasjoner. Veilederen burde vært underlagt de samme prinsipper om nøytralitet og fortrolighet som i mekling. Veilederen kunne derfor ikke gitt råd som på noen måte tok stilling til saken, men hjulpet partene med å kommunisere med hverandre når de prøvde ut midlertidige avtaler. Partene ville da kunne styre prosessen sin selv. Alle avgjørelser vedrørende prosessen måtte derfor bli tatt i samarbeid mellom den eksterne mekleren/veilederen og foreldrene. I og med at den eksterne mekleren ikke ville ha noen tilknytning til retten, ville mekleren være i mindre stand til å bruke pressmidler som eksempelvis domsprogner. Dette ville kunne minske faren for forlikspres.

Etter bl. § 61 første ledd nr. 2 ville den eksterne mekleren være forpliktet til å henvise saken til rettslig behandling dersom løsning ikke kunne oppnås, og retten ville dermed være forpliktet til å sette dato for hovedforhandling "straks", jf. bl. § 61 første ledd. Således ville effektivitetshensynet ivaretas.

Ut fra det skisserte løsningsforslaget, ville familievernkontorene bli utvidet til å bli et kompetansesenter for konflikthåndtering mellom foreldre. Meklerne på familievernkontorene ville opparbeide seg spesialkunnskap på konflikthåndtering i barnefordelingssaker, og optimalisere foreldres mulighet for å bli enige.

8 Litteraturliste

Austbø og Engebretsen: Mekling i Rettskonflikter, Rettsmekling og mekling ved advokater og mekling i forliksrådene og konfliktrådene. 2. Utgave 2006.

Balstad, Just: Mekling – om å løse konflikter, ikke avgjøre dem. Publisert i Lov og Rett 2005.

Bendiksen og Haugli: Sentrale emner i Barneretten. Universitetsforlaget. Tromsø (2014)

Bernt, Camilla: Meklerrollen ved mekling i domstolene. Fagbokforlaget (2011)

Bernt, Jan Fridthjof: rettssikkerhetsbegrepet og kampen om velferdsstatens verdigrunnlag. Publisert i Juss-Buss Tvers igjennom lov til seier. Jubileumsskrift til Juss-Buss (2001) side 155-173)

Boe, Erik: Forholdet mellom rule of law og rettssikkerhet. Publisert i Stat, politikk og folkestyre. Festskrift til Per Stavang på 70-årsdagen (1998)

Dalseide, Nils: Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20. juni 2003 - noen utvalgte problemstillinger. Publisert i Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2004 s 172-216. (2004)

Domstol.no:

www.domstol.no/upload/OBYR/Internett/Brosjyrer/Brosjyre%20FAMILIESAKER%202011%20web.pdf

Ellingsæter, Anne Lise: Om begrepet "barnets beste". Publisert i NOU 2008:9.

Eskeland, Ståle: Fangerett. Doktoravhandling utgitt av Universitetet i Oslo, Institutt for rettssosiologi (1988)

Forsvarsdepartementet, rapport 04.05.2004: Grenseland mellom rettssikkerhet og personellsikkerhet.

Haugli, Trude: Det mangfoldige barnets beste. Publisert i Festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias (2002)

Haugli, Trude: Love om barn og foreldre. Publisert i Jussens Venner (2007) på side 325-388.

Helsetilsynet: Retningslinjer for fylkeslegenes behandling av klager på helsepersonells sakkyndige uttalelser i saker for retten eller i fylkesnemnda for sosiale saker, 2004. IK-29/97 11.11.1997 Rundskriv fra Statens helsetilsyn
<http://www.helsetilsynet.no/no/Regelverk/Rundskriv/Rundskriv-helsetjenesten/Rundskriv-Helsetilsynet/Retningslinjer-fylkeslegene-klager-helsepersonells-sakkyndige-fylkesnemnda-IK-28-97/>

Kjelland-Mødre, Kristin m.fl: Konflikt, mekling og rettsmekling. Universitetsforlaget 2008.

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

Mykland, Solfrid: "Domstolsretorikk versus Meglingsretorikk", utgitt i Kristinsens og Nordhaugs m.fl., Retorikk, juss og rettferdighet. (2007)

Nordhelle, Grethe. Festskrift Jurks 25 års jubileum, Oslo (2000)

Norsk Psykologforening: <http://www.psykol.no/Fag-og-profesjon/For-pasienter-og-paaroerende/Klage-paa-psykolog>

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

NOU 2008: 9 – Med barnet i fokus

Nylund, Anna: Barnefordelingssaker og ”familier med høyt konfliktnivå”, publisert i Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål (2012) nr. 3-4 s. 215-235. Gyldendal Akademisk forlag.

Nylund, Anna: Barnefordelingssaker på godt og ondt. Publisert i tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr. 4 (2011) på side 302-322.

Oslo Tingrett: Når mor og far er i konflikt – Domstolenes behandling av saker etter barneloven.

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

Rønbeck, Knut: Fra konflikt til forsoning – barnefordeling i et rettsbasert forsøksprosjekt. Tidsskrift for Norsk Psykologforening, Vol. 41 nr. 4 (2004) side 275-281.

Rønbeck, Knut: Foreldre i konflikt – Forhandlingsbasert sakkyndighetsarbeid etter barneloven. Tidsskrift for Norsk Psykologforening, Vol 43 nr. 4 (2006) side 338-346.

Rønbeck, Knut: Foreldreposisjoner i bevegelse: Fra fastlåst konflikt til utvidet omsorg og empati for egne barn. Tidsskrift for Norsk Psykologforening. Vol 47 nr. 8 (2010) side 720-729.

Statistisk Sentralbyrå: <http://www.ssb.no/befolkning/statistikker/ekteskap/aar/2014-02-20#content>

St.meld.nr.32 (1976-1977)

Noack: Turid: <http://www.ssb.no/befolkning/artikler-og-publikasjoner/langt-flere-barn-opplever-foreldrebrudd-enn-det-skilsmissestatistikken-viser>

Veileder Q-15/2004: Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring for barn. Utgitt av Det Kongelige Barne- og Familiedepartement.

Vindeløv, Vibeke: Konflikt Mægling, En refleksiv modell. Jurist- og Økonomiforbundets forlag. 3. Utgave, 2013.