

Sakkyndiges prosedyrer i barnelovssaker og partenes rett til kontradiksjon

*Er partenes rett til kontradiksjon tilstrekkelig
ivaretatt ved de sakkyndiges prosedyrer i
barnelovssaker?*

Kandidatnummer:

56

Antall ord:

14632



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Aktualitet og problemstilling.....	4
1.1.1 Kontradiksjon i barnelovssaker.....	4
1.1.2 Sakkyndiges oppgaver i barnelovssaker.....	5
1.1.3 Problemstillinger.....	7
1.2 Videre fremstilling, rettskildebildet og metode.....	8
1.3 Avgrensninger.....	9
2 Retten til kontradiksjon.....	10
2.1 Rettslig forankring og hensynene bak kontradiksjonsprinsippet.....	10
2.1.1 Rettslig forankring.....	10
2.1.2 Rettspolitiske hensyn og bærende prinsipper	11
2.1.3 Hensynene bak kontradiksjonsprinsippet i barnelovssaker	12
2.2 Kontradiksjonsprinsippets anvendelsesområde	13
2.3 Det nærmere innholdet i retten til kontradiksjon.....	15
2.3.1 EMD stiller tre grunnleggende krav til kontradiksjon.....	15
2.3.2 Rettsvirkninger av brudd på retten til kontradiksjon.....	18
2.4 Kontradiksjonsprinsippets forhold til hensynet til barnets beste.....	19
3 Sakkyndiges roller i barnelovssaker	22
3.1 Hvem er den sakkyndige?	22
3.2 Sakkyndiges roller og saksgangen i barnelovssakene.....	23
4 Sakkyndiges samtaler med en part eller barnet og retten til kontradiksjon	26
4.1 Innledning.....	26
4.2 Informasjon av betydning for saken kan fremkomme i separate møter.....	27
4.3 Informasjon fra separate møter kan tilflyte dommeren.....	29
4.4 Gjelder unntaket fra den sakkyndiges taushetsplikt også partene i saken?.....	30
4.5 I hvilken grad kan separate møter medføre brudd på kontradiksjon?.....	32
4.6 Hvordan kan retten til kontradiksjon bedre ivaretas?	35
4.6.1 Innledning.....	35
4.6.2 Notoritet og skriftlighet.....	35
4.6.3 Videoopptak ved høring av barn.....	37

5	Sakkyndiges prosedyrer for mekling og kontradiksjonsprinsippet.....	40
5.1	Innledning.....	40
5.2	Sakkyndiges ulike metoder for mekling.....	41
5.3	Burde partene sikres kontradiksjon under meklingen?	42
5.4	Hvordan kan kontradiksjon sikres under meklingen?.....	44
6	Sakkyndige som utreder og retten til kontradiksjon.....	47
6.1	Innledning.....	47
6.2	Retten til kontradiksjon ved mandatutforming.....	48
6.3	Retten til kontradiksjon ved innhenting og bruk av komparentopplysninger	49
	Kildehenvisninger.....	52

1 Innledning

1.1 Aktualitet og problemstilling

1.1.1 Kontradiksjon i barnelovssaker

Temaet for denne masteroppgaven er kontradiksjonsprinsippet ved bruk av sakkyndige i saker etter barneloven (lov 8. april 1981 nr. 7) kapittel 7, heretter kalt barnelovssaker. Dette kapitlet regulerer saksbehandlingen i saker om foreldreansvar, fast bosted for barnet og samvær.

Kontradiksjonsprinsippet er en fundamental rettssikkerhetsgaranti og et sentralt element i retten til rettferdig rettergang etter Grunnloven (lov 1814 17. mai) § 95 og EMK (Den Europeiske Menneskerettskonvensjon) art. 6 nr.1. Retten til kontradiksjon går ut på at partene i saken skal få føre bevis og gjøre rede for sitt syn på saken, og få uttale seg om og imøtegå motpartens argumentasjon og bevis før dom treffes.¹ Retten kan etter det kontradiktoriske prinsipp ikke bygge avgjørelsen sin på et faktisk grunnlag som begge parter ikke har hatt foranledning til å uttale seg om. Dette er en viktig forutsetning for både partenes og allmennhetens tillit til at rettergangen er rettferdig og forsvarlig.

Norsk rettergang er organisert som en partsprosess. Det betyr at det i stor grad er partens ansvar å presentere og belyse sakens faktum som grunnlag for rettens avgjørelse.² Det er partene som kjenner saken best og dermed har best mulighet til å belyse sakens faktiske omstendigheter. Det blir da særlig viktig at partenes rett til kontradiksjon blir ivarettatt, slik at alle sider av saken blir tilstrekkelig belyst og partenes syn på saken er hørt.

Barnelovssaker blir regnet som delvis indispositive.³ Det vil si at offentlige hensyn begrenser partenes rådighet over saken. Ved saksbehandling og avgjørelse for retten skal nemlig barnets beste være styrende, jf. barneloven § 48. I indispositive saker er retten ikke bundet av partenes

¹ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 34 og Skoghøy 1994 s. 97.

² Backer 2015 s. 22.

³ NOU 2017 : 8 s. 77.

prosesshandlinger lengre enn dette er forenlig med de offentlige hensyn som ligger til grunn for at rådigheten er begrenset, jf. tvisteloven (lov 17. juni 2005 nr. 90) § 11-4. Hvis barnets beste tilsier det, kan retten dermed komme til en avgjørelse utenfor partenes påstander. I tillegg skal domstolen sørge for at bevisførselen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag, jf. tvisteloven § 21-3 (2) første setning. Dette kan gi domstolen en plikt til å sørge for ytterligere bevisførsel for at saken skal bli tilstrekkelig opplyst.

Siden retten i barnelovssaker både kan gå utenfor partenes påstandsgrunnlag, og fremskaffe bevis på egen hånd, blir det desto viktigere å sikre partene god kontradiksjon om alle faktiske forhold av betydning for avgjørelsen, også de sider av saken som ikke er fremskaffet eller prosedert av partene selv.⁴

I barnelovssaker blir sakkyndige oppnevnt av retten til å utrede saken og bistå dommeren og/eller partene i prosessen. Selv om sakkyndige ikke har beslutningsmyndighet i barnelovssaker, tillegges deres vurderinger i praksis betydelig vekt i rettens domsslutning.⁵ Den sakkyndige har således stor uformell makt, og det er derfor særlig viktig at partene sikres kontradiksjon om de opplysninger og vurderinger som de sakkyndige tilfører retten både i og utenfor rettsmøtene.

1.1.2 Sakkyndiges oppgaver i barnelovssaker

Ved lovendring i 2004 ble det innført nye saksbehandlingsregler for domstolene i saker etter barneloven.⁶ Et av hovedformålene med de nye saksbehandlingsreglene var å gi dommerne flere virkemidler på et tidligere stadium under domstolsbehandlingen for å sikre en mer smidig og fleksibel saksbehandling tilpasset den enkelte sak.⁷ Det ble blant annet lagt til rette for en mer omfattende, variert og målrettet bruk av sakkyndige i prosessen.⁸

Før lovendringen i 2004 ble sakkyndige bare brukt i sin tradisjonelle rolle i barnelovssaker; Retten kunne oppnevne sakkyndige for å lage en skriftlig redegjørelse for sin vurdering av

⁴ NOU 2017 : 8 s. 325 og Backer 2015 s. 261.

⁵ NOU 1995 : 23 s. 9.

⁶ Lov 20 juni 2003 nr. 40 (ikr. 1 apr 2004 iflg. res. 20 juni 2003 nr.728).

⁷ De ulike virkemidlene er opplistet i barneloven § 61 første ledd. Det er opp til dommeren selv å vurdere om og eventuelt hvilke av virkemidlene som skal tas i bruk, jf Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 35.

⁸ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 8.

saken, som ble lagt frem som bevis under hovedforhandlingen.⁹ Den sakkyndiges utrederrolle er nå videreført til barneloven § 61 første ledd nr. 3

I tillegg til de tradisjonelle utredningsoppdragene, kan dommeren nå også blant annet oppnevne en sakkyndig til å bistå i forbindelse med saksforberedende møter med partene, jf. barneloven § 61 første ledd nr. 1. I disse rettsmøtene skal dommeren og den sakkyndige klarlegge tvistepunktene i saken, drøfte videre saksbehandling og eventuelt mekle mellom partene. Såfremt foreldene ikke motsetter seg det, kan den sakkyndige da ha samtaler med foreldre og barn og gjøre undersøkelser for å klarlegge forholdene i saken.

I saker som gjelder barn, har barnet rett til å bli hørt og si sin mening før det treffes en avgjørelse, jf. barneloven § 31 og FNs barnekonvensjon art. 12. Dommeren kan for dette formål også oppnevne sakkyndig til å bistå dommeren ved høring av barnet eller overlate oppgaven til den sakkyndige alene, jf. barneloven § 61 første ledd nr. 4.

Etter barneloven § 61 første ledd nr. 7 kan retten også oppnevne en sakkyndig til å veilede foreldrene ved praktiseringen av midlertidige forliksløsninger under saksforberedelsen. Når det legges til rette for forliksløsninger allerede under saksforberedelsen slipper barnet å bli utsatt for de ekstra påkjenninger som følger av å måtte leve i lang tid med en uavklart omsorgssituasjon og høyt konfliktnivå mellom foreldrene.

Formålet med mer omfattende og variert bruk av sakkyndige er at det skal tilføre domstolene barnefaglig kompetanse på et tidligere stadium i saken, slik at det kan legges til rette for at utfallet av saken, enten det er forlik eller domsslutning, er gjennomarbeidet og robust i tråd med barnets beste.¹⁰

⁹ Jf. tidligere barneloven § 41 og Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 35.

¹⁰ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 8 og 35-36.

1.1.3 Problemstillinger

Mer fleksibel og omfattende bruk av sakkyndige aktualiserer nye rettslige problemstillinger. Denne oppgaven tar sikte på å undersøke og vurdere hvorvidt partenes rett til kontradiksjon er tilstrekkelig ivaretatt ved de nye reglene og prosedyrene for sakkyndiges oppgaver i barnelovssakene.

For det første kan kontradiksjonsprinsippet bli satt på prøve når den sakkyndige har samtaler alene med en av partene eller barnet. Opplysninger fra disse samtalene kan bli videreformidlet til dommeren uten at informasjonen er forelagt begge partene. Dette gjelder både når den sakkyndige har samtaler med barnet eller foreldrene i forbindelse med saksforberedende møter, jf. § 61 første ledd nr. 1, har særmøter med partene under mekling, jf. § 61 første ledd nr. 1, når den sakkyndige hører barnet, jf. § 61 første ledd nr. 4, og når den sakkyndige opptrer som veileder ved midlertidige prøveordninger, jf. § 61 første ledd nr. 7.

For det andre kan det oppstå et spenningsforhold til kontradiktorisk saksbehandling dersom den sakkyndige under mekling etter § 61 første ledd nr. 1, legger et forlikspres på partene basert på opplysninger og vurderinger som det ikke er sikret kontradiksjon om.

I tillegg kan det diskuteres hvorvidt partenes rett til kontradiksjon er tilstrekkelig ivaretatt når den sakkyndige opptrer i sin tradisjonelle rolle som utreder etter barneloven § 61 første nr. 3; Er sakkyndigrapporten basert på samtaler med tredjepersoner som ikke blir ført direkte for retten, kan partene bare imøtegå disse tredjepersonsopplysningene indirekte gjennom den sakkyndige og sakkyndigrapporten.

Hovedproblemstillingen blir dermed delt inn etter hvorvidt partenes rett til kontradiksjon er tilstrekkelig ivaretatt ved reglene for

- 1) sakkyndiges prosedyrer ved samtaler med en av partene eller barnet (kapittel 4)
- 2) sakkyndiges metoder ved mekling (kapittel 5), og
- 3) gjennomføring og bruk av sakkyndige utredninger i retten (kapittel 6).

1.2 Videre fremstilling, rettskildebildet og metode

For å sette rammene for drøftelsene av problemstillingene, vil det først bli gjort rede for innholdet i retten til kontradiksjon i kapittel 2, og saksgangen og de sakkyndiges oppgaver i barnelovssaker i kapittel 3. I kapittel 4, 5 og 6 drøftes de tre delproblemstillingene som nevnt avslutningsvis i kapittel 1.1.3, i hver sitt kapittel. For hver av de tre delproblemstillingene konkluderes det for hvorvidt kontradiksjonsprinsippet er tilstrekkelig ivaretatt ved den sakkyndiges prosedyrer (de lege lata), og eventuelt hvordan kontradiksjon kan sikres på bedre måte (de lege ferenda).

De viktigste rettskildene for å avklare det nærmere innholdet i retten til kontradiksjon er rettspraksis fra Høyesterett og EMD, samt tvistelovens forarbeid og juridisk litteratur.

Både forarbeidene til barneloven og rundskriv og veiledere utarbeidet av departementene angir hvordan de sakkyndige skal gjennomføre sine oppgaver. Rundskriv og veiledere har imidlertid ikke samme autoritative virkning overfor dommerne som forarbeidene har. Domstolen skal være uavhengig, og et departement kan dermed ikke instruere domstolene i hvordan dommerne skal anvende prosessuell eller materiell rett. Rundskriv og veiledere vil likevel virke normerende for praksis, og gode grunner taler derfor for at de kan tillegges rettskildemessig vekt som retningslinjer for hvordan de sakkyndige bør utføre sitt arbeid.¹¹

I noe juridisk litteratur drøftes problemstillinger knyttet til partenes prosessgarantier ved bruk av sakkyndige, men uten at kontradiksjonsprinsippet blir drøftet særlig utfyllende. Forholdet mellom sakkyndige sine prosedyrer i barnelovssaker og kontradiksjonsprinsippet er per dags dato heller ikke tilstrekkelig avklart eller særlig inngående behandlet i rettspraksis. Dette gjør oppgavens problemstillinger aktuelle og spennende, men samtidig krevende. Kapittel 4, 5 og 6, hvor delproblemstillingene drøftes, vil derfor i stor grad basere seg på egne juridiske analyser, drøftelser og vurderinger.

Hvor andre rettskilder ikke gir klart svar på problemstillingene, kan det bli aktuelt å se hen til hvordan retten til kontradiksjon er vurdert for lignende regler i tilgrensende rettsområder. Dersom de samme hensynene som ligger til grunn for barnelovens regler også gjør seg

¹¹ Bernt 2014 s. 196

gjeldende for slike regler, tilsier hensynet til likhet, konsekvens og harmoni at løsningen av kontradiksjonsproblematikk i disse reglene kan gi veiledning for denne oppgavens drøftelser. Dette kan særlig gjøre seg gjeldende for regler om tilrettelagt avhør av barn i straffeprosessloven (lov 22. mai 1981 nr. 25). På grunn av distinksjoner i grunnleggende bakenforliggende hensyn og prinsipper for de ulike rettsområdene, kan materialet likevel bare tillegges begrenset rettskildemessig verdi. Den konkrete vurderingen av kontradiksjonsprinsippet kan derfor også gi seg andre utslag i barnelovssaker.

1.3 Avgrensninger

Saksbehandlingsreglene i barnelovssaker skal ivareta flere grunnleggende hensyn, som til dels kan kollidere med hverandre. Oppgaven fokuserer på partenes rett til kontradiksjon. Men siden hensynet til barnets beste skal være styrende i barnelovssaker, jf. barneloven § 48, vil det i drøftelsene også være naturlig å si noe om hvorvidt hensynet til barnets beste blir ivaretatt. Av hensyn til oppgavens omfang, vil oppgaven imidlertid avgrenses mot generelle fremstillinger av innholdet i «barnets beste»-vurderingen.

Oppgaven avgrenses også mot generelle fremstillinger av barnets uttalerett etter barneloven § 31 og FN's barnekonvensjon art. 12. Barnets uttalerett har i utgangspunktet ikke utspring fra kontradiksjonsprinsippet, men er en *medbestemmelsesrett* for barnet: Barn skal få uttrykke sin mening før det treffes viktige avgjørelser som berører barnet. Denne oppgaven knytter seg til partenes – foreldrenes – rett til kontradiksjon. Det er derfor bare den bevismessige siden av barnas uttalelser som er av interesse for denne oppgaven. Den sakkyndiges samtaler med barna skal på lik linje med andre faktiske forhold i saken bli fremlagt for partene med rett til å utøve kontradiksjon.

2 Retten til kontradiksjon

2.1 Rettslig forankring og hensynene bak kontradiksjonsprinsippet

2.1.1 Rettslig forankring

Retten til kontradiksjon går som nevnt ut på at partene skal få gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendigheter i saken, og at de må få adgang til å uttale seg om rettens og motpartens anførsler før dom treffes.¹² Kontradiksjonsprinsippet er et grunnleggende prinsipp i norsk rettergang, og anses å være av fundamental betydning for å oppnå forsvarlig saksbehandling.¹³

Prinsippet innfortolkes og har generell forankring i kravet til rettferdig rettergang i Grl. § 95 og «fair [...] hearing» i EMK art. 6 nr. 1. EMD formulerer gjennomgående kontradiksjonsprinsippet slik;

«.. [T]he concept of a fair hearing also implies the right to adversarial proceedings, according to which the parties must have the opportunity not only to make known any evidence needed for their claims to succeed, but also to have knowledge of, and comment on, all evidence adduced or observations filed, with a view to influencing the court's decision ... »¹⁴

Hva som ligger i denne formuleringen gjennomgås nærmere under kapittel 2.3.

EMK art. 1 forplikter alle medlemsstatene til å sikre enhver innen sitt myndighetsområde de rettigheter som følger av EMK. Hvordan rettighetene, herunder kontradiksjonsprinsippet, skal gjennomføres i de enkelte medlemsstatene er opp til den enkelte nasjonale myndighet, så lenge den nasjonale lov og praksis respekterer og ligger innenfor de krav EMD stiller etter

¹² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 34.

¹³ Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 37, Rt. 2009 s. 633 U (avsn. 17), Rt. 1990 s. 8 og Rt. 2005 s. 1590.

¹⁴ *Krcmár m.fl. vs. Tsjekkia* (avsnitt 40). Se også *Rowe & Davis vs. Storbritannia* (avsnitt 60), *Walston vs. Norge* (avsnitt 56) og *Milatová m.fl vs. Tsjekkia* (avsnitt 59).

EMK art. 6 nr. 1.¹⁵ I Norge har lovgiver gitt EMK forrang fremfor annen norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Hvordan EMD praktiserer kontradiksjonsprinsippet blir derfor en viktig del av analysen når innholdet i kontradiksjonsprinsippet i norsk rett skal fastlegges.

EMK art. 6 nr. 1 og Grl. § 95's krav om rettferdig rettergang er konkretisert i tvistelovens formålsbestemmelse i § 1-1 (1), og i paragrafens andre ledd første og andre strekpunkt utdypes det at partene må «få argumentere for sin sak og føre bevis» og «få innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis». Paragrafen lovfester dermed kjerneelementene i kontradiksjonsprinsippet. Retten til kontradiksjon kommer også generelt til uttrykk i tvl § 11-1 (3) hvor det heter at retten ikke kan bygge avgjørelsen sin på et faktisk grunnlag som partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om.

2.1.2 Rettpolitiske hensyn og bærende prinsipper

Det overordnede målet med domstolsbehandling er å komme frem til et materielt riktig resultat. Når norsk rettergang er basert på en ordning med partsprosess, må partene få mulighet til å fremlegge sine argumenter og bevis, og imøtegå motpartens argumenter og bevis for at alle faktiske sider av saken skal bli tilstrekkelig opplyst. Det er partene som kjenner sakens faktiske sider best. Retten til kontradiksjon er derfor helt sentral forutsetning for å sikre at avgjørelser blir truffet på materielt riktig grunnlag.¹⁶ Først når partene er gitt anledning til effektiv kontradiksjon om alle faktiske sider av saken, kan retten vurdere holdbarheten og påliteligheten av partenes argumentasjon og bevis, og komme frem til en mest mulig materielt riktig avgjørelse.

At begge parter skal ha anledning til å uttale seg om alle faktiske forhold, er også viktig av hensyn til folkets tillit til rettsapparatet og domstolsprosessen.¹⁷ Hvis partene ikke får legge frem bevis og argumentere for sitt syn på saken, eller imøtegå motpartens syn og bevis, kan domstolsbehandlingen fremstå som uforsvarlig, urettferdig og vilkårlig.

¹⁵ Se blant annet *Brandstetter vs. Østerrike* (avsnitt 67) og *Buckley vs. Storbritannia* (avsnitt 74 med videre henvisninger).

¹⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 32.

¹⁷ Skoghøy 1994 s. 97 og Backer 2015 s. 103.

Sentrale deler av kontradiksjonsprinsippet følger også langt på vei av partslikhetsprinsippet, som innebærer at partene skal være tillagt de samme prosessuelle rettigheter i prosessen.¹⁸ Partene skal ha lik anledning til å legge frem sin sak og til å imøtegå og kommentere motpartens anførsler.

2.1.3 Hensynene bak kontradiksjonsprinsippet i barnelovssaker

En sak som illustrerer hvor sterkt retten til kontradiksjon står i barnelovssaker og hvilke hensyn som her gjør seg særlig gjeldende, er Rt. 2005 s. 1698.

Saken gjaldt fast bosted for barnet, og ble anket til Høyesterett med påstand om at lagmannsretten hadde avskåret videre ankeforhandling på et for sent tidspunkt, jf. den nå opphevede tvistemålsloven § 378 andre ledd. Høyesterett trengte ikke ta stilling til om tvistemålsloven § 378 gav hjemmel til å avskjære saken på det aktuelle tidspunktet, da hensynet til effektiv kontradiksjon og full opplysning av saken uansett ikke kunne anses tilstrekkelig ivaretatt. Lagmannsrettens dom ble opphevet på dette grunnlag.

Lagmannsrettens videre forhandling ble avskåret etter at begge parters innledningsforedrag og partsforklaring var avsluttet. Av praktiske grunner var også et av ankemotpartens vitner avhørt før den ankedes partsforklaring ble avsluttet. Den ankede parten fikk derimot ikke anledning til å føre vitner før avskjæring fant sted. Selv om retten kunne bygge på dokumentbevis, blant annet uttalelser fra sakkyndige, kom Høyesterett til at hensynet til effektiv kontradiksjon og opplysning av saken ikke var oppfylt.

Dette illustrerer den nære sammenhengen mellom kontradiksjon og likhetsprinsippet. Når bare ankemotparten fikk føre vitner før avskjæring fant sted, hadde ikke partene lik mulighet til å føre bevis og utøve sin rett til kontradiksjon.

Høyesterett presenterte først utgangspunktet for vurderingen: «[s]kal avskjæring aksepteres etter at bevisføring er påbegynt, må det i alle tilfeller være et vilkår at retten effektivt ivaretar kontradiksjonsprinsippet. I saker hvor partene mangler fri rådighet, må den også i særlig grad

¹⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 167 og 34.

ivareta hensynet til sakens opplysning.»¹⁹ Videre går det frem av kjennelsen at «[i] saker om barnefordeling tilsier hensynet til barnets beste at saken er så godt opplyst som mulig før avgjørelse treffes», og at «...[i] ankeinstansen vil det typisk kunne fremkomme nye holdepunkter for vurderingen, slik at ankeinstansen ikke uten videre kan anse tingsrettens redegjørelse for faktum som representativ.»²⁰

Kjennelsen illustrerer at kontradiksjonsprinsippet og tilstrekkelig opplysning av saken er særlig viktig i indispositive saker, hvor retten har selvstendig ansvar for forsvarlig opplysning av saken.²¹ Som kjennelsen peker på, gjør dette seg også særlig gjeldende i saker der hensynet til barnet er det styrende. Retten skal ha best mulig forutsetninger for å kunne vurdere hva som er barnets beste. Til forskjell fra andre saker hvor domstolene ofte vurderer saken i et retrospektivt lys, gjelder avgjørelsene i barnelovssakene den fremtidige løsningen som er til det beste for barnet.²² Siden en slik vurdering i stor grad baseres på skjønnsmessige vurderinger, og forholdene kan endres underveis i saksgangen, er det like viktig å sikre kontradiksjon ved senere behandling av saken som ved første behandling.

I det videre gjøres det grundigere rede for innholdet i kontradiksjonsprinsippet. Av hensyn til oppgavens omfang fokuseres det på de sidene av kontradiksjonsprinsippet som gjør seg særlig gjeldende i barnelovssaker.

2.2 Kontradiksjonsprinsippets anvendelsesområde

Etter EMK art. 6 nr. 1 gjelder kontradiksjonsprinsippet for «everyone», altså enhver, som får sine rettigheter og plikter avgjort i saken. Dette er i utgangspunktet bare partene i saken. Selv om avgjørelsen i aller høyeste grad angår barnet, er ikke barnet selv part i barnelovssaker.²³ Det er bare foreldrene som er parter i saken og har rett til kontradiksjon etter EMK art. 6.

Barnet er imidlertid sikret en uttalelsesrett. Når foreldrene eller domstolene skal ta stilling til foreldreansvar, hvor barnet skal bo og samvær med barnet, skal det tas hensyn til barnets egne

¹⁹ Rt. 2005 s. 1698 (avsnitt 24).

²⁰ Ibid. (avsnitt 27).

²¹ Jf. tvisteloven § 21-3 (2).

²² NOU 1998 : 17 s. 12.

²³ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 7.

ønsker og meninger i takt med barnets alder og modenhet, jf. barneloven § 31 andre ledd, grunnloven § 104 og FNs barnekonvensjon art. 12.

For sivile saker gjelder kontradiksjonsprinsippet etter EMK art. 6 nr. 1 «[i]n the determination of his civil rights and obligations [...] by an independent and impartial tribunal». Altså i saker der en domstol treffer en avgjørelse som er direkte avgjørende for partens rettigheter eller plikter.²⁴ Og kravet om kontradiksjon gjelder fra tvisten blir anlagt til endelig avslutning av saken.²⁵

Det som er spesielt med barnelovssaker er at det i stor grad er lagt opp til mekling mellom partene underveis i prosessen.²⁶ I meklingsprosessen blir det ikke truffet noen avgjørelse av retten. Det er partene selv som skal forsøke å komme til enighet om en løsning. Meklingsprosessen faller dermed utenfor ordlyden «determination» (avgjørelse) av en «tribunal» (domstol) etter EMK art. 6 nr. 1.²⁷ Partene har derfor ikke *rett* til kontradiksjon under meklingen. Dette begrunnes med at prosesser hvor partene selv har ansvaret for å vurdere saken og komme til en avgjørelse, ikke krever de samme rettssikkerhetsgarantiene som prosesser hvor tredjepersoner skal vurdere og avgjøre saken med bindende virkning overfor partene.

Brudd på kontradiksjon under meklingen kan likevel medføre brudd på retten til kontradiksjon dersom meklingen ikke fører frem og saken skal avgjøres ved videre domstolsbehandling. Dette utdypes nærmere i kapittel 4. Det kan dessuten oppstå situasjoner som er problematiske med tanke på kontradiksjon som et overordnet prinsipp for all rettergang, også under selve meklingen. Dette utdypes nærmere i kapittel 5.

²⁴ Kjølbrot 2011 s. 345.

²⁵ Ibid. s. 362.

²⁶ Etter barneloven § 59 andre ledd skal dommere på ethvert trinn av saken vurdere mulighetene for at partene kan inngå forlik og legge forholdene til rette for dette.

²⁷ Jf. også avvsningsavgjørelsen *Icyer vs. Tyrkia* hvor EMD konstaterte at kommisjonene under kompensasjonsloven ikke var å regne for «tribunal» etter art. 6 siden deres oppgave var å hjelpe myndighetene med å fastslå skadeomfang og legge til rette for forlik. Det stiltes dermed ikke krav om kontradiksjon i prosessen.

2.3 Det nærmere innholdet i retten til kontradiksjon

2.3.1 EMD stiller tre grunnleggende krav til kontradiksjon

Slik EMD gjennomgående formulerer retten til kontradiksjon, stilles det tre grunnleggende krav til kontradiksjon.²⁸ Partene skal for det første gis mulighet til å fremlegge ethvert bevis til støtte for sin sak. Videre skal partene gis mulighet til å gjøre seg kjent med alt av bevismateriale og anførsler som fremlegges med det formål å påvirke utfallet i saken. Og for det tredje skal partene gis mulighet til å kommentere alle fremlagte bevis og anførsler for retten, uavhengig av hvem som fremlegger dem. Kravene henger tett sammen og er forutsetninger for hverandre, men alle tre krav har like stor egenverdi.

2.3.1.1 Retten til å føre bevis

Retten til kontradiksjon forutsetter først og fremst at partene får anledning til å legge frem ethvert bevis til støtte for sin sak. Etter fast praksis fra EMD er vurderingen av hva som kan tillates fremført som bevis for retten, herunder om en part kan avskjæres fra å føre et bevis, i utgangspunktet overlatt til nærmere regulering i nasjonal rett, og det er nasjonale domstolars oppgave å bedømme bevisene som blir fremlagt.²⁹ EMDs rolle er begrenset til å vurdere og fastslå om prosessen i sin helhet, herunder bevisføringen, har vært rimelig og rettferdig. Retten til kontradiksjon etter EMK art. 6 nr.1 er ikke til hinder for bevisavskjæring så lenge bevisføringen etter en totalbedømmelse oppfyller det overordnede krav om rettferdig rettergang.³⁰

I norsk rettergang er den klare hovedregelen prinsippet om fri bevisførsel; Partene kan i utgangspunktet føre de bevis de vil. EMD har likevel lagt til grunn at nasjonale domstoler i utgangspunktet kan avskjære partene fra bevisføring som anses irrelevant eller overflødig.³¹ I norsk rett har vi regler om dette i tvisteloven §§ 21-7 og 21-8. Dersom retten avskjærer den ene parts bevisføring, må tilsvarende bevisføring fra den annen part også avskjæres, i tråd med partslikhetsprinsippet.

²⁸ Se formuleringen fra *Krcmár m.fl vs. Tsjekkia*, ovenfor under punkt 2.2.

²⁹ Kjølbros 2011 s. 460.

³⁰ EMDs plenumsdom *Schenk vs. Sveits*.

³¹ Kjølbros 2011 s. 460.

2.3.1.2 Retten til å gjøre seg kjent med og imøtegå bevis og bemerkninger som fremlegges for retten

Videre innebærer retten til kontradiksjon at partene skal ha mulighet til å få kjennskap til og kommentere bemerkninger og bevis som fremføres av motparten. Dette gjelder både muntlig og skriftlige innlegg, uavhengig av om det gjelder materielle eller prosessuelle bemerkninger.³²

At partene har adgang til bevisene i saken er en forutsetning for effektiv utøvelse av kontradiksjon. Har man ikke tilgang til motpartens beviser og argumenter som skal legges frem for retten før rettsmøte, vil man ikke kunne forberede korrigerende eller supplerende argumentasjon og bevisføring. Alle saksdokumenter og bevis må derfor forelegges begge parter i rimelig tid før rettsmøtet, slik at de får tilstrekkelig tid til å overveie hvilke innsigelser mot motpartens beviser og argumentasjon de skal føre under rettsmøtet.³³

Dersom den ene parten i en sak leverer inn prosesskriv til retten og motparten ikke er kjent med disse, plikter retten å sørge for at motparten får mulighet til å kommentere bemerkningene innen retten treffer avgjørelse.³⁴ Det er opp til parten selv å vurdere om de fremførte bemerkninger eller bevis skal kommenteres.³⁵ Dette gjelder uavhengig av om motpartens bemerkninger faktisk tillegges betydning for rettens avgjørelse, og uavhengig av om det gjelder en gjentakelse av bemerkninger fra underinstans.³⁶ Det sistnevnte må gjelde særlig i barnelovssaker hvor forhold som inngår i «barnets beste»-vurderingen kan endre seg underveis i saksgangen.³⁷

Retten til kontradiksjon innebærer også at partene skal ha mulighet til å kommentere uttalelser fra andre enn sakens parter, herunder sakkyndige og myndighetene, når disse fremføres for eller innhentes av domstolen.³⁸

³² Se *Brandstetter vs. Østerrike* (avsnitt 66-67) og *Kamasinski vs. Østerrike* (avsnitt 102).

³³ Backer 2015 s. 105.

³⁴ Kjølbros 2011 s. 482 med videre henvisninger.

³⁵ *Walston vs. Norge* (avsnitt 58).

³⁶ Kjølbros 2011 s. 489 med videre henvisning til *Contardi vs. Sveits* (avsnitt 39-40).

³⁷ Se kapittel 2.1.3 og Rt. 2005 s. 1698.

³⁸ Kjølbros 2011 s. 483 og *Kök vs. Tyrkia* (avsnitt 46-55).

I *McMichael vs. Storbritannia* konstaterte EMD at kontradiksjonsprinsippet var brutt når foreldrene i en sak om samvær ikke ble fremlagt rapporter og utredninger som var gjort av barnet.³⁹ EMD uttaler at dette utgjorde en betydelig forskjellsbehandling og ulempe både med tanke på å anke og i den etterfølgende presentasjon av klage.

I *Krcmár vs. Tsjekkia* innhentet den nasjonale domstolen på eget tiltak opplysninger fra forvaltningen. Opplysningene inngikk i avgjørelsen, uten at de ble tilsendt partene i saken med mulighet til å kommentere innholdet. EMD konstaterte brudd på klagers rett til kontradiksjon og fremhevet at opplysningene ikke var alminnelig kjent. Viktigheten og karakteren av de aktuelle bevisene medførte at det ikke ville vært tilstrekkelig at dokumentene hadde blitt lest opp under hovedforhandlingen. EMD presiserte at partene skulle hatt mulighet til å gjøre seg kjent med og kommentere opplysningenes eksistens, innhold og pålitelighet på en passende måte og innen rimelig tid, om nødvendig før hovedforhandlingen og på skriftlig grunnlag.

I *Mantovanelli vs. Frankrike* la EMD til grunn at kontradiksjonsprinsippet også innebærer at partene i utgangspunktet skal være delaktig i prosessen når retten utpeker en sakkyndig. EMD konstaterte derfor krenkelse av retten til kontradiksjon når den ene parten ikke fikk mulighet til å uttale seg ved oppnevning av sakkyndig til å utrede et hendelsesforløp ved et teknisk og komplisert spørsmål om erstatningsansvar. I tillegg fikk ikke parten kjennskap til dokumenter og forklaringer som inngikk i den sakkyndiges vurdering. Også på dette punkt konstaterte EMD brudd på kontradiksjonsprinsippet, særlig fordi sakkyndigrapporten ble antatt å ha stor innvirkning på rettens vurdering.

Retten til kontradiksjon gjelder i utgangspunktet det faktiske grunnlaget for avgjørelsen. I norsk rett fremgår dette også av tvisteloven §11-1 (3). Tvistelovens forarbeider presiserer at kontradiksjonsprinsippet først og fremst gjelder når den ene parten eller retten bringer inn et nytt faktum, eller retten vil legge avgjørende vekt på et faktum som ikke har blitt fremhevet av partene, og som de derfor ikke har hatt foranledning til å uttale seg om.⁴⁰ Dette gjelder også dersom ingen av partene har fremhevet faktiske omstendigheter i den sammenhengen som retten vurderer å bruke dem i.⁴¹

³⁹ *McMichael vs. Storbritannia* (avsnitt 82 og 84).

⁴⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 403-404.

⁴¹ *Ibid.*

Kort oppsummert innebærer kravet om en kontradiktorisk prosess, i tillegg til retten til å føre egne bevis, at partene skal ha mulighet til å gjøres kjent med og kommentere samtlige bevis og bemerkninger som fremføres for retten med det formål om å påvirke rettens avgjørelse, uansett hvem som fremfører beviset eller bemerkningen. Dette gjelder særlig når det antas at opplysningene vil ha stor innvirkning på rettens vurdering. Partene skal også kunne utøve kontradiksjon ved spørsmålet om sakkyndigoppnevning.

2.3.2 Rettsvirkninger av brudd på retten til kontradiksjon

Rettsvirkningen av brudd på retten til kontradiksjon illustrerer hvor sterkt prinsippet står. Tvisteloven § 29-21 første ledd fastsetter at feil ved saksbehandlingen skal tillegges virkning hvis det er «nærliggende» at feilen «kan ha hatt betydning» for den avgjørelsen som er anket.

I norsk rettspraksis er det lagt til grunn at brudd på retten til kontradiksjon regnes som en alvorlig saksbehandlingsfeil, som normalt oppfyller dette vilkåret.⁴² I Rt. 2005 s. 1590 avsnitt 34 uttaler Høyesterett at «[n]år kontradiksjonsprinsippet er tilsidesatt, er det vanskelig å vite hvordan resultatet ville ha blitt uten feilen. Prinsippet er så vesentlig at det etter mitt syn ikke kan stilles høye krav til sannsynligheten for at feilen har virket inn. Snarere bør det nærmest være en presumsjon for at feilen har hatt betydning.»

EMD praktiserer brudd på kontradiksjonsprinsippet like strengt, om ikke enda strengere. I *Walston vs. Norge* uttrykker EMD at det kan foreligge konvensjonskrenkelse selv om et brudd på kontradiksjon ikke har hatt innvirkning på resultatet, og at brudd på kontradiksjonsprinsippet normalt medfører at saken må oppheves.⁴³

Er kontradiksjonsprinsippet brutt i en barnelovssak, vil rettsvirkningen være at dommen må oppheves og sendes til ny behandling i underinstansen, jf. tvisteloven § 29-23 tredje ledd. Unntaksvis kan ankeinstansen treffe realitetsavgjørelse i stedet for oppheving, jf. tvisteloven § 29-22 andre ledd.⁴⁴

⁴² Backer 2015 s. 103 og Rt. 2013 s. 65 U, Rt. 2014 s. 90 U (avsnitt 10), Rt. 2013 s. 438 U (avsnitt 15).

⁴³ *Walston vs. Norge* (avsnitt 58).

⁴⁴ Jf. også Backer 2015 s. 459.

2.4 Kontradiksjonsprinsippets forhold til hensynet til barnets beste

Retten til kontradiksjon må i enkelte tilfeller harmoniseres med kolliderende rettigheter og hensyn. I barnelovssaker skal hensynet til barnets beste være styrende for både saksbehandlingen og utfallet i saken, jf. barneloven § 48 og Grunnloven § 104 andre ledd. Kontradiksjonsprinsippet må derfor særlig veies opp mot og balanseres med hensynet til barnets beste.

Slik EMD praktiserer EMK art. 6, må partene sikres kontradiksjon i en slik grad at prosessen i sin helhet fremstår rettferdig.⁴⁵ EMK art. 6 er dermed ikke til hinder for at kontradiksjonsprinsippet kan innskrenkes på enkelte områder, om dette er nødvendig for å nå målet om en prosess og avgjørelse til barnets beste. Forutsetningen er imidlertid at partene på andre måter blir sikret kontradiksjonsmuligheter i en slik grad at prosessen i sin helhet fremstår rettferdig.

Dersom retten ikke setter strek for partenes utøvelse av kontradiksjon kan prosessen trekkes ut i tid. Barne- og likestillingsdepartementet uttaler i Veileder Q15/2004 at en langvarig tvist for domstolene ofte vil forsterke konflikten mellom foreldrene, og kan være skadelig for barnet.⁴⁶ Langvarige konflikter mellom foreldre kan blant annet føre til mistriivsel, utrygghet og sosiale og psykiske vansker hos barn.⁴⁷ Hensynet til barna som utsettes for ekstra påkjenninger når prosessen trekker i langdrag var bakgrunnen for forslaget til barneloven § 59 første ledd om at «[d]ommaren skal påskunde saka så mykje som mogeleg».⁴⁸

Det må foretas en individuell og konkret avveining av hva som prosessuelt sett er til barnets beste på den ene side og de alminnelige forsvarlighets- og kontradiksjonsprinsipper og rettigheter i tvisteloven og EMK på den annen side.⁴⁹

⁴⁵ Eksempelvis *Ankerl vs. Sveits* (avsnitt 38) og *Centro Europa 7 S.r.l. & Di Stefano vs. Italia* (avsnitt 197).

⁴⁶ Veileder Q15/2004 s. 5.

⁴⁷ Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets Oppvekstrapport 2013.

⁴⁸ Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) s. 29.

⁴⁹ Dalseide 2004 s. 209.

Dalseide er blant teoretikerne med den oppfatning at slik loven er formulert, taler det meste for at hensynet til barnets beste som hovedregel må gå foran forsvarlighets-, kontradiksjons- og opplysningshensynet.⁵⁰ Dalseide fremholder likevel at forholdet kan stille seg annerledes dersom det fremkommer opplysninger som er av betydning for den materielle rettsanvendelse. Disse bør kvalitetssikres bevismessig, enten ved kontradiksjon eller innhenting av ytterligere bevis fra rettens side.⁵¹

I forarbeidene understrekes det også at barneloven § 59 første ledd skal gi rom for å bruke lengre tid på saksbehandlingen dersom det er formålstjenlig eller nødvendig for å få et godt resultat. Poenget er at saksbehandlingstiden ikke må være lengre enn det som er nødvendig for å få saken tilstrekkelig opplyst.⁵² Det presiseres videre i forarbeidene at saksbehandlingstiden ikke skal kortes ned på punkter som er viktige for å få et resultat til barnets beste, noe som for øvrig også ville kunne medføre totalt mer tidsbruk gjennom flere anker eller nye saker mellom de samme foreldrene.⁵³

Det er nemlig et poeng at en kontradiktorisk prosess sikrer tilstrekkelig opplysning av saken, slik at retten kan komme til et materielt riktig resultat til barnets beste. I tillegg sikrer god kontradiksjon partenes rettferdighetsfølelse og tillit til prosessen. Partene vil som regel ha mer gjensidig tiltro og velvilje til en løsning som er basert på en prosess hvor partene har fått fremlegge alle sine bevis og bemerkninger, og kommentere motpartens og rettens bevis og bemerkninger, enn en løsning som er basert på en raskere, men mindre tillitsvekkende saksbehandling. En avgjørelse hvor partene har fått utøvd full kontradiksjon vil derfor sannsynligvis ha større overbevisningsverdi, virke mer konfliktdempende mellom partene og dermed stå seg lengre. Dersom man skal nå det mål at barn i minst mulig grad skal leve i langvarige foreldrekonflikter, vil det være av stor betydning at løsningen står seg.⁵⁴

Kontradiksjon er dermed en viktig faktor for å oppnå langvarige og materielt riktige løsninger som ivaretar hensynet til barnets beste. I mange tilfeller vil det derfor ikke være et spenningsforhold mellom kontradiksjonsprinsippet og hensynet til barnets beste.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) s. 29.

⁵³ Ibid. s. 30.

⁵⁴ Dalseide 2004 s. 202.

Dersom det likevel oppstår konflikter mellom hensynet til barnets beste og hensynet til kontradiksjon ved de sakkyndiges prosedyrer, må det foretas en individuell og konkret avveining mellom hensynene i det aktuelle tilfellet. Der dette gjør seg gjeldende, vil det foretas slike avveininger i drøftelsene av hvorvidt kontradiksjonsprinsippet er tilstrekkelig ivaretatt i kapittel 4, 5 og 6.

3 Sakkyndiges roller i barnelovssaker

3.1 Hvem er den sakkyndige?

Det kan benyttes ulike typer sakkyndige i barnelovssaker; sakkyndige meddommere, sakkyndige vitner, partsoppnevnte sakkyndige og rettsoppnevnte sakkyndige.⁵⁵ Denne oppgaven er avgrenset til rettsoppnevnte sakkyndige.

Bruk av barnefaglig sakkyndighet i barnelovssaker bygger på en oppfatning om at tilføring av barnefaglig kunnskap og erfaring i prosessen kan hjelpe dommeren til å treffe kvalitativt bedre beslutninger som er til det beste for barnet, enn de som kun er basert på rettens alminnelige skjønn.⁵⁶

Ifølge tvisteloven § 25-2 (1) kan retten «oppnevne sakkyndig etter begjæring fra en part eller av eget tiltak [...] når det er nødvendig for å få et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag». Videre heter det i § 25-3 (2) at «[e]n sakkyndig som begjæres oppnevnt av begge parter og er villig, oppnevnes hvis ikke særlige grunner taler mot det».

Etter tvisteloven § 25-3 (2) første punktum må personer som oppnevnes som sakkyndig ha den nødvendige «kyndighet og erfaring». Barneloven har ingen supplerende regler eller krav til hvem som kan oppnevnes som sakkyndig. Formålet med sakkyndigbevis er likevel å få «en fagkyndig vurdering av saken» og et «forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag», jf. tvisteloven §§ 25-1 og 25-2 (1). Dette tilsier at det må stilles krav til at den sakkyndige har relevant kompetanse og erfaring for saken. Den sakkyndige bør kjenne de problemstillinger og utfordringer som særlig gjør seg gjeldende i barnelovssaker, og ha særlig kompetanse om barns behov og utvikling. I praksis oppnevnes derfor ofte psykologer eller psykiatere med barnefaglig bakgrunn.⁵⁷ Men det er ingen krav om dette, og den sakkyndige kan derfor ha en annen fagbakgrunn.

⁵⁵ Haugli og Nordhelle 2014 s. 96.

⁵⁶ Ibid. og NOU 1995 : 23 punkt 5.3.

⁵⁷ Bernt 2011 s. 283 og Backer 2008 s. 548.

Når dommere oppnevner sakkyndige, skjer det som regel etter forslag fra partene. Det finnes ikke noen ordning om at dommeren må kvalitetssikre at den sakkyndige har tilstrekkelig egnethet og kompetanse til å utføre oppdraget.⁵⁸ Og det finnes heller ingen ordning for kvalitetskontroll av utført sakkyndig arbeid, tilsvarende Barnesakkyndig kommisjon for sakkyndiges arbeid i saker om barnevern.⁵⁹

Den enkelte dommer gjør seg likevel etterhvert egne erfaringer med ulike sakkyndige. Det er da naturlig at det skjer en viss uformell utveksling av erfaringer og anbefalinger mellom dommerne i dommermiljøet, som til en viss grad kan sikre at det velges sakkyndige som er egnet for barnelovssaker.

3.2 Sakkyndiges roller og saksgangen i barnelovssakene

Barnelovens nye saksbehandlingsregler skal være fleksible, og dommeren kan derfor selv vurdere hvilke virkemidler etter § 61 første ledd som vil være hensiktsmessige, og tilpasse den sakkyndiges arbeid og roller til den konkrete saken.⁶⁰

Retten skal likevel som hovedregel innkalle til et eller flere saksforberedende møter, jf. barneloven § 61 første ledd nr. 1, etter at stevning er tatt ut av en av partene.⁶¹ De saksforberedende møtene er rettsmøter, jf. domstolloven (lov 13. august 1915 nr. 5) § 122. Formålet med disse møtene er at retten skal klarlegge tvistepunktene, drøfte og planlegge videre saksbehandling og legge til rette for avtaleløsninger mellom partene ved mekling.

Allerede i forbindelse med de saksforberedende møtene kan sakkyndige få ulike roller. Retten kan oppnevne sakkyndig til å ha samtaler med foreldre og barn, bistå ved mekling mellom partene og gjøre undersøkelser for å klarlegge forholdene i saken, jf. barneloven § 61 første ledd nr. 1. Forutsetningen for bruk av sakkyndig er likevel at foreldre ikke motsetter seg dette, og at partene gis anledning til å uttale seg om hva den sakkyndige skal gjøre, jf. § 61 første

⁵⁸ Psykologforeningen har imidlertid en liste over sakkyndige i barne- og familiesaker. Det kreves som hovedregel autorisasjon som psykolog eller lege og fullført utdanningsprogram for sakkyndige for å stå på listen. Men dommere er ikke lovpålagt å velge fra denne, jf. Dalseide 2004 s. 185.

⁵⁹ Jf. barnevernloven (lov 17. juli 1992 nr. 100) § 2-5. Agenda Kaupangs evaluering om Barnesakkyndig kommisjon (BSK) viser at BSK har bidratt positivt til økt rettssikkerhet og kvalitet i sakkyndigrapporter og prosesser i barnevernssaker, jf. Agenda Kaupangs rapport s. 84.

⁶⁰ Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) s. 87.

⁶¹ Ibid. s. 88 og Veileder Q-2004-15 s.15-16.

ledd nr. 1 fjerde setning. I forarbeidene til barneloven forutsettes det at retten bør klargjøre den sakkyndiges oppgaver i et uttrykkelig mandat.⁶² Det er da mandatet som gir rammene for den sakkyndiges arbeid og roller.

Om det skal holdes ett eller flere forberedende møter, beror på behovet i den enkelte sak. Det er eksempelvis særlig praktisk å holde flere forberedende møter i saker hvor partene skal prøve ut en midlertidig omsorgs- og samværsordninger etter § 61 første ledd nr. 7. Da kan det være hensiktsmessig å holde et saksforberedende møte når prøveperioden er ute, eller benytte et forberedende møte til å løse vanskeligheter underveis i prøveperioden.⁶³

Den sakkyndige skal ikke ha en rolle i prosessledelsen. Det er dommeren som formelt og reelt skal styre prosessen. Men basert på kontakt og observasjoner av partene og barna, kan den sakkyndige ut fra sin barnefaglige bakgrunn gi råd til dommeren om hvilke virkemidler og fremgangsmåte den sakkyndige vurderer som hensiktsmessig.⁶⁴

Formålet med å trekke barnefaglig sakkyndighet inn i saken allerede under saksforberedelsen, er også at den sakkyndige skal bidra til å belyse saken og redusere konflikten ved å få foreldrenes fokus bort fra selve konflikten og over på barnas interesser, slik at konflikten kan løses ved en avtale mellom foreldrene i tråd med barnets beste.⁶⁵

Etter barneloven § 61 første ledd nr. 7 har foreldrene adgang til å prøve ut midlertidige omsorgs- og samværsordninger. Retten kan oppnevne en sakkyndig til å veilede partene i prøveperioden. Adgangen til midlertidige ordninger skal gjøre det «enklere å nå fram til avtaler i saker med sterke konflikter og usikkerhet mellom partene om hvordan avtalen vil fungere».⁶⁶ Den sakkyndiges oppgave er å gi partene råd om hvordan de skal få avtalen til å fungere, veilede og følge opp partene med sikte på å bedre samarbeidet mellom partene.⁶⁷ Den sakkyndige kan også foreta passende justeringer i forsøksordningen.⁶⁸ Partene er ikke

⁶² Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 44 og Veileder Q-15/2004 s. 13-15.

⁶³ Dalseide 2004 s. 204.

⁶⁴ Backer 2008 s. 549 og Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 88.

⁶⁵ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 88 og Veileder Q-15/2004 s.25.

⁶⁶ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 45.

⁶⁷ NOU 1998 : 17 s. 102 og Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 90.

⁶⁸ Backer 2008 s. 563.

bundet av den avtalte prøveordningen, og begge parter kan når som helst kreve ordningen avbrutt.

Dersom mekling ikke fører frem og eventuelle prøveordninger blir avbrutt, fortsetter saksbehandlingen med sikte på hovedforhandling og rettens domsavsigelse.⁶⁹

I forkant av hovedforhandling kan retten oppnevne den sakkyndige «til å uttale seg om eitt eller flere av dei spørsmåla saka reiser», jf. barneloven § 61 første ledd nr. 3 Dette er den tradisjonelle sakkyndige utrederrollen.

Formålet med sakkyndigutredning er å bidra til rettens faktiske avgjørelsesgrunnlag. Den sakkyndiges utredning og eventuelle vitneprov betegnes som «sakkyndigbevis» i henhold til tvisteloven § 25-1, og skal legges frem under bevisføringen i hovedforhandlingen. Retten fastsetter hva den sakkyndige skal utrede, og gir de nødvendige instruksjer i et mandat, jf. tvisteloven § 25-4. Mandatet bør også presisere hvilke undersøkelser den sakkyndige skal gjøre.⁷⁰ Basert på undersøkelsene, utformer den sakkyndige normalt en skriftlig utredning av sine fagkyndige vurderinger av de forhold retten har etterspurt i mandatet, jf. tvisteloven § 25-5 (1). I tillegg til at den skriftlige sakkyndigrapporten fremlegges som bevis, kan være behov for at den sakkyndige også møter under hovedforhandlingen for å svare på partenes eller rettens spørsmål og bemerkninger til erklæringen, jf. tvisteloven § 25-5 (2).

Etter avsluttet hovedforhandling skal retten avsi dom i saken. Avgjørelsen må være i samsvar med barnets beste, jf. barneloven § 48.

⁶⁹ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 90.

⁷⁰ Ibid. s. 44.

4 Sakkyndiges samtaler med en part eller barnet og retten til kontradiksjon

4.1 Innledning

I det følgende drøftes første delproblemstilling; hvorvidt kontradiksjonsprinsippet er tilstrekkelig ivaretatt ved den sakkyndiges prosedyrer for samtaler med hver av foreldrene alene eller barna.

Sakkyndige kan ha samtaler med barn eller en av foreldrene i fire ulike situasjoner; i forbindelse med saksforberedende møter, mekling, veiledning og høring av barnet. I de separate samtalene kan den sakkyndige tilegne seg informasjon av betydning for saken, som ikke ville komt frem på felles rettsmøter hvor begge parter er tilstede. Dette utdypes i kapittel 4.2.

Denne informasjonen kan bli gitt den sakkyndige med et ønske om konfidensialitet. Etter barneloven § 50 andre ledd har imidlertid den sakkyndige ikke taushetsplikt overfor dommeren i saken. Konfidensiell informasjon fra separate møter av betydning for saken kan dermed videreformidles til dommeren i saken, uavhengig av forutsetningene om konfidensialitet hos den som ga opplysningene. Dette utdypes i kapittel 4.3.

Barneloven § 50 andre ledd gir imidlertid ingen klar anvisning på om unntaket fra taushetsplikten også gjelder overfor partene i saken eller ikke. Skal fortrolige opplysninger kunne være del av dommerens avgjørelsesgrunnlag i saken, må informasjonen etter det kontradiktoriske prinsipp forelegges begge parter med mulighet for uttalelse. Man befinner seg da i et spenningsfelt mellom et ønske om fortrolighet på den ene siden og hensynet til kontradiksjon og sakens opplysning på den andre siden. Taushetspliktens rekkevidde drøftes i kapittel 4.4.

Hvordan den sakkyndige og dommeren håndterer informasjon fra separate samtaler er også avgjørende for hvorvidt partens rett til kontradiksjon kan anses ivaretatt. I kapittel 4.5 blir det

drøftet i hvilken grad den sakkyndiges separate samtaler med en av parten eller barnet kan medføre brudd på kontradiksjonsprinsippet.

Avslutningsvis, i kapittel 4.6, blir det drøftet hvordan retten til kontradiksjon kan ivaretas på bedre måte.

4.2 Informasjon av betydning for saken kan fremkomme i separate møter

Det er særlig i fire ulike situasjoner den sakkyndige kan ha samtaler med barn eller en av foreldrene alene.

For det første kan den sakkyndige etter § 61 første ledd nr.1 tredje punktum gjennom samtale med foreldrene og barna bidra til å klarlegge forholdene i saken, samt forsøke å redusere konflikten mellom foreldrene og bidra til at konflikten kan løses ved en avtale. Gjennom samtaler med foreldrene skal den sakkyndige forsøke å flytte foreldrenes fokus vekk fra konflikten mellom dem og over på barnas interesser.⁷¹ Separate samtaler gir et mest mulig helhetlig bilde av sakens faktum, samtidig som partenes konfliktnivå og samarbeidsvilje kan kartlegges.

Sakkyndige utarbeider seg etterhvert gode metoder for å få mest mulig informasjon fra partene og barna. Og i samtaler alene med en av foreldrene kan det fremkomme opplysninger som vedkommende av ulike grunner ikke vil at skal videreformidles til motparten. Dette kan særlig tenkes i situasjoner hvor den en av foreldrene har et psykologisk overtak på den andre, hvor den ene forelder blir utsatt for manipulasjon og eller fysisk vold, eller hvor man vil skåne den andre parten for det som blir sagt eller er redd for hvilke reaksjoner uttalelsene vil skape hos den andre parten.

Den andre situasjonen hvor den sakkyndige kan ha samtaler alene med en av partene er dersom det blir aktuelt å mekle mellom partene under de saksforberedende møtene. Dommer kan da velge å la seg bistå av sakkyndig for å gjennomføre mekling eller overlate

⁷¹ Dalseide 2004 s. 203.

meklerrollen fullstendig til den sakkyndige alene, jf. barneloven § 61 første ledd nr.1. Under meklingen kan det bli aktuelt at den sakkyndige har sær møter alene med hver av partene.

Siden sær møter i mekling normalt bygger på en forutsetning om konfidensialitet,⁷² vil partene ofte være mer åpne og frittalende om sine interesser og behov som de ellers ville syntes var ubehagelig å meddele i fellesmøter. I sær møter kan partene også meddele den sakkyndige informasjon som han/hun holder tilbake for motparten av forhandlingstaktiske hensyn.⁷³ Og dyktige meklere vil kunne stille gode spørsmål som avdekker fakta og får partene til å reflektere over nye sider av saken, for å skape muligheter for alternative løsninger. Sær møter kan derfor bidra til at mer informasjon av betydning for saken kommer frem.

Den tredje situasjonen oppstår dersom den sakkyndige blir oppnevnt til å veilede partene ved gjennomføringen av midlertidige prøveløsninger etter barneloven § 61 første ledd nr. 7, og har samtaler alene med en av partene eller barnet. Den sakkyndige skal da gi partene råd om hvordan de best kan få prøveordningen til å fungere, og veilede og følge opp partene for om mulig å få til et bedre samarbeidsklima mellom dem.⁷⁴

Det er en prinsipiell forskjell på det å veilede foreldrene etter § 61 første ledd nr. 7, og det å gjøre undersøkelser for å bidra til rettens avgjørelsesgrunnlag ved en eventuell senere dom etter § 61 første ledd nr. 3. Hvordan den sakkyndige fremstår for foreldre kan påvirke hvilken informasjon foreldrene velger å dele med den sakkyndige.⁷⁵ Ved den sakkyndiges utredningsoppdrag etter § 61 første ledd nr. 3 er partene klar over at det de sier og gjør blir vurdert av den sakkyndige, og kan fremkomme i sakkyndigutredningen som blir del av det faktiske avgjørelsesgrunnlaget for retten ved en eventuell senere dom. Da kan partene uttale seg mer tilbakeholdent og gjennomtenkt for å fremstå på best mulig måte.⁷⁶

Under veiledningen har ikke den sakkyndige den samme evaluerende fremtoningen. Den sakkyndige skaper da lettere tillit hos foreldrene, slik at partene åpner seg, oppfører seg mer naturlig og uttrykker seg mer ufiltrert med den sakkyndige til stede. Den sakkyndige kan

⁷² Bernt 2011 s.73-74.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 90.

⁷⁵ Bernt 2014 s. 190.

⁷⁶ Ibid. s. 191.

dermed tilegne seg mer informasjon om foreldrenes oppførsel og omsorgsevne eller om barnets utvikling og behov, av vesentlig betydning for vurderingen av barnets beste.

For det fjerde kan den sakkyndige oppnevnes til å gjennomføre samtaler med barnet alene for å sikre barnets uttalerett, jf. barneloven § 61 første ledd nr. 4.⁷⁷ En erfaren sakkyndig med barnefaglig kunnskap, vil kunne stille de riktige spørsmål og fremstå som en trygg og tillitsvekkende voksen som barnet kan uttrykke sine tanker overfor. Barnet kan da også fortelle tanker eller forhold som barnet ville vegret seg mot å fortelle i påhør av foreldrene.

Når barn uttaler seg, vil det ofte være vanskelig å vurdere om barnet uttrykker egne eller andres synspunkter, og om det som sies er et relativt stabilt syn eller mer situasjonsbestemt.⁷⁸ En sakkyndig med barnefaglig bakgrunn vil derfor kunne være mer egnet til å vurdere barnets uttalelser, i lys av barnets manglende erfaring, kunnskap og kognitive begrensninger enn en dommer uten særlig barnefaglig kunnskap og erfaring. I Veileder Q-15/2004 presiserer Barne- og familiedepartementet at den sakkyndige bør gi barnet alderstilpasset informasjon om hva saken gjelder, hva informasjonen skal brukes til, hvem som får tilgang til den, at barnet står fritt til ikke å si noe og presisere overfor barnet at det å gi uttrykk for egen mening ikke betyr det samme som å bestemme saken.⁷⁹ Dette kan gi barnet tilstrekkelig trygge rammer til å uttale seg om forhold som er av betydning for saken.

4.3 Informasjon fra separate møter kan tilflyte dommeren

Ifølge barneloven § 50 andre ledd har den sakkyndige taushetsplikt om personlige forhold som tilegnes gjennom den sakkyndiges oppdrag etter barneloven § 61 første ledd nr. 1, 3, 4 eller 7. Taushetsplikten gjelder imidlertid ikke ovenfor «oppdragsgjevar». Det er dommeren som formelt sett oppnevner den sakkyndige og avgjør hvilke oppgaver vedkommende skal gis, jf. barneloven § 61 første ledd, og dermed er den sakkyndiges oppdragsgiver.⁸⁰

⁷⁷ Jf. FNs Barnekonvensjon art. 12, Grunnloven § 104 og barneloven § 31.

⁷⁸ Veileder Q-15/2004 s. 40.

⁷⁹ Ibid. s. 41.

⁸⁰ Jf. også Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 35.

Det betyr at informasjon om personlige forhold som fremkommer i de separate møtene kan videreformidles til dommeren, uavhengig av om informasjonen er gitt med et ønske om konfidensialitet.

Selv om den sakkyndige ikke har taushetsplikt overfor retten, har den sakkyndige heller ingen lovpålagt plikt til å videreformidle det som fremkommer i samtaler alene med en part eller et barn. I Veileder Q-15/2004 uttaler Barne- og familiedepartementet at «den sakkyndige kan gi oppdragsgiver de opplysninger han har fått i forbindelse med oppdraget». Den sakkyndige har adgang til å rapportene, men hva og hvor mye som deles med dommeren beror på den enkelte sakkyndiges vurdering av hva som antas å ha betydning for saken og dermed burde rapporteres til dommeren.

Formålet med å oppnevne sakkyndige i barnelovssaker er nettopp å sikre at saksbehandlingen og avgjørelsen er til barnets beste,⁸¹ og bidra til et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag.⁸² For å gjennomføre sine oppgaver på en tilfredsstillende måte og for å ivareta hensynet til sakens opplysning, bør likevel den sakkyndige videreformidle all informasjon som kan ha betydning for «barnets beste»-vurderingen til dommeren i saken.

For at dommer i saken skal kunne bygge avgjørelsen sin på disse opplysningene, må de etter det kontradiktoriske prinsipp også gjøres til gjenstand for begge parters kontradiksjon. Hvorvidt partene i saken også omfattes av unntaket fra den sakkyndiges taushetsplikt etter barneloven § 50 andre ledd, er avgjørende for om opplysningene fra separate møter kan fremlegges for partene for utøvelse av kontradiksjon.

4.4 Gjelder unntaket fra den sakkyndiges taushetsplikt også partene i saken?

Ordlyden i barneloven § 50 andre ledd gir ikke i seg selv klar anvisning på om partene i saken omfattes av unntaket fra taushetsplikten. I forarbeidenes spesialmerknader til barneloven § 50 bemerker departementet at «[b]estemmelsen i § 50 andre ledd har en parallell i

⁸¹ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 8.

⁸² Jf. tvisteloven § 25-2 (1).

straffeprosessloven § 170, hvor det er fastsatt at en personundersøker eller sakkyndig ikke overfor utenforstående må røpe noe han under sitt arbeid får vite om private forhold».⁸³

I forarbeidene til straffeprosesslovens § 170 presiseres det at den sakkyndige ikke kan holde tilbake opplysninger som han må regne med er av betydning for saken. Den sakkyndige kan i så tilfelle heller be om å avgi forklaring for lukkede dører.⁸⁴ Straffeprosessloven § 170 forstås altså slik at taushetsplikten bare gjelder overfor utenforstående, og ikke overfor sakens parter. Når barnelovens forarbeider presiserer at straffeprosessloven § 170 er en parallell til barnelovens taushetspliktsbestemmelse, kan det antas at barnelovens bestemmelse er tilsiktet samme innhold.

Taushetsplikten etter domstolloven § 63a gjelder også for rettsoppnevnte sakkyndige i barnelovssaker.⁸⁵ Domstolloven § 63a praktiseres slik at opplysningene fra utførelse av rettsoppnevnt arbeid kan gjøres kjent for sakens parter og kan brukes til det formål de er gitt eller innhentet for, blant annet i forbindelse med saksforberedelse og avgjørelse.⁸⁶ Hensynet til sammenheng, konsekvens og harmoni i rettssystemet tilsier at den sakkyndiges taushetsplikt etter barneloven heller ikke gjelder overfor partene.

Ved fortolkningen av barneloven § 50 andre ledd må det dessuten tas hensyn til at retten til kontradiksjon krever at alle faktiske forhold av betydning for saken fremlegges for begge parter med mulighet for kontradiksjon.⁸⁷ Dette gjelder også informasjon fra separate møter med hver av foreldrene og barnet.

Partene kan uansett ha plikt til å forklare seg overfor retten om opplysninger om personlige forhold, for å sikre at saken blir riktig og fullstendig opplyst, jf. tvisteloven §§ 21-4 og 21-5. I tillegg kan partene pålegges å gi partsforklaring etter tvisteloven § 23-2, dersom motparten eller retten krever det. Og det er en forutsetning for barnets uttalerett etter FNs barnekonvensjon art. 12 og barneloven § 31 at barnets egen mening skal tillegges vekt ved avgjørelsen. Foreldrene må da sikres muligheter for å utøve kontradiksjon om informasjonen

⁸³ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 89.

⁸⁴ NUT 1969 : 3 s. 238.

⁸⁵ Domstolloven gjelder for alle saker som går for de alminnelige domstoler, jf. domstolloven § 1.

Taushetsplikten etter domstolloven § 63a gjelder for de «som utfører tjeneste eller arbeid for et dommerkontor».

⁸⁶ Veileder Q15-2004 s. 36.

⁸⁷ Jf. blant annet *Krcmár m.fl. vs. Tsjekkia* (avsnitt 40).

som fremkommer når den sakkyndige hører barnet. Dette taler for at unntaket fra den sakkyndiges taushetsplikt også omfatter partene.

Taushetsplikten etter barneloven § 50 andre ledd kan dermed ikke gjelde overfor partene i barnelovssaken. Formålet med bestemmelsen syntes å være at informasjon fra barnelovssaken ikke blir brukt til andre formål enn det den er innhentet for. Informasjonen den sakkyndige tilegner seg i samtale med en av partene eller barna, kan dermed fremlegges både for retten og partene.

Partene må derfor gjøres kjent med at den sakkyndiges taushetsplikt verken gjelder overfor dommeren eller partene i saken, slik at de må regne med at all informasjon av betydning for saken som kommer frem i forbindelse med saksforberedende møter, mekling, høring av barn, utredning og veiledning også vil måtte gjøres kjent for retten og motparten.⁸⁸ Ellers ville partene sitte med en urealistisk forutsetning om konfidensialitet.

4.5 I hvilken grad kan separate møter medføre brudd på kontradiksjon?

Særmøter under mekling er særlig illustrerende for hvordan separate møter med partene eller barnet kan medføre brudd på kontradiksjon. Som nevnt i kapittel 2.2 gjelder retten til kontradiksjon etter EMK art. 6 i utgangspunktet ikke under mekling. Ved vurderingen av partenes rett til kontradiksjon, må man likevel ta hensyn til de tilfeller hvor meklingen ikke fører frem og saken skal avgjøres ved videre domstolsbehandling.⁸⁹ Får mekleren informasjon av betydning for saken i særmøter under mekling, som ikke er gjort gjenstand for kontradiksjon, kan dette medføre brudd på kontradiksjon ved den videre domstolsbehandling.⁹⁰

Dette er særlig problematisk når det er dommeren som mekler, fordi dommeren senere også kan være dommer i saken dersom det ikke inngås forlik.⁹¹ Dette er bakgrunnen for at

⁸⁸ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 83-84, samt Bernt 2011 s.290, Nylund 2011 s.309 og Dalseide 2004 s. 200-203..

⁸⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 115.

⁹⁰ Bernt 2011 s. 284.

⁹¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 115.

tvisteloven § 8-2 hindrer dommere som mekler å «holde møter med hver part for seg, eller motta opplysninger som ikke kan gjøres kjent for alle berørte parter.» Barneloven gir ingen særregulering av hvordan meklingen skal foregå, og reglene i tvisteloven kommer derfor til anvendelse i disse tilfeller, jf. barneloven § 59 tredje ledd.

Departementet presiserer i spesialmerknadene til tvisteloven § 8-2 at dersom dommeren likevel skulle motta konfidensielle opplysninger, må dommeren gjøre opplysningene kjent for motparten, uavhengig av forutsetningene hos den som ga opplysningene. Alternativt måtte dommeren fratrådt og overlatt videre behandling av saken til en annen dommer.⁹² Ellers ville partenes rett til kontradiksjon kunne bli brutt.

Forbudet mot særmøter i tvisteloven § 8-2 gjelder bare når dommer i saken mekler, og ikke når den sakkyndige mekler. Heller ikke barneloven § 61 første ledd nr. 1 synes å stenge for at sakkyndig kan ha særmøter med partene. Når den sakkyndige mekler, er taushetsplikten etter barneloven § 50 andre ledd ikke til hinder for at konfidensielle opplysninger fra særmøter legges frem for retten og partene. Retten til kontradiksjon kan derfor sikres når den sakkyndige mekler.

I praksis er det imidlertid lagt til grunn at dommer og den sakkyndige oppnevnt under saksforberedelsen kan ha kontakt også utenfor rettsmøtene, men at partene bør orienteres om kontakten.⁹³ Slik kontakt er særlig praktisk når den sakkyndige skal gi råd til dommeren om hvilke virkemidler og fremgangsmåter den sakkyndige vurderer som hensiktsmessig for å oppnå konfliktdepping og samarbeidsløsninger.⁹⁴ Dagens system er også innrettet slik at dommeren som har ledet de saksforberedende møtene også skal kunne være dommer i saken.⁹⁵

Informasjon fra enesamtaler med en av foreldrene eller barnet, kan dermed videreformidles til dommeren som skal avgjøre saken, utenfor rettsmøtene. Altså uten at begge parter er til stede. Når den sakkyndige har samtaler med barnet eller en av foreldrene, er det ikke mulig for

⁹² Ibid. s. 388.

⁹³ Backer 2008 s. 549.

⁹⁴ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 88.

⁹⁵ Bernt 2014 s. 227.

foreldrene eller den andre forelderens å vite hva som kommer frem i samtalen. Separate samtaler kan derfor bidra til usikkerhet og uklarhet om hvilken informasjon dommeren får.⁹⁶

For å oppnå kontradiktorisk saksbehandling er det helt avgjørende at hver enkelte sakkyndig og dommer er klar over problemstillingen og håndterer opplysninger fra separate møter slik at partenes kontradiksjonsmuligheter blir sikret.

Den sakkyndige må gjøre dommeren oppmerksom på at informasjonen som videreformidles stammer fra separate møter med en av partene eller barnet, slik at dommeren kan sørge for at opplysningene kommer frem på et rettsmøte hvor begge parter kan få mulighet til å utøve kontradiksjon om opplysningene.⁹⁷ Dette kan skje ved at dommeren gir partene veiledning etter tvisteloven § 11-5 hvor partene oppfordres til å uttale seg og eventuelt fremlegge bevis om de aktuelle opplysningene. Er saken allerede er tatt opp til doms, kan dommeren beslutte ytterligere forhandlinger hvor opplysningene fremlegges og partene sikres kontradiksjonsmuligheter, jf. tvisteloven § 9-17 annet ledd, jf. § 11-1 (3) andre setning.

Det er imidlertid ingen nærmere regler som sikrer at slike opplysninger blir håndtert på slik måte at kontradiksjonsprinsippet blir tilstrekkelig ivaretatt.

For det første er det ingen automatikk i at den sakkyndige forteller like mye i sin oppsummering i rettsmøtet som han eller hun har fortalt dommeren i forkant.⁹⁸ Det er heller ingen ordning som sikrer at den sakkyndige gjør dommeren oppmerksom på om informasjonen eller vurderinger han videreformidler utenfor rettsmøtene er basert på opplysninger som ikke begge parter er kjent med og har fått imøtegått. Blir likevel dommeren gjort oppmerksom på dette, er det videre ingen ordning som sikrer at dommeren *faktisk* sørger for at opplysningene eller vurderingene fremlegges for begge parter og gir dem anledning til å kommentere og imøtegå opplysningene.

Det kan dessuten være vanskelig for dommeren å skille mellom informasjon som er fremkommet i rettsmøter hvor begge parter er til stede, og informasjon fra uformell kontakt med sakkyndig utenfor rettsmøtene, som senere må fremlegges for begge parter. Forsømmer

⁹⁶ Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 115.

⁹⁷ Bernt 2014 s. 299.

⁹⁸ Ibid. s. 198.

dommeren sin plikt til å gi begge parter kjennskap til opplysninger av betydning for saken, er retten til kontradiksjon avhengig av at dommeren ikke legger vekt på informasjonen ved sin avgjørelse.⁹⁹ Det er i beste fall diskutabelt hvorvidt det er psykologisk mulig at dommeren kan inneha vesentlige opplysninger for hva som er «barnets beste» og se bort fra disse i sin avgjørelse.¹⁰⁰

Fraværet av nærmere regler eller ordninger som sikrer kontradiksjon om informasjon fra separate møter, gjør at det lettere kan oppstå brudd på kontradiksjon, uten at verken partene, den sakkyndige eller dommeren er seg bevisst dette. Ivaretagelse av kontradiksjonsprinsippet er dermed alene basert på tillit til den enkelte sakkyndige og dommer.

4.6 Hvordan kan retten til kontradiksjon bedre ivaretas?

4.6.1 Innledning

Slik det utdypes i kapittel 2.3.2, praktiseres kontradiksjonsprinsippet svært strengt, ved at brudd på kontradiksjon presumeres å ha hatt innvirkning på avgjørelsen, slik at brudd automatisk fører til ugyldighet. EMD og Høyesterett anser retten til kontradiksjon av fundamental betydning for å oppnå forsvarlig saksbehandling. At kontradiksjonsprinsippet står så sterkt som prosessgaranti, tilsier at ivaretagelse av retten til kontradiksjon burde baseres på ytterligere faktorer enn på tillit til den sakkyndige og dommeren alene. I det videre drøftes det hvordan kontradiksjon kan sikres på bedre måte ved notoritet, skriftlighet og videoopptak.

4.6.2 Notoritet og skriftlighet

Det er ikke lovpålegg om skriftlighet i forbindelse med den sakkyndiges arbeid etter barneloven § 61 første ledd nr. 1, 4, og 7. Kontakten mellom den sakkyndige og dommeren utenom rettsmøtene er derfor ofte uformell og muntlig. Informasjon fra separate møter kan da videreformidles til dommeren uten særlig nøyaktighet, og med fare for feilsitering og

⁹⁹ Ja. Tvisteloven § 11-1 (3).

¹⁰⁰ Bernt 2011 s. 284 og Lindell 2006 s. 178.

misforståelser. Ved muntlighet kan det også oppstå uklarheter og usikkerhet med tanke på hva som er videreformidlet, og til hvem det videreformidlet.

Notoritet og skriftlighet kan sikre bedre muligheter til kontradiksjon og etterprøvbarehet. Informasjonen blir mer synlig for både dommeren og partene, og partene får bedre mulighet til å imøtegå og kommentere innholdet i etterkant av samtaler. Skriftlighet stiller dessuten høyere krav til nøyaktighet når den sakkyndige skal gjengi opplysninger fra samtaler med foreldre eller barn.

Partenes rett til kontradiksjon kan dermed styrkes ved pålegg om skriftliggjøring av de delene av prosessen der begge parter ikke deltar. Dette kan gjennomføres ved at den sakkyndige i etterkant av separate samtaler utferdiger en kortfattet skriftlig erklæring hvor hovedpunktene av informasjonen og vurderingene som utledes av samtalen nedtegnes. Særlig den informasjonen som antas å ha betydning for saken. Den kortfattede erklæringen kan så inngå som et selvstendig dokument i saken. Bernt og Dalseide tar også til orde for en slik løsning.¹⁰¹

Også departementet anbefaler skriftlighet ved den sakkyndiges oppdrag i forbindelse med saksforberedende møter og høring av barnet i Veileder Q-15/2004. Det antas i veilederen at dokumentet uansett kan benyttes som bevis i saken på linje med tradisjonelle sakkyndige erklæringer.¹⁰²

I tråd med EMD-praksis har partene rett til å bli kjent med sakens dokumenter og få tilstrekkelig tid til å gjennomgå disse for å utøve effektiv kontradiksjon.¹⁰³ Dalseide peker på at ved mindre omfattende skriftlige fremstillinger etter barneloven § 61 første ledd nr. 1, bør det være tilstrekkelig for å ivareta kontradiksjonshensynet at den foreligger kort tid før det saksforberedende møte.¹⁰⁴

Mot skriftlighet kan det argumenteres for at det ikke er noe til hinder for at den sakkyndige kan føres som vitne under hovedforhandlingen. Kontradiksjon kan da ivaretas ved at partene kan kommentere og stille spørsmål til den sakkyndige. En slik vitneforklaring vil imidlertid

¹⁰¹ Bernt s. 197 og Dalseide 2004 s. 200 og 209.

¹⁰² Veileder Q-15/2004 s. 14 og s. 47.

¹⁰³ Se kapittel 2.3.1 og *McMichael vs. Storbritannia* (avsnitt 82 og 84).

¹⁰⁴ Dalseide 2004 s. 201.

være beheftet med betydelige svakheter når den sakkyndige ikke har et skriftlig materiale å støtte seg til.¹⁰⁵ Etterhvert som prosessen drar ut i tid, blir det vanskeligere for den sakkyndige å huske hva som ble sagt av hvem og når. Retten til kontradiksjon vil dessuten ikke bli like godt ivaretatt når det ikke foreligger en skriftlig oppsummering som partene og deres prosessfullmektiger kan gjennomgå i forkant av rettsmøte, med sikte på å forberede supplerende eller korrigerende argumentasjon og bevisførsel for den sakkyndiges opplysninger og vurderinger.¹⁰⁶

Hensynet til effektiv kontradiksjon taler derfor sterkt for at det burde være et krav om skriftlighet for den sakkyndiges arbeid etter barneloven § 61 første ledd nr. 1, 4 og 7. Retten til kontradiksjon blir da ikke alene basert på muntlighet og tillit til sakkyndige og dommere.

4.6.3 Videoopptak ved høring av barn

Fokuset i barnelovssaker skal være på hva som er det beste for barnet. Det er derfor stor sannsynlighet for at foreldrene også deler sine tanker og meninger om hva de tror barnet selv mener og vil, og kan fortelle om barnets reaksjoner i enkeltepisoder. I etterkant kan det være vanskelig for den sakkyndige å skille dette fra hva barnet selv har sagt. Dette underbygger at det er et særlig behov for notoritet rundt barnets forklaring.

For å skåne barnet, kan barnet slippe å vitne under hovedforhandling, jf. tvisteloven § 24-10 eller § 22-8. Kontradiksjon om opplysninger fra barnets samtaler med den sakkyndige kan da ikke rettes direkte til barnet, slik det kan gjøres til motparten. Det er derfor ikke like gode muligheter til effektiv kontradiksjon om barnets forklaring, som for partenes forklaringer. Dette taler også for at ytterligere tiltak må gjøres for å sikre partenes rett til kontradiksjon for barnets uttalelser.

Eventuelle tiltak for å styrke partenes rett til kontradiksjon, kan imidlertid ikke stride med barnets beste, jf. barneloven § 48. Ved vurderingen av hvordan høring av barnet alternativt kan gjennomføres, må det derfor foretas en avveining mellom partenes rett til kontradiksjon og hensynet til barnets beste.

¹⁰⁵ Larsen og Lassen 2005 s. 86.

¹⁰⁶ Ibid. s. 86 og Bernt 2014 s. 197.

Dette er de samme hensynene som ligger til grunn for reglene om tilrettelagt avhør av barn som vitner i en straffesak, jf. straffeprosessloven § 239. Lovgiver har her løst avveiningen mellom siktedes rett til kontradiksjon og hensynet til barnets beste ved at det tas videoopptak av avhøret av barnet, og at visning av opptaket trer istedenfor den vanlige utspørringen av vitnet i retten. I det videre drøftes det om en tilsvarende regel for høring av barnet i barnelovssaker kan være hensiktsmessig.

Ved samtaler med barnet kan det være særlig viktig å få frem konteksten av barnets uttalelser.¹⁰⁷ Notoritet om konteksten av barnets forklaring, kan bedre sikres med videoopptak enn skriftlighet. Da vil partene både se og høre barnets uttalelser, reaksjoner og oppførsel, hva som er bakgrunnen for det barnet sier og måten spørsmål er stilt på. Dette gir partene bedre grunnlag for å imøtegå barnets uttalelser dersom partene mener den sakkyndige har feiltolket barnets uttalelser eller at barnet har sagt noe fordi barnet tror det er det som er forventet svar ut fra måten den sakkyndige stiller spørsmålene på.

En regel om videoopptak av den sakkyndiges samtaler med barnet, og at videoopptaket spilles av under hovedforhandlingen, som del av bevisføringen, ville dermed styrket partenes kontradiksjonsmuligheter.

Visning av videoopptak av barnets forklaring setter imidlertid barnet mer i fokus av konflikten. Og et videoopptak vil også ha større bevismessig overbevisningsverdi enn et skriftlig eller muntlig referat av barnets uttalelser. Dette kan føre til at barnet føler stort ansvar for situasjonen, og i etterkant få skyldfølelse overfor resultatet. Videoopptak kan derfor være en stor påkjenning for barnet.

Hensynet til barnets beste tilsier på den andre siden at barnets faktiske mening og tanker kommer frem på en mest mulig korrekt måte. Når retten selv får se og høre barnet forklare seg, blir det lettere å vurdere hva som er barnets egentlige mening og ta stilling til partenes innsigelser til barnets forklaringer. Dette kan sikre et mer materielt riktig resultat, til barnets beste.

¹⁰⁷ Veileder Q-15/2004 s. 44.

For å sikre et resultat til barnets beste, må hensynet til materielt riktig avgjørelse gå foran hensynet til at barnet skal slippe de påkjenninger som følger av at høringen blir filmet og vist under hovedforhandling. Både styrking av retten til kontradiksjon og hensynet til materiell riktig avgjørelse til barnets beste taler derfor for at det bør gjøres videoopptak av barnets forklaring.

Skulle en slik regel innføres, måtte barnet - avhengig av alder - gjøres kjent med hvordan videoen skal brukes senere i saken.

Ved tilrettelagt avhør er det etter nærmere regulering åpnet for at siktedes forsvarer i enkelte tilfeller kan følge avhøret i et tilstøtende rom, og underveis i avhøret fremme forslag til avhørsleder om spørsmål til vitnet som forsvarer har forberedt sammen med siktede i forkant, jf. straffeprosessloven § 239d.

Regelen skal sikre siktedes rett til krysseksaminasjon av vitner som gjelder for straffesaker, jf. EMK art. 6 nr. 3 bokstav d). Dette er et eksempel på at hensynet til materielt riktig dom, og dermed også siktedes rett til kontradiksjon, gjør seg sterkere gjeldende i strafferetten enn sivile saker. Selv om en tilsvarende regel ville styrket foreldrenes kontradiksjonsmuligheter, er behovet for en slik regel ikke like sterkt i barnelovssaker.

Det er en vesentlig forskjell på at foreldrene eller deres prosessfullmektiger er til stede under forklaringen, og det at de får se opptaket fra forklaringen i ettertid. Når barnet må forklare seg i påhør av foreldrene eller noen som representerer foreldrene rettes fokuset enda mer mot barnet. Følelsen av ansvar og lojalitetsplikt overfor foreldrene kan da bli enda tydeligere. Dette kan føre til at barnet vegrer seg mot å forklare seg, holder tilbake opplysninger eller forklarer seg i tråd med det barnet tror foreldrene vil at barnet skal si. Hensynet til barnets beste taler derfor mot at dette er en god løsning.

Hensynet til barnets beste må derfor gå foran kontradiksjonsprinsippet på dette punkt. Foreldrenes rett til kontradiksjon ville vært tilstrekkelig styrket ved en regel om at det gjøres videoopptak av barnets forklaring, som foreldrene kan imøtegå under hovedforhandlingen.

5 Sakkyndiges prosedyrer for mekling og kontradiksjonsprinsippet

5.1 Innledning

Barneloven § 61 første ledd nr. 1 legger til rette for at det kan mekles mellom partene i de saksforberedende møtene. Retten kan da velge om dommer selv skal mekle, eventuelt med bistand fra den sakkyndige, eller om han skal overlate meklerrollen til den sakkyndige alene.

Sakkyndig oppnevnes gjerne som mekler fordi særlig kunnskap og erfaring hos mekleren vil kunne øke mulighetene for en god meklingsprosess og et robust forlik som er til barnets beste.¹⁰⁸ I den videre fremstillingen forutsettes det at meklerrollen er overlatt til den sakkyndige alene.

Mekling defineres av Nylund som «en uformell og strukturert prosess, hvor en nøytral tredjepart hjelper partene til å forhandle seg frem til en gjensidig akseptabel løsning på sin konflikt».¹⁰⁹ Meklingsinstituttet bygger på en forutsetning om partsautonomi. Det vil si at partene selv skal identifisere hva de er enige og uenige om, vurdere saken og prøve å komme til en enighet.¹¹⁰

En grunnleggende forutsetning for partsautonomien er at mekler opptrer som en nøytral og upartisk tredjeperson under meklingsprosessen. I kapittel 5.2 vil det bli gjort rede for de mest utbredte meklerrollene og meklingsmetoder.

Som nevnt i kapittel 2.2, gjelder ikke retten til kontradiksjon under selve meklingen. Prosesser der partene selv har ansvar for vurdering og avgjørelse i saken, krever ikke de samme rettsikkerhetsgarantier som prosesser der dommeren eller annen tredjemann skal avgjøre saken. Enkelte meklermetoder kan imidlertid røkke ved partsautonomien. Det kan derfor

¹⁰⁸ Bernt 2011 s. 280-281.

¹⁰⁹ Nylund 2008 s.233. Se andre definisjoner Bernt 2011 s. 17 og Vindeløv 2008 s. 128.

¹¹⁰ Bernt 2014 s. 191.

argumenteres for at grunnleggende krav til kontradiksjon også burde sikres under meklingsprosessen. Dette blir drøftet i kapittel 5.3.

I kapittel 5.4 drøftes det hvordan kontradiksjon kan sikres under mekling.

5.2 Sakkyndiges ulike metoder for mekling

I meklingsteorien skilles det mellom ulike meklerroller; en tilretteleggende og en evaluerende meklerrolle. Disse baserer seg på ulike forståelser av hva formålet med mekling er, hvordan mekling foregår og hvilken rolle meklere skal ha.¹¹¹

Den tilretteleggende meklerrollen baserer seg på at meklere skal hjelpe partene å forhandle seg frem til en løsning ved å få partene til å kommunisere bedre, samarbeide og løse felles problemer.¹¹² Mekleren gir her ikke uttrykk for egne vurderinger og forslag, men forsøker å gjøre partene i stand til å selv kunne vurdere sin sak og komme frem til gode løsninger i tråd med barnets beste. Dette gjøres særlig ved å stille åpne spørsmål som får partene til å reflektere over og vurdere både egne, felles og barnets behov og interesser.¹¹³

I evaluerende mekling kan meklere selv vurdere sterke og svake sider ved partenes påstander og krav og foreslå ulike løsninger, og legge dette frem for partene under meklingen.¹¹⁴ Hovedfokuset er her å få i stand et forlik. Ved å gi uttrykk for sin vurdering og peke på løsningsforslag, kan meklere påvirke partene i større grad enn ved tilretteleggende mekling.

Valg av meklingsmodell påvirker både gjennomføringen og resultatene av mekling.

Barneloven har ingen bestemmelser som fastsetter hvilken meklerrolle meklere skal innta. I barnelovssaker er det likevel særlig viktig å velge en meklingsmetode som i best mulig grad kan sikre en løsning som er til barnets beste, jf. barneloven § 48. Det fremheves i forarbeidene at det er viktig at den sakkyndige forsøker å få foreldrenes fokus bort fra konflikten mellom dem og over på barnas interesser ved meklingen.¹¹⁵ Dette kan oppnås både ved

¹¹¹ Nylund 2011 s. 305.

¹¹² Ibid. s. 305-306.

¹¹³ Ibid. s. 316.

¹¹⁴ Ibid. s. 306.

¹¹⁵ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 37.

tilretteleggende og evaluerende mekling. En tilretteleggende mekler kan stille åpne spørsmål som får partene til å reflektere og vurdere hva som det beste for barnet, og en evaluerende mekler kan legge frem vurderinger og løsningsforslag i tråd med barnets beste.

Hvilken meklingsmetode den sakkyndige tar i bruk, kan også ha betydning for i hvilken grad partene oppfatter at det er de selv som har hatt rådighet over vurderingen og utfallet i saken.

5.3 Burde partene sikres kontradiksjon under meklingen?

Når partenes rett til kontradiksjon ikke gjelder for meklingsprosessen, kan ikke retten til kontradiksjon bli brutt som sådan under meklingen. At retten til kontradiksjon kan anses brutt i forbindelse med særmøter, som drøftet i kapittel 4, gjelder i de tilfeller at meklingen ikke fører frem og saken skal avgjøres ved videre domstolsbehandling. Informasjon fra særmøter kan da tilflyte dommeren uten at motparten blir sikret kontradiksjon om informasjonen i den videre behandlingen.

Når mekling og forlik ikke har de samme rettssikkerhetsgarantiene som domstolsprosessen, er dette, som nevnt, fordi det er partene selv som har ansvaret for og rådigheten over meklingsresultatet. Ved konfliktløsningsmetoder der tredjepersoner skal gjøre vurderinger og treffe avgjørelser, har ikke partene rådighet over prosessen og resultatet, og prosessene krever derfor flere rettssikkerhetsgarantier.

Ved evaluerende mekling kan det imidlertid fremstå som at det ikke er partene selv, men mekleren, som har rådighet over meklingen og meklingsresultatet. Mekleren kan da gi uttrykk for egne vurderinger av saken og peke på løsningsforslag, og er ikke forhindret i å uttrykke hva vedkommende antyder som sannsynlig domsutfall ved eventuelt domstolsbehandling. Dette gjøres ofte i kombinasjon med å understreke kostnader og risiko forbundet med domstolsbehandlingen.¹¹⁶ Dette kan oppleves som et sterkt forlikspress for partene. Og partene vil få insentiv til å inngå forlik i tråd med meklerens forslag for å unngå store

¹¹⁶ Blandhol 2012 s.202.

kostnader og ressursbruk ved eventuell videre rettergang. Utfallet av meklingen blir derfor ofte likt den sakkyndiges løsningsforslag eller domsprognoser.

Kombineres bruk av evaluerende meklingsmetode og forlikspres, beveger man seg i stor grad bort fra de grunnleggende prinsippene bak meklingsinstituttet, nemlig at både konflikten og løsningen tilhører partene.¹¹⁷ Ved utilbørlig forlikspres kan derfor skillet mellom mekling og tradisjonell domstolsbehandling bli uklart for partene.¹¹⁸ Meklingsprosessen tilføres da elementer fra domstolsprosessen, uten at de rettssikkerhetsgarantiene som gjelder for domstolsprosessen følger med.¹¹⁹

Det overordnede poenget er at når det i realiteten er en tredjepart som tar stilling til tvistespørsmålene, burde de sentrale prinsipper for domstolsprosessen også komme til anvendelse, herunder kontradiksjon. Ellers kan partenes tillit til meklingsprosessen svekkes.

I barnelovssaker er «tvistegjenstanden» partenes barn, og partene står derfor i en særlig sårbar posisjon. Da er det viktig at meklingsprosessen er betryggende.¹²⁰ Dette må gjelde særlig når meklingen nettopp skjer som ledd i en domstolsprosess og i regi av domstolen.¹²¹ Mangel på rettssikkerhetsgarantier i meklingsprosessen kan medføre at partenes og allmennhetens tillit til domstolsprosessen i sin helhet svekkes. Dette taler også for at meklingsprosessen burde ha flere rettssikkerhetsgarantier.

Rettssikkerhetsgarantier i prosessen skal dessuten ikke bare ivareta partenes interesser, men skal først og fremst legge til rette for et materielt riktig resultat.¹²² I barnelovssaker må også forlikene være i tråd med barnets beste, jf. barneloven § 48. Som pekt på i kapittel 2.4, er kontradiksjon en viktig faktor for å oppnå både materielt riktige avgjørelser og langvarige og robuste forlik, i tråd med barnets beste. Grunnleggende krav til kontradiksjon bør derfor også sikres under selve meklingsprosessen, selv om retten til kontradiksjon etter EMK art. 6 nr. 1 ikke gjør seg gjeldende.

¹¹⁷ Bernt 2011 s. 80-81 med videre henvisninger.

¹¹⁸ Bernt 2014 s. 194.

¹¹⁹ Ibid. s.215.

¹²⁰ Bernt 2011 s. 281.

¹²¹ Vindeløv 2008 s.355-358.

¹²² Bernt 2014. 216.

5.4 Hvordan kan kontradiksjon sikres under meklingen?

Som slått fast i *Kermár vs. Tsjekkia*, er partenes anledning til å legge frem ethvert bevis til støtte for sin sak en forutsetning for retten til kontradiksjon.¹²³ Meklingen skjer under de saksforberedende møtene, og forlik under saksforberedelsen inngås derfor uten at bevisføring har funnet sted.¹²⁴ I tillegg kan den sakkyndige ha hatt samtaler med hver part for seg i saksforberedende samtaler eller i sær møter, som den andre part ikke har fått tatt del i. Mangelen på kontradiksjonsmuligheter på meklingsstadiet tilsier at kontradiksjon må forsøkes sikres gjennom måten den sakkyndige gjennomfører meklingen på.

Sett bort fra sær møteproblematikken som er diskutert under kapittel 4, vil ikke en tilretteleggende meklermetode i seg selv rokke ved partenes muligheter til kontradiksjon under meklingen. Tilretteleggende meklere skal hjelpe partene til å kommunisere bedre med hverandre og fokusere på felles interesser, slik at partene sammen kan finne løsninger som i størst mulig grad oppfyller disse interessene.¹²⁵ Ved å fokusere på å dempe konfliktnivået mellom partene, legger meklingsmetoden trygge rammer for partenes kommunikasjon. Partene oppfordres til å formidle sine synspunkt og vurderinger til hverandre, slik at det i større grad blir ført kontradiksjon om alle faktiske forhold i saken.

Den evaluerende metoden fokuserer ikke i samme grad på å fremme kommunikasjon mellom partene, men på å komme frem til et forlik. Når den sakkyndige legger frem egne synspunkt, vurderinger og løsningsforslag, kan den sakkyndige få en fremtredende rolle i meklingen og i større grad styre prosessen. Dette kan føre til at partene faller mer i bakgrunnen og ikke deltar like aktivt i konfliktløsningen. I verste fall kan dette medføre at partene unnlater å uttrykke sitt syn på de faktiske forholdene i saken, eller unngår å kommentere motpartens uttalelser. Den sakkyndiges evalueringer og løsningsforslag kan dessuten være basert på informasjon fra sær møter under meklingen eller fra samtaler alene en av partene eller barnet før meklingen, som ikke begge parter ennå har fått tilgang til eller mulighet til å uttale seg om. En løsning i tråd med den sakkyndiges løsningsforslag vil derfor kunne være basert på ufullstendige opplysninger som ikke er kvalitetssikret ved kontradiksjon.

¹²³ Se kapittel 2.3.1.1.

¹²⁴ Haugli og Nordhelle 2014 s.93.

¹²⁵ Nylund 2011 s. 312.

Som pekt på ovenfor er det kombinasjonen av evaluerende meklingsmetoder og forlikspres som aktualiserer behovet for de samme rettssikkerhetsgarantier som ved andre tredjepartsavgjørelser. Samtidig er det bruk av evaluerende meklermetoder som utløser flest kontradiksjonsproblemer. Mangelen på kontradiksjon ellers i meklingsfasen, tilsier derfor at den sakkyndige bør utvise forsiktighet ved bruk av evaluerende meklermetoder.¹²⁶

Når dommeren mekler kan han ikke «holde møter med hver part for seg eller motta opplysninger som ikke kan gjøres kjent for alle berørte parter» eller «sette fram forslag til løsning, gi råd eller gi uttrykk for synspunkter som er egnet til å svekke tilliten til rettens upartiskhet», jf. tvisteloven § 8-2. Begrensningene i § 8-2 medfører at dommeren verken kan holde særmøter eller følge den typiske evaluerende meklerrollen, og i alle fall ikke legge frem forslag som gir signal om hvordan retten vurderer saken.¹²⁷ Formålet med dommerens begrensninger var å sikre partenes tillit til rettens upartiskhet og retten til kontradiksjon, når dommeren senere kan dømme i saken.¹²⁸

Verken barneloven eller tvisteloven har regler som hindrer den sakkyndige å innta evaluerende meklerroller eller å ha særmøter med partene. Men hensynene bak tvisteloven § 8-2 gjør seg også gjeldende når det er den sakkyndige som reelt sett avgjør utfallet av meklingen. I lys av kontradiksjonsprinsippet kan det derfor argumenteres for at en evaluerende meklerrolle er særlig lite forenlig i kombinasjon med særmøter. Dette støttes også av Bernt og Vindeløv.¹²⁹

For å i større grad sikre kontradiksjon når den sakkyndige mekler, burde den sakkyndige derfor ikke kunne komme med vurderinger, løsningsforslag, råd eller domsprognoser som er basert på opplysninger som ikke er kjent for begge parter. Dette kan best hindres ved at særmøter ikke burde kombineres med evaluerende meklermetoder. For å hindre at dette skjer, krever det bevisstgjøring og kompetanseøkning hos de sakkyndige før de blir oppnevnt som meklere i saken.

¹²⁶ Bernt 2011 s. 482.

¹²⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 388.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Se også Bernt 2011 s. 66 og Vindeløv 2008 s. 191-193.

Som en avsluttende bemerkning, kan det legges til at et forlik basert på evaluerende mekling og forlikspres ikke nødvendigvis gjenspeiler en reell enighet mellom partene som vil være varig konfliktdempende. En fortsatt konflikt mellom mor og far vil være skadelig for barnet. I barnelovens forarbeid presiseres det at det er viktig at «fokus på enighet og ressurs/fremtidsorientering ikke gjør at hensynet til å beskytte barn kommer i bakgrunnen».¹³⁰ Ikke bare kontradiksjonsprinsippet, men også barnets beste, tilsier at det må utøves forsiktighet ved bruk av evaluerende meklingsmetoder.

¹³⁰ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 41.

6 Sakkyndige som utreder og retten til kontradiksjon

6.1 Innledning

Dersom partene ikke kommer til enighet om en avtaleløsning under de saksforberedende møtene eller dersom avtaleløsning vurderes som uhensiktsmessig grunnet hensynet til barnets beste, går saken videre til ordinær behandling med hovedforhandling og dom. I forkant av hovedforhandlingen kan retten oppnevne den sakkyndige til å uttale seg om ett eller flere av spørsmålene som saken reiser, jf. barneloven § 61 første ledd nr. 3.

Den sakkyndige skal ikke ta stilling til rettsspørsmål, men skal foreta en fagkyndig vurdering av faktiske forhold i saken, jf. tvisteloven § 25-1. Den sakkyndige skal så avgi en skriftlig erklæring til retten, jf. tvisteloven § 25-5 (1), som inngår som bevis i saken. I praksis tillegges sakkyndigbevis stor vekt i rettens avgjørelse.¹³¹ Det er derfor særlig viktig at partene sikres gode kontradiksjonsmuligheter for opplysningene og vurderingene som fremgår av sakkyndigutredningen.

Retten skal utarbeide den sakkyndiges mandat, som fastsetter hva den sakkyndige skal utrede og gir de nødvendige instruksjoner for dette, jf. tvisteloven § 25-4. Det er mandatet som danner det rettslige grunnlaget for den sakkyndiges arbeid, og regulerer den sakkyndiges oppgaver. For å kunne forberede effektiv kontradiksjon til sakkyndigutredningen, må partene også ha muligheter til å utøve kontradiksjon ved utforming av mandatet.¹³² Dette utdypes i kapittel 6.2.

Sakkyndigutredningen krever ofte inngående observasjoner og undersøkelser. Den sakkyndige kan blant annet ha samtaler med barn og foreldre, gjennomføre hjemmebesøk, observere samspillet mellom barn og foreldre og innhente komparentopplysninger.¹³³

¹³¹ NOU 1995 : 23 s. 9.

¹³² Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 44 og NOU 1998: 17 s. 52.

¹³³ Veileder Q-15/2004 s. 14-15 og Veileder Q-1158/2009 s. 12-13.

Komparentopplysninger er opplysninger om barnet og/eller foreldrene som innhentes fra personer i barnets eller foreldrenes nærhet som kan si noe om forholdene i saken. Dette kan være personer som kjenner barna eller foreldrene privat, som venner og familiemedlem, eller andre som har vært vitne til barnets utvikling, eksempelvis ansatte i barnehage eller skole, eller helsepersonell som har hatt barnet til konsultasjon eller behandling.

Ved innhenting av komparentopplysninger er partene ikke delaktige og får ikke innsyn i informasjonen fra komparentene før den sakkyndige har utferdiget sin utredning. Det blir derfor særlig viktig at de sikres effektiv kontradiksjon om komparentopplysningene under hovedforhandlingen. Oppgaven avsluttes i kapittel 6.3 med en drøftelse av hvordan retten til kontradiksjon for komparentopplysninger best kan ivaretas.

6.2 Retten til kontradiksjon ved mandatutforming

Som nevnt under kapittel 2.3.1.2 innebærer retten til kontradiksjon at partene også gis anledning til å uttale seg om oppnevningen av sakkyndig. Partene skal kunne utøve kontradiksjon både om hvem som utpekes som sakkyndig og hvilke oppgaver han skal ha.

Verken tvisteloven eller barneloven regulerer hvilke fremgangsmåter de sakkyndige kan ta i bruk. Det er derfor viktig at mandatet klart og entydig klargjør den sakkyndiges nærmere oppgaver og fremgangsmåte.¹³⁴ Det bør også fremgå av mandatet hvilke spørsmål retten ønsker svar på, gjerne noe mer spesifikt enn en åpen barnets beste-vurdering.

Når partene er gjort kjent med og har hatt mulighet til å påvirke hvordan mandatet er utformet, kan de forutse hva den sakkyndige utredningen skal inneholde. De kan da forberede effektiv kontradiksjon om hva som skal undersøkes og hvilke observasjoner, samtaler og innhenting av informasjon som skal gjøres.

Dersom den sakkyndige går utenfor rammene av mandatet, vil de innvendinger og anførsler som partene har forberedt ikke være treffende for den sakkyndiges faktiske undersøkelser. Partenes rett til å forberede effektiv kontradiksjon avhenger dermed av at den sakkyndige holder seg innenfor mandatets rettslige rammer.

¹³⁴ Ot.prp.nr.29 (2002-2003) s. 44.

Partene skal ikke bare kunne forberede kontradiksjon om hva den sakkyndige utredningen skal inneholde, men også forberede kontradiksjon om hva den faktisk inneholder. I tråd med EMD-praksis, er det også en forutsetning for effektiv kontradiksjon, at sakkyndigutredningen utarbeides og forelegges partene i god tid før hovedforhandlingen.¹³⁵ Da vil partene få tilstrekkelig tid til å gjennomgå rapporten og forberede supplerende eller korrigerende argumentasjon og bevisføring. Mandatet må derfor også presisere når utredningen skal være ferdigstilt.

6.3 Retten til kontradiksjon ved innhenting og bruk av komparentopplysninger

Sakkyndighetsutvalget forutsatte i sin utredning til barnelovens forarbeider at den sakkyndige som hovedregel skal innhente komparentopplysninger som del av de sakkyndiges utredningsmetode.¹³⁶

Når sakkyndigutredningen bygger på komparentopplysningen, fremkommer opplysninger og vurderinger fra komparentene som referater i utredningen. Komparentopplysningene kan bli gjengitt med ulik lengde og detaljnivå, slik at komparentens helhetlige mening ikke kommer frem. Når informasjon formidles gjennom flere ledd, er det også fare for at det skjer feilsitering og feiltolkninger. Om informasjon gjengis uavhengig av den konteksten den fremkom i, hindres leseren også i å forstå sammenhengen i situasjonsbildet.

Verken forarbeider eller veiledere tilknyttet barneloven synes å utdype hvordan de sakkyndige skal håndtere komparentopplysninger for å på best mulig måte ivareta kontradiksjonsprinsippet. Barne- og likestillingsdepartementet har imidlertid i sine veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernsaker presisert at den sakkyndige bør vise stor varsomhet og sikre at informasjon blir korrekt gjengitt når den sakkyndige skal gjengi oppsummeringer fra samtaler med informanter.¹³⁷ Det er ingen forskjeller mellom den

¹³⁵ *Vazvan vs. Finland*, se også Dalseide 2004 s. 207.

¹³⁶ NOU 1995 : 23 punkt 5.3.2.

¹³⁷ Appendix i Veileder Q-1158/2009/B s. 43.

sakkyndiges utredningsarbeid i barnevernsaker og barnelovssaker som tilsier at komparentopplysningene i barnelovssaker bør behandles annerledes.

Det er vanlig at den sakkyndige møter i retten for muntlig forklaring om sin sakkyndigutredning, jf. tvisteloven § 25-5 (2). Partene har da mulighet til å imøtegå komparentopplysningene indirekte gjennom den sakkyndig.

Har imidlertid den sakkyndige mistolket eller misforstått opplysninger fra komparentene, er det vanskelig for den sakkyndige å rette opp i dette selv. Supplerende og korrigerende spørsmål eller kommentarer som rettes til den sakkyndige kan i et slikt tilfelle ha lite for seg. Det blir da vanskeligere for partene å kvalitetssikre komparentopplysningene og avdekke den sakkyndiges mulige feilvurderinger og feilsiteringer.¹³⁸ Manglende kontradiksjon direkte overfor komparentene kan dermed føre til at retten bygger avgjørelsen på materielt uriktig grunnlag.

Siden brudd på kontradiksjonsprinsippet regnes som en alvorlig saksbehandlingsfeil av både EMD og Høyesterett, må det stilles strenge krav for at retten til kontradiksjon kan anses tilstrekkelig oppfylt.¹³⁹ Dette gjelder særlig for forhold som antas å ha stor innvirkning på rettens vurdering og avgjørelse.¹⁴⁰

Retten har som regel stor tillit til den sakkyndiges vurderinger, og utredningen tillegges i praksis stor vekt ved rettens avgjørelse. Komparentopplysninger er videre ofte en helt sentral del av de sakkyndiges utredninger, fordi de kan gi opplysninger som er av vesentlig betydning for saken. Dersom foreldre og barn holder tilbake viktig informasjon, kan opplysninger fra komparenter være helt nødvendig for å få en forsvarlig opplysning av saken.

Komparentopplysningene tillegges derfor gjerne stor vekt av den sakkyndige selv, særlig dersom komparenten fremstår upartisk og objektiv.

I *Mild og Virtanen vs. Finland*, som riktignok er en straffesak, var klagerne straffeforfølgte basert på uttalelser fra to andre som selv hadde erkjent skyld for det aktuelle lovbruddet. EMD konstaterte at klagernes rett til kontradiksjon var brutt når disse personene ikke ble ført

¹³⁸ Haugli og Nordhelle 2014 s. 99.

¹³⁹ Se kapittel 2.3.2.

¹⁴⁰ *Mantovanelli vs. Frankrike*

som vitner. Klagerne hadde ingen anledning til å krysseksaminere personene. Det ble lagt særlig vekt på at de to personenes uttalelser utgjorde en betydelig del av bevismaterialet i saken.¹⁴¹ Selv om dette er en straffesak hvor retten til krysseksaminasjon gjør seg særlig gjeldende, jf. art. 6 nr. 3 bokstav d, gjør de samme betraktningene seg gjeldende i barnelovssaker; Sentrale personer med betydelig informasjon for saken må føres som vitner for at partenes rett til effektiv kontradiksjon kan anses oppfylt.

Det kan derfor argumenteres for at retten til kontradiksjon ikke kan anses tilstrekkelig oppfylt hvis partene ikke kan rette kontradiksjon om komparentopplysninger direkte til komparenten selv. Dette gjelder særlig dersom komparentopplysningene er av vesentlig betydning for saken og tillegges mye vekt av den sakkyndige selv.¹⁴²

Retten til kontradiksjon kan bedre ivaretas ved at komparentene føres som vitner for retten. Da kan partene stille korrigerende og oppklarende spørsmål om komparentopplysningenes sammenheng og relevans direkte til komparenten selv.¹⁴³ Det er komparenten som best kan formidle sine egentlige meninger og synspunkt, og rette opp i den sakkyndiges eventuelle feilvurderinger og mistolkninger.

Dersom både komparentene og den sakkyndige føres som vitne, kan dessuten partene stille den sakkyndige oppfølgingsspørsmål om hvordan den sakkyndige stiller seg til vurderingen etter en eventuell korrigerende av komparentene selv. Da må partenes rett til kontradiksjon om komparentopplysninger anses tilstrekkelig ivaretatt.

¹⁴¹ EMD kommer til samme resultat i *Luca vs. Italia* hvor domfellelse utelukkende eller i overveiende grad baserte seg på vitneforklaringer avgitt av en person tiltalte ikke hadde hatt mulighet til å eksaminere.

¹⁴² Bernt 2014 s. 206.

¹⁴³ Ibid.

Kildehenvisninger

1) Lover og konvensjoner:

Barneloven	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre.
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.
Domstolloven	Lov 13. august 1915 nr.5 om domstoler.
Barnevernloven	Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barnevernstjenester.
Straffeprosessloven	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.
Barnekonvensjonen	FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen), vedtatt 1989, ratifisert av Norge i 1991, inkorporert i 2003 gjennom menneskerettsloven § 2.
EMK	Den Europeiske Menneskerettskonvensjon (EMK), vedtatt 1950, ratifisert av Norge i 1953, inkorporert i 1999 gjennom menneskerettsloven § 2.

2) Lovforarbeider:

NUT 1969 : 3	NUT 1969 : 3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven).
NOU 1995: 23	NOU 1995 : 23 Barnefaglige sakkyndighetsoppgaver Rolleutforming og kvalitetssikring.
Ot.prp.nr.29 (2002-2003)	Ot.prp.nr.29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.).
Ot.prp.nr.51 (2004-2005)	Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
Prop. 85 L (2012-2013)	Prop. 85 L (2012-2013) Endringer i barneloven (barneperspektivet i foreldretvister).
NOU 2017 : 8	NOU 2017 : 8 Særdomstoler på nye områder? Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernsaker og utlendingssaker.

3) Veildere og rundskriv:

Veileder Q-15/2004	Veileder Q-2004-15 : <i>Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn – Om nye saksbehandlingsregler i barneloven i kraft 1. april 2004.</i> Barne- og Familiedepartementet
Rundskriv Q-24/2005	Rundskriv Q-24, mars 2005 : <i>Barnevernet og taushetsplikten, opplysningsretten og opplysningsplikten.</i> Barne- og Familiedepartementet
Veileder Q-1158/2009	Veileder Q-2009-1158/B : <i>Veiledende retningslinjer for sakkyndig arbeid i barnevernsaker for barnevernstjenesten, fylkesnemnda og domstolen.</i> Barne- og Likestillingsdepartementet
Veileder Q-1211/2013	Veileder Q-2013-1211 : <i>Forholdet mellom barnevernloven og barneloven – Barnevernstjenestens rolle der foreldres konflikter går ut over barnets omsorgssituasjon.</i> Barne-, Likestillings- og Inkluderingsdepartementet

3) Bøker:

Aall 2015	Jørgen Aall, Rettergang og menneskerettigheter, 4. utgave, Fagbokforlaget, Bergen 2015.
Backer 2008	Inge Lorange Backer, Barneloven. Kommentartutgave, 2. utgave, Oslo 2008.
Backer 2015	Inge Lorange Backer, Norsk Sivilprosess, 2. utgave, Oslo 2015
Bernt 2011	Camilla Bernt, Meklerrollen ved mekling i domstolene, Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, Bergen 2011.
Breivik og Mevik 2012	Fritz Leo Breivik og Kate Mevik, Barnefordelign i domstolen – når barnets beste blir barnets verste, Universitetsforlaget, Oslo 2012.
Kjølbro 2011	Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæisk Menneskerettigheds Konvention – for praktikere, 3. utgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2011.
Knuts 2006	Gisela Knuts, Förfarandegarantier vid domstolsanknuten medling, Helsinki 2006.

- Lindell 2006 Bengt Lindell, Alternativ rettskipning eller alternativ till rettskipning?, Uppsala 2006.
- Vindeløv 2008 Vibeke Vindeløv, Konfliktmægling - En refleksiv model, 2. utgave, Jurist- og økonomforbundets forlag, København 2008

4) Juridiske artikler:

- Bernt 2014 Camilla Bernt, «Sakkyndige i barnelovssaker for domstolene: roller og rettsikkerhet», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr. 3 og 4, 2014
- Blandhol 2012 Sverre Blandhol, «Vil en tydeligere meklingsmodell føre til bedre mekling», Lov og Rett nr. 4 2012 s.195-219.
- Dalseide 2002 Nils Dalseide, «Barnefordelingssaker i retten – noen synspunkter på hvordan også avgjørelsesprosessen kan bli til barnets beste», Festskrift til Peter Lødrup; Bonus Pater Familias, 2002, s. 191-207
- Dalseide 2004 Nils Dalseide, «Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20.juni 2003 – noen utvalgte problemstillinger», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 03-04/ 2004 (volum 2), s. 172-215.
- Elvebakk 2013 Ramborg Elvebakk, «Forberedende møter og bruk av sakkyndige i barnefordelingssaker – til glede for hvem?» Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr. 1 2013 (volum 11)
- Haugli og Nordhelle 2014 Trude Haugli og Grethe Nordhelle, «Sikker i sin sak? Om barn, sakkyndighet og rettsikkerhet», Lov og Rett, vol. 53, 2, 2014, s. 89–108
- Jensberg m.fl 2012 Heidi Jensberg, Marian Ådnanes, Gry Metter D. Haugen, Minna Rantalaiho og Tonje Lossius Husum, «Hvordan oppleves meklingsordningen av foreldrene? : Resultater fra evaluering av mekling etter ekteskapslov og barnelov» Fokus på familien : Tidsskrift for familiebehandling 2012; Volum 40 (2).
- Larsen og Lassen 2005 Mette Yvonne Larsen og Rikke Lassen, «Domstolsbehandling av barnefordelingssaker – er forlik det samme som forsoning? Et kritisk blikk på praksis etter de nye saksbehandlingsreglene i

- barnefordelingssaker.» Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål nr. 2, 2005, s. 77-86
- Matningsdal 2013 Magnus Matningsdal, «Kontradiksjon i sivile saker og straffesaker», Jussens venner 2013, s. 1-115.
- Nylund 2008 Anna Nylund, «Til domstolen – med barnet i fokus?», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2008-4, s.229-243.
- Nylund 2011 Anna Nylund, «Mekling i barnefordelingssaker på godt og ondt», Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2011- 4, s.303-323.
- Skoghøy 1994 Jens Edvin A. Skoghøy, «Søksmålsbetingelser, saksbehandlingsprinsipper og partenes rådighet over sakens gjenstand», Jussens Venner, Universitetsforlaget, 1994 s. 1-141

5) Rapporter:

- Agenda Kaupangs rapport Agenda Kaupang, *Evaulering av Barnesakkyndig kommisjon og vurdering av utvidet ansvarsområde*, (R8979), Barne-, likestilling- og inkluderingsdepartementet, Oslo, 14.10.2015.

6) Rettspraksis:

6.1) Praksis fra Høyesterett:

Rt. 1990 s. 8
 Rt. 1990 s. 669
 Rt. 2005 s.1590
 Rt. 2005 s. 1698
 Rt. 2007 s. 376
 Rt. 2009 s. 633 U
 Rt. 2013 s. 65 U
 Rt. 2013 s. 438 U
 Rt. 2014 s. 90 U

6.2) Praksis fra EMD:

- Ankerl vs. Sveits* EMDs dom 23. oktober 1996, *Ankerl vs. Sveits*, (klagenummer 17746/91).
- Brandstetter vs. Østerrike* EMDs dom 28. august 1991, *Brandstetter vs. Østerrike*, (klagenummer 11170/84).

<i>Buckley vs. Storbritannia</i>	EMDs dom 25. september 1996, <i>Buckley vs. Storbritannia</i> , (klagenummer 20348/92).
<i>Centro Europa 7 S.r.l. & Di Stefano vs. Italia</i>	EMDs storkammerdom 7. juni 2012, <i>Centro Europa 7 S.r.l & Di Stefano vs. Italia</i> (klagenummer 38433/09).
<i>Contardi vs. Sveits</i>	EMD dom 12. juli 2005, <i>Contardi vs. Sveits</i> , (klagenummer 7020/02).
<i>Icyer vs. Tyrkia</i>	EMDs avvisningsavgjørelse 12. januar 2006, <i>Icyer vs. Tyrkia</i> , (klagenummer 18888/02).
<i>Kamasinski vs. Østerrike</i>	EMD dom 19. desember 1989, <i>Kamasinski vs. Østerrike</i> , (klagenummer 9783/82).
<i>Kök vs. Tyrkia</i>	EMDs dom 19. oktober 2006, <i>Kök vs. Tyrkia</i> , (klagenummer 1855/02).
<i>Krcmár m.fl. vs. Tsjekkia</i>	EMDs dom 03. mars 2000, <i>Krcmár m.fl. vs. Tsjekkia</i> , (klagenummer 35376/97).
<i>Luca vs. Italia</i>	EMDs dom 27. februar 2001, <i>Luca vs. Italia</i> , (klagenummer 33354/96).
<i>Mantovanelli vs. Frankrike</i>	EMDs dom 18. mars 1997, <i>Mantovanelli vs. Frankrike</i> , (klagenummer 21497/93).
<i>McMichael vs. Storbritannia</i>	EMDs dom 24. mai 1995, <i>McMichael vs. Storbritannia</i> , (klagenummer 16424/90).
<i>Mild og Virtanen vs. Finland</i>	EMDs dom 26. juli 2005, <i>Mild og Virtanen vs. Finland</i> , (klagenummer 40227/98).
<i>Milatová m.fl. vs. Tsjekkia</i>	EMDs dom 21 juni 2005, <i>Milatová m.fl. vs. Tsjekkia</i> , (klagenummer 61811/00).
<i>Rowe & Davis vs. Storbritannia</i>	EMDs dom 16. februar 2000, <i>Rowe & Davis vs. Storbritannia</i> , (klagenummer 28901/95).
<i>Schenk vs. Sveits</i>	EMDs plenumsdom 12. juli 1988, <i>Schenk vs. Sveits</i> , (klagenummer 10862/84).
<i>Vazvan vs. Finland</i>	EMDs avvisningsavgjørelse 03. november 2015, <i>Vazvan vs. Finland</i> , (klagenummer 61815/13).
<i>Walston vs. Norge</i>	EMDs dom 03. juni 2003, <i>Walston vs. Norge</i> , (klagenummer 37372/97).