



DET KONGELIGE
BARNE- OG FAMILIEDEPARTEMENT

Veileder Q-15/2004

Utgitt av: Barne- og familiedepartementet

Offentlige institusjoner kan bestille flere
eksemplarer av denne publikasjonen fra:
Statens forvaltningstjeneste
Kopi- og distribusjonsservice
www.publikasjoner.dep.no
E-post: publikasjonsbestilling@ft.dep.no
Telefaks: 22 24 27 86

Oppgi publikasjonskode: Q-15/2004

Trykk: OFA 03/2004 - 4000

Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn



241 491



DET KONGELIGE
BARNE- OG FAMILIEDEPARTEMENT

Veileder Q-15/2004

Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn

1	INNLEDNING	5
2	SÆRLIG OM DOMMERENS OPPGAVER OG ROLLER	8
2.1	TILRETTELEGGING FOR SAKSAVVIKLING	8
2.2	NÅR SAKEN KOMMER INN TIL RETTEN	9
2.2.1	<i>Vernetings spørsmål og vilkår for å reise sak</i>	9
2.2.2	<i>Stevning og tilsva</i> r.....	9
2.3	AVGJØRELSER OM OG GJENNOMFØRING AV RETTENS TILTAK OG VIRKEMIDLER.....	10
2.3.1	<i>Grunnprinsipper for saksbehandlingen, jf. bl. § 59</i>	10
2.3.2	<i>Også saksbehandlingen skal være til barnets beste, jf. bl. § 48</i>	12
2.3.3	<i>Avgjørelser under saksforberedelsen. Konfliktløsningsmodell og virkemiddelvalg, jf. bl. § 61</i>	12
2.3.4	<i>Mandat, muntlighet og skriftlighet i sakkyndig arbeid</i>	13
2.3.5	<i>Forberedende møter, jf. bl. § 61 første ledd nr.1</i>	15
2.3.6	<i>Vise partene til mekling, jf. bl. § 61 første ledd nr. 2</i>	17
2.3.7	<i>"Tradisjonell bruk" av sakkyndig, jf. bl. § 61 første ledd nr. 3</i>	18
2.3.8	<i>Representant for barnet, jf. bl. § 61 første ledd nr. 5</i>	19
2.3.9	<i>Innhenting av uttalelse fra barnevern og sosialtjeneste, jf. bl. § 61 første ledd nr. 6</i>	20
2.3.10	<i>Adgang til å utprøve en foreløpig avtale, jf. bl. § 61 første ledd nr. 7</i>	21
2.3.11	<i>Dom uten hovedforhandling, jf. bl. § 61 første ledd nr. 8</i>	21
2.3.12	<i>Rettsmidler vedrørende avgjørelser etter § 61 første ledd, jf. bl. § 62</i>	22
2.4	HABILITET VED OVERGANG FRA ROLLE ETTER § 61 NR 1 ELLER 7 TIL ROLLE ETTER § 61 NR 3.	23
2.5	DOMMERENS HABILITET.....	23
2.6	KOSTNADER, JF. BL. § 61 ANDRE LEDD	24
3	DE SAKKYNDIGES ROLLER	25
3.1	FORMÅLET MED BRUK AV SAKKYNDIGE.....	25
3.2	DEN SAKKYNDIGES ARBEID	26
3.3	FAGETISKE UTFORDRINGER.....	27
4	ADVOKATENS ROLLER	30
4.1	FØRHOLDET TIL DEN TRADISJONELLE ADVOKATROLLEN.....	31

4.2	ADVOKATENS SAKSBEHANDLING I DE ULIKE STADIER.....	32
4.2.1	<i>Førstegangskonsultasjon</i>	32
4.2.2	<i>Forhandlingsmøte forut for rettslige skritt</i>	32
4.2.3	<i>Stevning og tilsvær, valg av bevis</i>	32
4.2.4	<i>Saksforberedende møte</i>	33
4.2.5	<i>Prøveperiode</i>	33
4.2.6	<i>Hovedforhandling</i>	34
4.2.7	<i>Fagetiske problemstillinger</i>	34
5	TAUSHETSPLIKT, VITNEFORBUD OG MELDEPLIKT	35
5.1	TAUSHETSPLIKT	35
5.1.1	<i>Bl. § 50</i>	35
5.1.2	<i>Utenrettslig mekling og mekling pålagt av retten jf. bl. §§ 51 og 61 første ledd nr. 2</i>	35
5.1.3	<i>Sakkyndige eller andre som bistår dommeren, jf. bl. § 61 første ledd nr. 1, 3, 4 og 7</i>	35
5.1.4	<i>Advokat eller annen representant for barnet, jf. bl. § 61 første ledd nr. 5</i>	36
5.2	REGLER OM VITNEFORBUD	36
5.3	MELDEPLIKT TIL BARNEVERNTJENESTEN MV.	38
6	HØRING AV BARN	39
6.1	BL. § 31 – INNLEDENDE HOVEDPUNKTER.....	39
6.2	OM BARNES FORUTSETNINGER FOR Å UTTALE SEG	40
6.2.1	<i>Rett til å bli hørt, informasjon, tilrettelegging for å hindre ansvarliggjøring/press</i>	40
6.2.2	<i>Barns reaksjoner</i>	42
6.2.3	<i>Hva er barnets "egentlige mening"?</i>	42
6.2.4	<i>Barns generelle utvikling og kognitive kapasitet</i>	43
6.2.5	<i>Effekten av barns påvirkelighet og lojalitetsbånd</i>	44
6.2.6	<i>Nærmere om gjennomføringen av samtalen med barnet</i>	45
6.3	VIDEREFORMLING AV BARNETS UTTALELSER.....	47
7	VEDLEGG	49
7.1	UTDRAG AV BARNELOVEN	49
7.2	AKTUELL BARNEFAGLIG LITTERATUR	57
7.3	BROSJYREOVERSIKT	58

1 INNLEDNING

Stortinget fattet 12. juni 2003 vedtak til lov om endringer i barnelova og enkelte andre lover. Vedtaket ble gjort etter forslag i Ot. prp. nr. 29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.) og Innst. O. nr. 96 (2002-2003) fra Stortingets Familie-, kultur- og administrasjonskomité. Ved Kgl. resolusjon 20. juni 2003 ble loven sanksjonert, og det ble bestemt at endringene trer i kraft 1. april 2004. Skjæringstidspunktet for anvendelse av de nye reglene vil normalt være når stevning kommer inn til retten. I en rettssak som går når endringene trer i kraft, skal likevel ny bl. § 31 legges til grunn dersom hovedforhandlingen ikke allerede er begynt. Det vises til forskrift 24. februar 2004 nr. 471 om overgangsreglar til lov 20. juni 2003 nr. 40 om lov om endringer i barneloven mv.

En grunnsetning i norsk og nordisk rett og i viktige internasjonale konvensjoner, er å ha barnets beste for øye. De nye saksbehandlingsreglene som omhandles i denne veilederen har barnets beste som overordnet hensyn.

Hovedpunktene i de mest sentrale endringene er:

- Det er vedtatt en egen lovbestemmelse som tydeliggjør at barnets beste skal være avgjørende både for de avgjørelser som treffes og for selve saksbehandlingen. Videre er det lovfestet at retten skal påskynde saksbehandlingen så mye som mulig, og at advokater og dommere som behandler slike saker skal vurdere mulighetene for å oppnå forlik mellom partene og legge forholdene til rette for dette.
- De nye saksbehandlingsreglene legger til rette for at domstolen langt på vei kan tilpasse rettsprosessen til den enkelte sak. Dommeren kan på et tidlig stadium i saken la seg bistå av barnefaglig kompetente personer på en mer målrettet måte for å bidra til avtaleløsninger. Sakkyndige kan bl.a. bistå og mekle mellom foreldrene i og utenfor saksforberedende møter og veilede foreldrene ved praktisering av avtale i en prøveperiode.
- En langvarig tvist for domstolene vil ofte forsterke konflikten mellom foreldrene, og kan være skadelig for barnet. I de fleste saker er det best for barnet at foreldrene kommer til enighet om barnefordelingsspørsmålene, ettersom dette vil kunne virke konfliktdependende og gi bedre grobunn for det framtidige samarbeidet. Økt og endret bruk av sakkyndige tilfører domstolene mer barnefaglig kompetanse, som igjen vil føre til at avtalene som inngås er gjennomarbeidede og robuste og har stor fokus på barnets beste. Noen saker vil imidlertid være best egnet for tradisjonell behandling med hovedforhandling og dom.

- I unntakstilfeller kan retten oppnevne advokat (eventuelt annen representant) for barnet, noe som vil styrke barnets rettigheter i de mest belastede sakene. Bestemmelsen antas særlig å være aktuell i forhold til eldre barn som har behov for hjelp til å fremme sine interesser i forbindelse med saksbehandlingen.
- Behandlingsmåten i barnefordelingssaker er forenklet ved at det er lettere å sette i gang sak uten advokat (forenklet stevning) og mulighet for dom uten hovedforhandling. Endringene kan bidra til at terskelen for å gå til domstolene blir lavere, og at det spares tid og ressurser i de enkleste sakene.
- For å styrke barns rett til medbestemmelse, er aldersgrensen for ubetinget uttalerett i barneloven senket fra 12 til 7 år. Lovendringen vil være et effektivt virkemiddel for å sikre at også mindre barn gis anledning til å gi uttrykk for sine synspunkter i barnefordelingssaker.
- Ordningen med fylkesmannsbehandling av ordinære barnefordelingssaker bortfaller.

Lovendringene innebærer nye oppgaver og rolleutfordringer i rettsprosessen både for dommere, advokater og sakkyndige. Senking av aldersgrensen for høring av barn setter økt fokus på hvor viktig det er at barns synspunkter kommer fram på en måte som både er juridisk og barnefaglig forsvarlig. Formålet med denne veilederen er å søke å bidra til en god gjennomføring av reformene.

I Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) s. 78 varslet departementet at det i en veileder bl.a. burde innarbeides rollebeskrivelser, fagetiske problemstillinger, tydeliggjøring av taushetsplikt og habilitet, mandatutforminger i forhold til de ulike arbeidsmetodene for sakkyndige, klargjøring av spørsmål knyttet til skriftlighet og muntlighet i sakkyndig arbeid og nødvendigheten av å vurdere beskyttelse versus konfliktløsning ved bruk av ulike arbeidsmetoder. Departementet har valgt å utarbeide en egen veileder for dommere, advokater og sakkyndige knyttet til de nye saksbehandlingsreglene i barnefordelingssaker. Barne- og familiedepartementets veiledning av februar 1998 for sakkyndige i saker etter barneloven og barnevernloven vil bestå og bli noe revidert som følge av endringene i barneloven.

Veilederen gir til dels en oversikt over det nye regelverket/tilgrensende regler og hjelp ved tolkningen av disse bestemmelsene, men inneholder også anbefalinger, praktiske råd og forhåpentligvis inspirasjon til de ulike profesjonelle aktørene som deltar i saker for retten om foreldreansvar, barnets bosted og samvær. Departementet har ikke

med denne veilederen ment å gripe inn i selve beslutningsmyndigheten mht. hvordan domstolene skal innrette seg i forhold til intern saksflyt og organisering.

Veilederen er skrevet med utgangspunkt i saker som behandles i første instans for domstolene da det antas at det er tingrettene som i stor grad vil benytte seg av de nye virkemidlene.

Denne veilederen har blitt til gjennom arbeid og tekstbidrag i en arbeidsgruppe bestående av fagpersoner utpekt av Dommerforeningen, Advokatforeningen, Psykologforeningen, Domstolsadministrasjonen og Barne- og familiedepartementet. Deltakerene i arbeidsgruppa har vært sorenskriver Nils T. Dalseide, advokat Anne Holst, psykolog Katrin Koch, rådgiver Kirsti Saur, seniorrådgiver Gitte Gulbrandsen og seniorrådgiver Ingvild Vesterdal. Flere fagpersoner har vært trukket inn i arbeidet som ressurspersoner. Barne- og familiedepartementet står ansvarlig for innholdet.

2 SÆRLIG OM DOMMERENS OPPGAVER OG ROLLER

2.1 Tilrettelegging for saksavvikling

Lovendringene innebærer en forsterkning av domstolenes plikt til å prioritere barnefordelingssakene. De nye saksbehandlingsreglene i barneloven gjør det derfor naturlig å vurdere en viss omlegging av tingrettens nåværende saksbehandlingsrutiner, og endringer i tilretteleggingen av domstolens personellressurser.

Lovendringene legger bl.a. opp til en mer fleksibel og annerledes bruk av sakkyndige. Endringene vil i praksis innebære hyppigere bruk av sakkyndiges tjenester, men med mindre omfang på det enkelte sakkyndighetsoppdrag. Det vil være nødvendig for tingrettene å ha en oversikt over sakkyndige som på kort varsel kan påta seg oppdrag for retten. Barne- og familiedepartementet, Norsk Psykologforening og Legeforeningen samarbeider om et register for barnefaglige sakkyndige, som oppdateres og distribueres til domstolene en gang i året. Registeret kan være praktisk, men domstolene kan også gå utenfor registeret for å finne sakkyndige. Den enkelte domstol bør danne seg et bilde av hvilken type kompetanse det vil bli mest bruk for, og benytte seg av sakkyndige som kan trekkes inn nokså umiddelbart og bidra til at saksbehandlingen kan gå raskt samtidig som beslutningsgrunnlaget kan bli kvalitativt sett best mulig.

Gjeldende rett er opprettholdt mht. at det ikke stilles bestemte krav til fagkompetanse for de sakkyndige. Kliniske psykologer med barnefaglig kompetanse og erfaring vil være en sentral faggruppe. Det har i praksis vist seg å være økt behov for f. eks. psykiatrisk kompetanse og barnefaglig bakgrunn med tilleggskompetanse på flerkulturelle forhold.

Også når det gjelder domstolens egne ressurser vil det kunne være nødvendig med en viss tilrettelegging. Den enkelte dommer bør ha engasjement og interesse for sakstypen og behandle et tilstrekkelig antall saker til å opparbeide seg erfaring og holde sine kunnskaper ved like. I Ot. prp. side 76 andre spalte gis det enkelte antydninger om spesialisering, og kanalisering av barnefordelingssaker til spesielt interesserte dommere, noe som antas ikke å komme i strid med det såkalte tilfældighetsprinsippet. Avhengig av domstolens størrelse og sammensetningen av dommerstaben, anbefales det at det etableres ordninger for tildeling av saker og beredskap for innkomne saker av denne typen.

Det vil være viktig for tingrettene å etablere saksbehandlingsrutiner som ivaretar framdriftskravet i loven. Dommeren bør umiddelbart, når stevning kommer inn til retten, foreta den første vurderingen av virkemiddelvalg etter § 61 og påbegynne en hensiktsmessig behandlingsmåte. Det samme gjelder for begjæring om midlertidige avgjørelser etter barneloven § 38.

2.2 Når saken kommer inn til retten

2.2.1 Vernetingsspørsmål og vilkår for å reise sak

Det avgjørende for rettens stedlige kompetanse er hvor barnet har bopel. Det vises til barneloven § 57 første punktum og den nærmere reguleringen av dette i tvistemålsloven.

Barnet anses normalt å ha bopel hos den forelder det bor fast hos etter avtale, rettsforlik eller dom. Ved delt fast bosted vil barnet ha verneting begge steder. Andre punktum i § 57 er nytt, og medfører at i tilfeller hvor saken gjelder søsken med forskjellige bosted, kan felles sak reises der ett av barna har bosted. Saksanlegg ved ett verneting utelukker saksanlegg ved andre mulige verneting.

Foreldre som er uenige om foreldreansvar, barnets faste bosted eller samvær kan bringe saken inn for retten ved stevning. Som tidligere er det et vilkår at foreldrene kan framlegge gyldig meklingsattest før det reises sak. Etter bl. § 60 første ledd siste pkt. kan retten fatte midlertidig avgjørelse før sak er reist, dersom særlige grunner taler for det. I disse tilfellene trengs det ikke å mekles før den midlertidige avgjørelsen, men det må mekles før ordinært søksmål blir reist, jf. bl. § 60 tredje ledd.

2.2.2 Stevning og tilsvær

Saksøkers henvendelse til retten har hittil i det alt vesentlige kommet i form av ordinær stevning. Unntaksvis møter en part i retten og får bistand til å utarbeide stevning, jf. tvistemålsloven § 299 siste punktum.

Lovendringen i barneloven § 58 første ledd tar primært sikte på å gjøre det enklere for en part å anlegge sak uten bistand av advokat eller annen juridisk rådgiver, gjennom såkalt forenklet stevning. Kravene til innholdet i den forenklete stevningen er noe mindre enn etter tvistemålsloven § 300, men gir tilstrekkelig grunnlag for å få saken i gang.

Retten bør være varsom med å avvise en stevning fordi den er snau, og i stedet veilede saksøker slik at manglende utfylling eller lignende ikke skal lede til avvisning. Skjema for stevning og tilsvaret vil bli gjort tilgjengelig på nettstedet www.domstol.no under menypunktet "skjema"

Det er gitt regler om tilsvaret i § 58 andre ledd. I Ot. prp. side 86 andre spalte oppfordres det til at det anvendes en "forholdsvis kort tilsvarsfrist". Tilsvarsfristen etter tvistemålsloven § 313 siste ledd bør normalt ikke overskride 3 uker. I denne sakstypen bør det tilstrebes å sette kortere frist. Der det fremgår av stevningen at begge parter har advokatbistand, og at partene har hatt mye kontakt umiddelbart forut for stevningen, vil fristen kunne reduseres vesentlig. En telefonhenvendelse til saksøkte/prosessfullmektigen vil kunne gi grunnlag for å finne fram til en frist som påskynder saken, men likevel dekker behovet for å opplyse saken på forsvarlig måte, jf. tvistemålsloven § 190.

Saker om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær er såkalt delvis dispositive. Det innebærer bl.a. at retten ikke er bundet av partenes påstander og anførsler, og at retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning. Det er ikke gjort endringer i gjeldende rett på disse punkter. Kravet om framdrift i disse sakene, jf. barneloven § 59 første ledd innebærer imidlertid at dommeren tidligst mulig bør skaffe seg oversikt over behovet for å iverksette tiltak for å belyse saken best mulig.

2.3 Avgjørelser om og gjennomføring av rettens tiltak og virkemidler

2.3.1 Grunnprinsipper for saksbehandlingen, jf. bl. § 59

Det framgår av § 59 første ledd at retten skal påskynde saken så mye som "mogeleg".

Hovedformålet med å pålegge domstolene å prioritere disse sakene tidsmessig, er å styrke barns rettssikkerhet. Framdriftskravet gjelder på alle stadier i saken og for alle aktører. Det er særlig viktig at man påbegynner behandlingen av saken straks den kommer inn, og at den ikke på noe tidspunkt blir liggende ubehandlet uten at saken har behov for det. Loven angir eksempler på framdriftskravets anvendelse i konkrete situasjoner. Det skal f. eks. fastsettes tid for hovedforhandling straks, eller etter at ett eller flere av de i § 61 nevnte tiltak har vært gjennomført uten at avtale er inngått, jf. § 61 første punktum.

Dersom en sak trenger lengre tid for å skape et forsvarlig beslutningsgrunnlag, f. eks. ved å framskaffe ytterligere bevis, avvente en grundigere sakkyndig utredning eller lignende, er det ikke meningen at saksbehandlingstiden skal kortes ned. Også hensynet til å prøve ut en ordning, jf. § 61 første ledd nr. 7, kan tilsi at en sak samlet sett tar lenger tid.

I noen tilfeller ser man at saken lettere kan få en god løsning ved å "modnes" litt. I en slik situasjon kan hensynet til å finne fram til en samarbeidsløsning, og å redusere konflikten intensitet og omfang, tale for at behandlingen av saken gis nødvendig tid. Framdriftskravet er ikke ment å være til hinder for det. I saker hvor hensynet til rettssikkerhet eller barnets beste ikke taler mot det, vil imidlertid behovet for å redusere konfliktperiodens varighet klart tale for å holde god framdrift i saken.

Dommerens meklingsplikt i saker etter barneloven kan oppfylles også ved at andre enn dommeren selv foretar meklingen, jf. tvistemålsloven § 422 siste punktum, som nå viser til barneloven kap. 7. § 61 første ledd oppfordrer dommeren til å vurdere flere alternative løsningsmåter, f. eks. ved at dommeren mekler med eller uten sakkyndig bistand eller ved å bruke sakkyndig eller annen ekstern mekler i stedet for å mekle selv.

Utgangspunktet er at dersom det ikke synes nytteløst, skal mekling være forsøkt før hovedforhandling. Dommeren må gjøre en vurdering av om saken egner seg for en forliksløsning, og i tilfelle ta stilling hvordan man best kan legge opp meklingsprosessen og hvem som bør forestå meklingen. I saker hvor f. eks. vold, mishandling og/eller rusbruk er en aktuell problemstilling, eller en eller begge parter har alvorlige personlighetsavvik eller andre alvorlige forhold synes å foreligge, vil det ofte være formålstjenlig at saken behandles på tradisjonell måte med hovedforhandling og eventuell skriftlig sakkyndig utredning. Se også pkt. 3.1.

Meklingen skal ikke ha som resultat at parter som ønsker dom i saken tvinges til å inngå rettsforlik, eller at det f. eks. velges en "mellomløsning" som ikke er til barnets beste. Retten skal påse at rettsforlik som ikke er til barnets beste, ikke inngås. Parter som føler seg tvunget til å inngå rettsforlik vil sjelden være motivert for å etterleve forliket, og man risikerer at man ikke har oppnådd noen slutt på eller noen reduksjon av konflikten som berører barnet. Da er verken prosessen eller det materielle utfallet til barnets beste.

2.3.2 Også saksbehandlingen skal være til barnets beste, jf. bl. § 48

Barneloven § 48 angir den overordnede materielle og prosessuelle norm for barnefordelingssaker, i det både avgjørelsene og saksbehandlingen "skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet". Kriteriet kommer ikke bare til anvendelse ved avgjørelsen av de materielle spørsmål, men skal også være det dominerende hensyn ved sakens gjennomføring. Det samme følger av FNs barnekonvensjon artikkel 3, som nå er innkorporert i norsk lov.

Barnets beste skal således tillegges stor vekt ved rettens valg av konfliktløsningsmodell, herunder valget mellom de ulike virkemidler § 61 gir anvisning på, men retter seg også til andre som arbeider med eller har oppdrag i forbindelse med barnefordelingssaker, som f.eks. advokater, sakkyndige, representanter for barnet og meklere. Inn under hensynet til barnets beste ligger også at behandlingen av saken skal skje så raskt som mulig.

Det er ved lovendringen ikke gjort endringer i det materielle begrep "barnets beste" i forhold til sakens utfall. "Barnets beste" er et skjønnsmessig kriterium, som skal avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering av barnets interesser i den enkelte sak. Fortsatt gjelder det innhold som rettspraksis og juridisk teori har lagt i begrepet. Høyesterett har i sin vurdering av "barnets beste" i avgjørelser om fast bosted bl.a. lagt vekt på barnets mening, risiko ved miljøskifte, best mulig samlet foreldrekontakt, følelsesmessig tilknytning til hver av foreldrene, tilknytning til søsken, stabile forhold i hjemmet og omsorgsmuligheter framover.

2.3.3 Avgjørelser under saksforberedelsen. Konfliktløsningsmodell og virkemiddelvalg, jf. bl. § 61

Det er dommeren som skal avgjøre hvilke tiltak som skal iverksettes under saksforberedelsen. Lovendringene stiller klarere krav enn tidligere til målrettet styring av sakene i forhold til valg av virkemidler og framdrift.

Den fleksibilitet som § 61 legger opp til gjør det mulig å tilpasse saksbehandlingen til den spesifikke situasjonen i den enkelte sak. Valget av virkemiddel skal først og fremst rette seg etter hva som er best for barnet, herunder ivareta rettssikkerhet, framdrift og det å hjelpe foreldrene til å finne fram til en samarbeidsløsning.

Dommeren har også ansvar for å påse at andre involverte aktører, f. eks. foreldre, advokater, barnets representant, og sakkyndige, forholder seg til de grunnleggende mål loven bygger på.

Reglene i kap. 7 i barneloven regulerer ikke saksbehandlingen på uttømmende måte. Dersom de nye reglene i barneloven ikke oppstiller særregler, får bestemmelsene i domstolloven og tvistemålsloven anvendelse jf. barneloven § 59 siste ledd.

Når det gjelder ”ny” bruk av sakkyndige etter barneloven § 61, er de fleste spørsmål knyttet til dette regulert særskilt i barneloven kap. 7. For øvrig antar departementet at reglene i tvistemålsloven kap. 18 om sakkyndige får anvendelse så langt de passer.

2.3.4 Mandat, muntlighet og skriftlighet i sakkyndig arbeid

Uavhengig av om en rettslig oppnevnt sakkyndig skal arbeide etter § 61 første ledd nr. 1, 3, 4 eller 7, er mandatet fra dommeren den sakkyn- diges fullmakt til å utføre en nærmere bestemt arbeidsoppgave på vegne av domstolen. Tydelighet og oppmerksomhet rundt mandat er etter departementets oppfatning viktig, uavhengig av hvilken form for sakkyndig bistand som benyttes. Mandatet klargjør den sakkyndiges rolle og bidrar til å målrette prosessen.

Når det gjelder den ”nye” sakkyndigrollen, vil dommeren som regel kunne utforme et enkelt og kortfattet mandat som definerer hvilken type bistand, hvilke undersøkelser og eventuelt vurderinger den sakkyndige skal foreta. Det er mandatet som legger premissene for det videre arbeidet, og dommeren bør avklare innholdet i dette med de øvrige aktørene. Etter § 61 nr. 1 siste punktum skal retten – etter at partene har gitt det samtykke som er forutsatt – fastsette hva den sakkyn- dige skal gjøre.

Når det gjelder den tradisjonelle sakkyndigrollen, jf. § 61 første ledd nr. 3, er gjeldende rett uendret. I så fall skal den sakkyndige foreta en utredning av de psykologfaglige problemstillingene som partenes anførsler i saken medfører og utarbeide en skriftlig erklæring til bruk i forbindelse med hovedforhandlingen.

Det ligger i sakens natur at mekling ved sakkyndig etter barneloven § 61 første ledd nr. 1 og veiledning ved sakkyndig der partene prøver ut en avtale i en prøveperiode etter § 61 første ledd nr. 7, som hovedregel vil bygge på muntlighet.

Etter § 61 første ledd nr. 1 tredje punktum kan retten be den sakkyndige ha samtaler med foreldrene og barna og gjøre undersøkelser for å klarlegge forholdene i saken. Slike undersøkelser kan for eksempel være samtaler med personale ved barnehage, skole eller lignende, så fremt partene samtykker til det. Dersom retten benytter dette alternativet, antar departementet at det i en del tilfeller kan være hensiktsmessig å be om en kortfattet skriftlig erklæring. Dette kan både ha rettsikkerhetsmessige fordeler og være en besparelse ressursmessig og kostnadsmessig dersom det viser seg at saken ikke løses i minnelighet. Dersom slik erklæring avgis, antar departementet at dokumentet kan benyttes som bevis i saken på linje med tradisjonelle sakkyndige erklæringer.

Det kan også tenkes situasjoner hvor det underveis i prosessen viser seg at hensynet til beskyttelse av barnet tilsier at det utarbeides et skriftlig dokument, se også punkt 3.2 fjerde avsnitt.

I forbindelse med oppnevning av sakkyndige før eller til saksforberedende rettsmøte, der partene primært ønsker en forhandlingsbasert løsning, kan f.eks. følgende mandat være aktuelt:

”Oppdraget begrenses i denne omgang til å være til stede under rettsmøte dd.mm.åå, kl. Deres oppgave vil være å bidra til sakens opplysning, avklare hvilke problemer partene midlertidig bør kunne bli enige om, samt medvirke ved mekling mellom partene.”

eller

“Deres oppgave vil være å bidra til sakens opplysning gjennom samtaler med partene og med barnet forut for rettsmøtet, avklare hvilke problemer partene midlertidig bør kunne bli enige om, samt til en vurdering av om partene og barnet vil være tjent med en forhandlingsbasert løsning”

Ved overgang mellom sakkyndigrollen ved en forhandlingsbasert løsning til en utredningsbasert løsning (§ 61 første ledd nr. 3) kan mandatet for eksempel ha følgende ordlyd:

”Oppdraget utvides til å gjennomføre ytterligere samtaler med partene, observere samspill mellom foreldre og barn og innhente opplysninger fra aktuelle informanter som anses å være nødvendig for å kunne vur-

dere de psykologfaglige spørsmål som reises av anførsler og påstander i saken. I rettsmøte dd.mm.åå har partene samtykket til å oppheve taushetsplikten for ... (konkrete informanter nevnes). En kortfattet skriftlig erklæring avgis senest tre uker før hovedforhandling....”

I saker der retten allerede i utgangspunktet oppnevner sakkyndig for å gjennomføre en tradisjonell utredning og vurdering med henblikk på en rettsavgjørelse (§ 61 første ledd nr. 3), kan mandatet formuleres med utgangspunkt i beslutningstemaene og de faglige problemstillingene som reises av partenes anførsler og påstander.

Eks:

”...Med utgangspunkt i barnets beste skal domstolen avgjøre hvem av foreldrene barnet skal bo fast hos og hvilken samværsordning som skal gjennomføres.

Den sakkyndige bes vurdere barnets tilknytning til hver av foreldrene, barnets eventuelle egne ønsker og de konsekvenser en eventuell flytting fra mor til far må antas å få. Den sakkyndige bes dessuten vurdere barnets utvikling og behov, partenes omsorgs- og samværskompetanse og samarbeidsmuligheter som grunnlag for fastsettelse av samværrets omfang ...”

Eller mer generelt:

”...Med utgangspunkt i barnets beste skal domstolen avgjøre hvem av foreldrene barnet skal bo fast hos og hvilken samværsordning som skal gjennomføres.

Den sakkyndige bes utrede og vurdere de aktuelle psykologfaglige problemstillingene som følger av anførsler og påstander i saken. ...”

Det bør gå uttrykkelig fram av mandatet dersom retten ønsker at den sakkyndige skal høre barnet i medhold av barneloven § 31, jf. også § 61 første ledd nr. 4.

Det vises også til punkt 6.3.6 i Ot.prp. nr. 29 om utforming av mandat.

2.3.5 Forberedende møter, jf. bl. § 61 første ledd nr.1

Barneloven § 61 første ledd nr. 1 legger opp til at det som hovedregel skal innkalles til et saksforberedende møte mellom partene for å klar-

legge tvistepunktene mellom dem, drøfte den videre behandling av saken og eventuelt mekle mellom dem. Det er lovgivers intensjon at forberedende møter skal bli et mer benyttet verktøy i barnefordelings-sakene enn tidligere.

Dersom stevning og/eller tilsvaer indikerer at det på grunn av sakens karakter eller forhold ved partene ikke er grunn til å anta at et forberedende møte vil være egnet til å forberede avgjørelsesgrunnlaget i saken eller gi grunnlag for å mekle mellom partene, vil ofte barnet være best tjent med at hovedforhandling berammes snarest råd. Det vil f. eks. kunne være tilfelle hvor begge parter prosessfullmektiger tilkjennegir at et eventuelt forberedende møte vil være forgjeves eller direkte negativt for foreldrene og/eller barnet.

Det første som bør vurderes er om det er behov for å ha en sakkyndig med i det forberedende møtet, og utarbeidelse av et kort mandat.

Oppnevning, oversendelse av mandat og innkalling til det forberedende møte bør skje snarest mulig etter at partene har fått uttale seg om det. Dette kan man eventuelt avklare telefonisk med prosessfullmektigene/partene. De bør få uttale seg om valg av sakkyndig, herunder habilitetsspørsmålet. Dommeren må også ta stilling til om vedkommende sakkyndige skal snakke med foreldrene/og eller barnet, dra på hjemmebesøk, eventuelt gjøre andre undersøkelser av betydning for saken, eventuelt før første saksforberedende møte. Aktuelle undersøkelser kan f.eks. være samtaler med sentrale personer i barnets nettverk, personale i barnevern, PP-tjeneste, barnehage, fritidsordning, skole mv., såfremt partene samtykker til dette. Retten bør opplyse partene om at den sakkyndige ikke har taushetsplikt overfor retten, men for øvrig har taushetsplikt som angitt i § 50 og annen lovgivning.

Det blir opp til dommeren å bestemme hvordan oppgavefordelingen mellom han/henne og den sakkyndige skal være. Dommeren kan velge å mekle mellom partene selv med råd og bistand fra den sakkyndige, eller dommeren kan overlate til den sakkyndige å mekle mellom partene.

Dommeren kan også benytte den sakkyndige til å gi råd om valg av mulige tiltak etter § 61 første ledd, herunder hvordan den sakkyndiges fagkompetanse best kan brukes i det videre arbeidet ut fra de opplysninger som kommer fram i forberedende møte mv.

Formålet med å åpne for mer fleksibel bruk av sakkyndige og på et tidligere stadium i saksbehandlingsprosessen er bl.a. at den sakkyndige skal kunne bidra til at konflikten skal løses ved en avtale mellom foreldrene, og å bidra til å redusere konflikten mellom dem. Meningen er at den sakkyndige skal kunne bevirke at foreldrenes fokus flytter seg fra konflikten mellom dem og over på barnas interesser.

Selve innkallingen til det saksforberedende møte bør finne sted straks man mottar stevningen. Berammelsen av forberedende møte vil måtte bero på situasjonen i den enkelte sak. Det er generelt mest betryggende at tilsvaret foreligger innen man avholder det forberedende møtet, men ikke noe vilkår. Saksøkte kan komme til å gi opplysninger i tilsvaret som tilsier at saken må avvises, eller andre korrigerende opplysninger i forhold til stevningen av betydning for den videre prosessen. Det må bero på den enkelte sak hva som er en hensiktsmessig tilsvarsfrist, men utgangspunktet er at den skal være kort. Valg av tidspunkt for det forberedende møtet vil også være avhengig av om det skal delta en sakkyndig, og om vedkommende i tilfelle skal ha samtaler med foreldrene og/eller barnet eller gjøre undersøkelser for å klarlegge saken forut for møtet.

Om man skal avholde ett eller flere forberedende møter, beror på sakens behov. Hvor partene f. eks. skal prøve ut en avtale etter § 61 første ledd nr. 7, kan det være hensiktsmessig å beramme et saksforberedende møte når prøveperioden er ute.

Partene bør i innkallingen underrettes om at de har møteplikt i saksforberedende møter, og at de om nødvendig kan avhentes, jf. tvistemålsloven §§ 302-303 og 115.

2.3.6 Vise partene til mekling, jf. bl. § 61 første ledd nr. 2

I praksis vil dommeren under saksforberedelsen, jf. § 61 første ledd nr. 1, ha valget mellom å mekle selv, eventuelt sammen med eller med bistand av sakkyndig, eller overlate til sakkyndig å mekle.

Om det synes mer hensiktsmessig, gir bestemmelsen i § 61 nr. 2 dommeren mulighet til å pålegge partene mekling utenfor retten. Dommeren kan anvende det ordinære meklingsapparatet ved å sende partene til godkjent mekler. Departementet antar at dette alternativet er mest aktuelt i tilfeller hvor en part ikke tidligere har møtt til mekling, eller den tidligere meklingssituasjonen ikke har vært hensiktsmessig. Det

kan for eksempel også være aktuelt i tilfeller hvor partene var enige da de møtte til mekling, og det senere, men innenfor den perioden meklingsattesten er gyldig for, har oppstått uenighet. Man kan også tenke seg tilfeller hvor partene har vært til mekling om foreldreansvar og fått meklingsattest, mens det senere i perioden, hvor meklingsattest fremdeles er gyldig, oppstår uenighet om f.eks. samvær. Dommeren bør påse framdriften gjennom å sette frister. Dersom det er klart for mekleren at det ikke vil være mulig å oppnå noen avtale ved mekling, må retten underrettes umiddelbart, jf. bestemmelsens siste punktum.

Det kan også benyttes ”annan person med innsikt i dei tvistepunkta saka gjeld”. Dommeren har derved fått en større personkrets å spille på. Bestemmelsen åpner for at retten gjør bruk av personer som på grunnlag av utdanning, erfaringsbakgrunn, evner eller personlige egenskaper har spesielle forutsetninger for å bistå foreldrene til å nå fram til en avtaleløsning. Det avgjørende for valget blir hvilken løsning som er best egnet til å nå resultater som er best for barnet. Departementet antar at for eksempel psykologer og advokater, som har opparbeidet seg spesialkompetanse mht. mekling, vil være særlig aktuelle. Det er viktig å være klar over at bare de yrkesgrupper som er uttrykkelig nevnt i tvistemålsloven § 205 har forbud mot å forklare seg for retten uten samtykke under en eventuelt senere hovedforhandling jf. pkt. 5 nedenfor.

2.3.7 ”Tradisjonell bruk” av sakkyndig, jf. bl. § 61 første ledd nr. 3

Den sakkyndige etter dette alternativet forutsettes på tradisjonell måte å avgi en skriftlig erklæring forut for hovedforhandlingen, og å møte i retten og avgi forklaring som sakkyndig.

Om sakkyndig etter § 61 nr. 3 skal benyttes, beror på en konkret vurdering av behovet i saken. Lovkriteriet ”trengst” er opprettholdt uendret. I saker hvor f. eks. vold, mishandling og/eller rusbruk er en aktuell problemstilling, eller en eller begge parter har alvorlige personlighetsavvik eller andre alvorlige forhold ser ut til å foreligge, vil det ofte være formålstjenlig at saken behandles på tradisjonell måte med hovedforhandling og sakkyndig utredning etter nr. 3.

Kompetansekravet til sakkyndige er ikke endret. Det er sakens behov som er avgjørende. I praksis vil personer med kompetanse innen psykologi, barnepsykiatri og flerkulturelle spørsmål være egnet, men også andre fagfelter kan være aktuelle.

Ved mer omfattende sakkyndighetsoppdrag blir det av rettssikkerhets- hensyn, kostnadshensyn og framdriftshensyn viktig å ha et klart mandat, som partene har fått uttale seg om.

Særlig i litt mer kompliserte saker vil det kunne være en fordel at eventuell tidligere benyttet sakkyndig etter § 61 første ledd nr. 1 eller 7 får i oppdrag å utarbeide en ev. sakkyndig erklæring etter § 61 nr. 3. Problemstillinger knyttet til habilitet mv. er behandlet under punkt 2.4.

2.3.8 Representant for barnet, jf. bl. § 61 første ledd nr. 5

Retten kan i særlige tilfeller oppnevne en advokat eller annen representant for barnet til å ivareta barnets interesser i forbindelse med søksmålet jf. barneloven § 61 første ledd nr. 5. Bestemmelsen er ment som en unntaksbestemmelse.

Ny bruk av sakkyndig til meklings og veiledning, bør søke å bidra til at foreldrenes fokus flyttes fra egen konflikt og eventuelt uheldig involvering av barnet i denne og over til hva som vil være til barnets beste. Det kan likevel tenkes tilfeller der barnets særlige behov eller interesser tilsier at det oppnevnes en egen representant for barnet, både i tilfeller der retten oppnevner sakkyndig etter § 61 og der retten ikke finner at dette er et egnet virkemiddel.

Bestemmelsen i § 61 første ledd nr. 5 antas imidlertid særlig å være aktuell i forhold til eldre barn som har behov for å fremme sine interesser i forbindelse med søksmålet, uten at de har partsrettigheter.

Advokaten/representanten kan samtale med barnet og gi informasjon og støtte som kan gjøre det lettere for barnet å forstå hva som skjer og forholde seg til dette. Representantens rolle vil i første rekke være å påse at saken er godt opplyst, og at saksbehandlingen skjer raskt og under hensyn til barnets beste. Vedkommende har rett til å få saksdokumentene og kan gi råd om hvordan saksbehandlingen best kan ivareta barnets interesser, herunder uttale seg om valg av tiltak etter § 61 og forslå vitneførsel. Henvendelsene til retten skal skje skriftlig eller i rettsmøter. Dersom retten samtykker til det, har representanten adgang til å være til stede under rettsmøter i saken og kan i så fall stille spørsmål til parter og vitner. Representanten har ikke prosessuelle rettigheter utover dette og kan for eksempel ikke påanke avgjørelser eller føre egne bevis.

Det er først og fremst dommeren som er adressat for representantens arbeid. Departementet ser det som den mest ryddige rollefordelingen at formidlingen av barnets syn etter bl. § 31, som i dag, skjer gjennom forutgående dommersamtale eller ved sakkynndige.

Sett på bakgrunn av hva som må anses å være representantens primæroppgaver, anser departementet det slik at det som regel vil være mest aktuelt å oppnevne en advokat i denne rollen. Personlig egnethet til en slik rolle og evne til å kommunisere med barn vil være viktig for at oppgaven kan utføres på en god og betryggende måte. Representanten bør være klar over at barns kognitive og emosjonelle prosesser er annerledes enn hos voksne. Barn tror ofte at de har, eller bør ha innflytelse på avgjørelser i disse spørsmål, mer enn det som faktisk er mulig eller tilrådelig. Barn har behov for informasjon slik at de ikke opparbeider urealistiske forestillinger om det som skjer.

Et alternativ til å oppnevne en advokat som representant for barnet, vil kunne være å oppnevne en person med barnefaglig bakgrunn. Vedkommende bør i så fall også ha kjennskap til grunnleggende elementer i rettsprosessen slik at oppgavene knyttet til å ivareta barnets interesser i forbindelse med saksbehandlingen kan ivaretas på best mulig måte. Det er også viktig å være klar over at bare nærmere bestemte yrkesgrupper omfattes av vitneforbudet i tvml. § 205 under en eventuell hovedforhandling jf. punkt 5 nedenfor.

2.3.9 Innhentning av uttalelse fra barnevern og sosialtjeneste, jf. bl. § 61 første ledd nr. 6

Tidligere barnelovs § 41 er videreført uten realitetsendring. Innhentning av uttalelse fra barnevern eller sosialtjeneste bør foretas der det "trengst". Hensynet til rettssikkerheten kan ofte tilsi at den som har skrevet uttalelsen også innkalles for å forklare seg i retten.

Justisdepartementets Lovavdeling har i en uttalelse fra 1996 uttalt at departementet "antar at retten ikke uten samtykke fra fylkesmannen eller den som har krav på taushet kan ta imot opplysninger som barneverntjenesten er blitt kjent med i sitt arbeid og som ikke er innhentet til bruk i en tvist mellom partene om foreldreansvar for eller samværsrett med barnet. Dette gjelder både når opplysningene gis i en skriftlig uttalelse og når de gis muntlig under vitneavhør. Retten kan imidlertid overprøve fylkesmannens nektelse av samtykke etter tvistemålslovens regler."

2.3.10 Adgang til å utprøve en foreløpig avtale, jf. bl. § 61 første ledd nr. 7

Bestemmelsen er en betydningsfull nyskaping, og kan være et egnet verktøy for å bringe konflikten ut av en fastlåst situasjon. Bestemmelsen åpner mulighet for at partene kan høste erfaring med barnets bosteds- og samværsordning for en kortere eller lengre periode, uten at noen derved har tapt sin opplevde rettslige eller faktiske posisjon for all ettertid. I denne perioden kan de få råd, og det kan foretas en evaluering fortløpende eller i etterkant. Tiltaket forutsetter enighet mellom partene.

Loven inneholder ingen bestemmelser om prøveperiodens lengde, bare at det er for "ei nærare fastsett tid". Det er retten som gir partene anledning til å prøve ut en midlertidig avtale. Prøveperiodens varighet fastsettes således i samarbeid mellom partene, eventuelle sakkyndige og retten. Perioden bør være lang nok til å kunne gi barnet en viss forutsigbarhet. Prøveperiodens varighet bør også tilpasses barnets behov f. eks. i forhold til skole- og fritidsaktiviteter, ferier mv.

I noen samværsaker kan en suksessiv og situasjonstilpasset opptrapping av samvær være det beste for barnet. Ved tvister om både barnets faste bosted og samvær vil også det å kunne prøve ut fleksible og midlertidige løsninger f. eks. med avtalt delt bosted eller et samværsvolum tilpasset foreldrenes muligheter og barnets situasjon, kunne være praktisk.

Om saken skal stanses formelt etter avtale eller bare stilles i bero, vil bl.a. avhenge av prøveperiodens varighet. Varer prøveperioden mer enn 6 måneder, vil avtalt stansing etter tvistemålsloven § 105 i utgangspunktet kunne være aktuelt. Etter tvistemålsloven § 109 første ledd første punktum, kan det ikke finne sted prosesshandlinger mens saken er stanset, med unntak for prosesshandlinger som utspringer av selve stansingen. Det er viktig at partene orienteres om dette, og at prøveperiodens varighet styres av hva som er best for barnet og ikke tingrettenes saksavviklingsstatistikk.

Retten kan oppnevne en sakkyndig eller annen egnet person til å gi partene råd i perioden, jf. § 61 første ledd nr. 7 siste punktum. Det kan være hensiktsmessig å benytte den psykolog retten eventuelt har benyttet i forkant eller under saksforberedende møte. Annen egnet person kan f. eks. være en mekler, eller annen med barnefaglig kompe-

tanse eller erfaring. Det kan gjerne være hensiktsmessig å benytte en person begge parter sier de har tillit til og som retten finner at er egnet. Oppgaven til veilederen blir først å fremst å gi råd som er egnet til å redusere konflikten og flytte fokus over på barnets interesser, og å komme med forslag til løsning på små og store vanskeligheter underveis i prøveperioden.

2.3.11 Dom uten hovedforhandling, jf. bl. § 61 første ledd nr. 8

Dersom partene samtykker og retten finner det forsvarlig, kan det avsies dom uten hovedforhandling. Saker som omfattes av § 61 er delvis dispositive, slik at retten har et selvstendig ansvar for sakens opplysning. Forutsetningen er at saken er forsvarlig opplyst mht. lovkriteriet barnets beste.

Bestemmelsens mest aktuelle anvendelsesområde vil trolig være enkle samværstvister hvor partene ønsker tvangskraften av en dom, og hvor f. eks. en sakkyndig har gitt råd i det saksforberedende møte som partene finner at retten kan legge til grunn, men hvor man ikke oppnår å få til et rettsforlik.

2.3.12 Rettsmidler vedrørende avgjørelser etter § 61 første ledd, jf. bl. § 62

Hensynet til framdrift i sakene og til å gi retten handlefrihet mht. valg av tiltak etter § 61 har medført at avgjørelser etter § 61 som hovedregel ikke er gjenstand for kjæremål. Slike avgjørelser vil nødvendigvis måtte være individuelle, konkrete og skjønnsmessige, samt bygge på faktiske forhold som det kan være vanskelig å få formidlet til kjæremålsinstansen.

Feil knyttet til anvendelsen av og gjennomføringen av tiltakene i § 61 første ledd kan likevel etter omstendighetene være ankegrunn.

Kjæremålsbegrensningene gjelder bare de nye virkemidlene retten har fått i § 61 første ledd. Det er ikke gjort endringer i hva som kan være kjæremålgjenstand etter gjeldende rett. Avgjørelser om oppnevning av "tradisjonell" sakkyndig etter § 61 første ledd nr. 3 og om innhenting av uttalelser fra barnevern eller sosialtjenesten i § 61 første ledd nr. 6, kan som tidligere påkjæres i tråd med den rettspraksis som har utviklet seg på feltet.

2.4 Habilitet ved overgang fra rolle etter § 61 nr. 1 eller 7 til rolle etter § 61 nr. 3.

Etter tvistemålsloven § 238 plikter enhver som retten oppnevner til å gjøre tjeneste som sakkyndig å påta seg vervet. Loven forutsetter imidlertid at den det er aktuelt å oppnevne skal spørres på forhånd. Dersom vedkommende ikke ønsker å påta seg oppdraget, skal retten, der det er mulig, finne en annen sakkyndig. Departementet antar at det i praksis ikke vil være hensiktsmessig å oppnevne en sakkyndig som er motvillig. Habilitetsreglene i tvistemålsloven § 242, jf. domstolloven §§ 106 og 108, setter også grenser for rettens adgang til å oppnevne sakkyndige. Av særlig praktisk betydning kan være kriteriet "andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet", jf. domstolloven § 108. Personer som er i en situasjon som går inn under dl. § 108, bør etter loven ikke oppnevnes som sakkyndig hvis det kan unngås.

I praksis antar departementet at retten normalt vil tillegge partenes samtykke/tillit stor betydning mht. om en sakkyndig som har meklet etter § 61 første ledd nr. 1 og/eller 7 senere skal foreta en tradisjonell utredning etter nr. 3. Videre antas at den sakkyndige selv vil legge vekt på de samme forholdene når vedkommende vurderer om han/hun er villig til å påta seg oppdraget.

2.5 Dommerens habilitet

I saker etter barneloven kap. 7 er det de generelle reglene i domstolloven kap. 6 som skal anvendes når spørsmålet om ugildhet for dommere vurderes. Den skjønnsmessige regelen i domstolloven § 108 vil kunne være interessant når det skal vurderes om en dommer som har meklet mv. etter de nye saksbehandlingsreglene kan fortsette å behandle saken dersom denne går til hovedforhandling. Bestemmelsen lyder:

" Dommer eller lagrettemedlem kan heller ikke nogen være, når andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikke til å svekke tilliten til hans uhildethet. Navnlig gjelder dette, når en part av den grunn krever, at han skal vike sete."

Etter rettspraksis og juridisk teori skal det en del til for at dommeren inhabiliseres gjennom handlinger knyttet til meklingsarbeid mv. En noe mer aktiv og målrettet rolle for dommeren i forhold til framdrift og

avtaleløsninger skaper imidlertid økt behov for å være seg bevisst nøytralitet og balansert tilnærming. Dommeren bør ha et reflektert forhold til både faktisk og partsopplevd habilitet og nøytralitet.

2.6 Kostnader, jf. bl. § 61 andre ledd

Hovedregelen om at partene bærer omkostningene med tradisjonell bruk av sakkyndige er uendret. For så vidt gjelder tiltakene i § 61 første ledd nr. 1, 2, 4, 5 og 7, dekker det offentlige utgiftene jf. § 61 andre ledd første punktum. Regler om godtgjørelse til sakkyndige og advokat som representant for barnet følger av samme ledds andre og tredje punktum. Barne- og familiedepartementet har også fastsatt en forskrift om godtgjørelse til andre jf. forskrift 10. mars 2004 om godtgjøring til andre som gjer teneste etter barnelova § 61 første ledd.

Det er viktig at dommeren forvisser seg om at partene har fått redegjort for de utgiftsmessige sider ved § 61. Økonomiske hensyn skal imidlertid ikke være styrende dersom det er behov for å oppnevne tradisjonell sakkyndig etter § 61 første ledd nr. 3.

3 De sakkyndiges roller

3.1 Formålet med bruk av sakkyndige

Som følge av ny § 61, får også de sakkyndige flere roller enn tidligere, og dermed flere muligheter i utøvelsen av sitt arbeid. Den sakkyndiges hovedoppgave vil alltid være å bistå dommeren med særskilt faglig kompetanse slik at en kan finne gode løsninger til beste for det enkelte barnet. Dette innebærer også å bidra til å holde et så lavt konfliktnivå mellom partene som mulig, med fokus på barnets beste.

Noen foreldres konflikt må først og fremst ses på bakgrunn av samlivsbruddet mellom to voksne som er reelt uenige om foreldreansvar, fast bosted eller samvær. Den sakkyndiges faglige kompetanse, jf. § 61 første ledd nr.1, vil i slike saker først og fremst trenge til belysning av saken gjennom spørsmål som styrer partene i retning av en mer forsonlig holdning. Den sakkyndige skal også bidra til realitetsorientering av partene og kartlegging av løsningsalternativer bl.a. gjennom generell barne- og psykologfaglig informasjon. I tillegg til dette, eller som selvstendig oppdrag, kan den sakkyndige også ha en eller flere samtaler med barnet. Målet er at konflikten bør løses eller dempes, og at partene enes om bærekraftige løsninger som eventuelt kan utprøves under faglig veiledning jf. § 61 første ledd nr. 7. Noen ganger vil det også være aktuelt at den sakkyndige forut for et eller flere saksforberedende møter har samtaler eller utfører observasjoner som kan bidra til å belyse saken jf. § 61 første ledd nr. 1 tredje punktum.

Når imidlertid minst en av partene ønsker en domsavgjørelse, når konflikten har sin bakgrunn i forhold som barn bør beskyttes mot eller når en av partene ikke viser innsikt i barnets behov og sitt eget bidrag til konflikten, vil det ofte være aktuelt at den sakkyndige foretar en faglig utredning av den aktuelle problematikken for domstolen, jf. § 61 første ledd nr. 3. Formålet med den sakkyndiges arbeid vil i så fall ikke primært være en løsning av konflikten mellom de voksne, men en vurdering av barnets eventuelle behov for beskyttelse fra uheldige forhold. Den sakkyndiges rolle i slike saker vil i alt vesentlig være å utføre tradisjonelt sakkyndighetsarbeid basert på et mandat gitt av retten, se bl.a. pkt. 2.3.4.

Noen ganger vil det være aktuelt å skifte mellom de ulike sakkyndighetsrollene. Det gjelder for eksempel når det ikke er mulig å komme fram til en meklings-/forhandlingsbasert løsning, eller når det under-

veis viser seg at saken må utredes nærmere. En slik situasjon vil stille store krav til den enkelte sakkyndiges fagetiske refleksjon, informasjon til partene, og løpende vurdering av egen rolle. Det kan også være aktuelt at ny sakkyndig oppnevnes dersom en eller begge parter i saken ønsker det. Den sakkyndige må i den forbindelse også selv være oppmerksom på en løpende vurdering av egen habilitet.

Det er viktig at fokus på enighet og framtidsorientering ikke gjør at hensynet til å beskytte barn kommer i bakgrunnen. Dette gjelder særlig saker hvor det er problemstillinger knyttet til vold, rus, eller overgrep, og saker der partene ikke er likestilte eller en eller begge atferd preges av personlighetsforstyrrelser eller annen psykopatologi. Det samme kan gjelde saker der minst en av partene er uforsonlig innstilt over lang tid. I noen av disse sakene vil den det gjelder kunne realitetsorienteres om de konsekvenser slike problemer vil ha for barn, og forlik inngås på bakgrunn av reell innsikt. De fleste av disse sakene vil imidlertid, av hensyn til barnets og omsorgsbasens behov for stabilitet og beskyttelse, være tjent med ordinær rettsbehandling og utredningsbasert sakkyndighetsarbeid. Dette bør den sakkyndige eventuelt rådgi retten om.

3.2 Den sakkyndiges arbeid

Enten den sakkyndige oppnevnes etter en meklings-/forhandlings- eller utredningsbasert modell, påhviler det vedkommende et selvstendig fagetisk ansvar for å gi informasjon til partene om sin rolle, taushets- og opplysningsplikt, mandatet og de konsekvenser arbeidet kan få. Den sakkyndige antas også å ha et selvstendig ansvar for ikke å medvirke til løsninger som framkommer som følge av urimelig press på en eller begge parter eller på barnet.

Den sakkyndiges arbeid for å innhente opplysninger etter § 61 første ledd nr. 1 tredje punktum kan dreie seg om gjennomgang av dokumenter, samtaler med partene, observasjoner av barnet i hente/bringesituasjonen eller sammen med partene, samtaler med barnet, funksjonskartlegging eller innhenting av informasjon fra andre, eventuelt deler av dette. Det vises også til framstillingen foran under punkt 2.3.5. Et oppdrag om å gjøre undersøkelser for å klarlegge forholdene i saken etter § 61 nr. 1 tredje punktum bør ikke bli for omfattende.

Med utgangspunkt i et begrenset forarbeid, vil den sakkyndige ofte ha et bedre grunnlag for å anbefale videre metodevalg og/eller bidra i for-

handlinger, enn når bare stevning, tilsvar, og eventuelt korte innledningsforedrag og partsforklaringene er grunnlaget.

Dersom den sakkyndige gjennom sitt arbeid erfarer at det kommer fram opplysninger som kan peke i retning av at beskyttelse av barnet i større grad bør være et tema, vil det være naturlig å ta dette opp med oppdragsgiver (dommeren). Dommeren vil da ha mulighet til å be den sakkyndige utarbeide en kortfattet skriftlig erklæring mht. til disse temaene, eventuelt utrede dette nærmere i form av en tradisjonell erklæring etter § 61 første ledd nr. 3.

For så vidt gjelder spørsmål knyttet til skriftlighet og muntlighet ved ny bruk av sakkyndige, vises det til punkt 2.3.4 ovenfor. Det er viktig å være oppmerksom på at skriftliggjøring i seg selv kan virke konfliktdrivende. Dersom den sakkyndige er oppnevnt etter § 61 første ledd nr. 4, bør det som oftest utarbeides et skriftlig referat jf. også punkt 6 nedenfor.

I praksis antas at det ofte vil være vanlig å avgrense den sakkyndiges arbeid i første omgang til å være til stede på første saksforberedende rettsmøte, høre partenes anførsler og vurdere om det er grunnlag for forhandlinger med utgangspunkt i en vurdering av hva som er best for barnet.

Når det gjelder sakkyndig arbeid etter utredningsbasert mandat jf. § 61 første ledd nr. 3., vises til kapitlene 7 og 9 i ”Veiledning for sakkyndige i saker etter barneloven og barnevernloven”, utgitt av Barne- og familiedepartementet (Q-0961).

3.3 Fagetiske utfordringer

De fleste sakene til fagetisk råd i Norsk Psykologforening omhandler barnefordelingssaker der det er foretatt utredningsbasert sakkyndighetsarbeid. Fagetisk råd tar ikke stilling til de faglige vurderingene i slike saker, men hvorvidt den sakkyndige psykologen har utført sitt arbeid i samsvar med Fagetiske retningslinjer for nordiske psykologer. Det kan blant annet vurderes om den sakkyndige:

- Har vist respekt for klientens¹ grunnleggende rettigheter, verdighet og integritet
- Har bestrebet seg på å utvikle og opprettholde høy faglig kompetanse for å utføre sitt arbeid

- Har ivaretatt sitt profesjonelle og vitenskapelige ansvar
- Har opptrådt ærlig, upartisk og respektfullt

Disse problemstillingene aktualiseres antagelig lettere når den sakkyndige har hatt i oppdrag å konkludere i forhold til sakens juridiske problemstillinger framfor å vurdere psykologfaglige spørsmål, og dette er gjort i skriftlig form.

Heller ikke sakkyndighet i forbindelse med forhandlingsbaserte metoder er uten fagetiske fallgruver. Primært dreier disse seg om to forhold:

- En eller begge parter føler seg utsatt for utidig press i retning av en bestemt løsning eller arbeidsmetode
- Den sakkyndiges overgang fra rollen som realitetsorienterende veileder til ordinært utredningsbasert arbeid.

Den sakkyndige har en særlig utfordring i ikke å opptre på en måte som legger urimelig press på en av partene eller på barnet. Hva som legges i "urimelig" vil være en skjønnsmessig vurdering i den enkelte saken. På generelt grunnlag kan en si at det er lagt urimelig press på en eller begge parter dersom forlik inngås mot den ene eller begge vilje. Det er viktig at spørsmålet om en av partene har følt seg presset til forliket tas opp med partene før forlik inngås.

Når det gjelder overgangen mellom roller, vil det av partene i en sak kunne oppleves som vanskelig å forstå at en velvillig fagperson som har veiledet, informert og vært opptatt av familiens samlede ressurser i prosessen, kan skifte rolle til å være utreder som er mer opptatt av forhold som kan være til skade for barnet. Det er en særskilt utfordring å informere partene om denne problemstillingen, slik at den sakkyndige fortsatt kan oppfattes som nøytral. Den sakkyndige har et selvstendig ansvar for dette.

Generelt må det forutsettes at de som mottar oppdrag som sakkyndige har kjennskap til aktuell faglig kunnskap, aktuelle lover, forskrifter og

1. Med klienten menes her enhver person, gruppe av personer eller organisasjon som psykologen har et profesjonelt forhold til. I visse situasjoner kan klientbegrepet utvides til å gjelde personer som er sekundært berørt, som for eksempel en primærklients familie, en klientgruppes organisatoriske omgivelser eller organisasjonens kunder, pasienter eller interessenter" (Ethiske prinsipper for nordiske psykologer, 1998)

fagetiske retningslinjer. Den som arbeider som sakkyndig må sørge for fortløpende fagetisk refleksjon i forhold til den enkelte saken, og ved behov søke veiledning.

4 Advokatens roller

Advokaten har et selvstendig ansvar for å vurdere om det er mulig for partene å komme fram til en avtaleløsning jf. barneloven § 49. Hensikten med bestemmelsen er at advokaten under arbeidet skal vurdere om det er mulighet for partene å nå fram til et forlik, og eventuelt ta initiativ i den retning. Advokaten bør framholde fordelene ved at saken løses ved enighet. Advokaten plikter også å gjøre klienten kjent med den hjelp som kan ytes av meklingsapparatet. Vedkommende bør søke å dempe de motsetninger som tvisten reiser mellom foreldrene. Advokatens plikter her må imidlertid ses i forhold til klientens ønsker, og advokaten kan ikke gå lenger enn å understreke for sin klient de fordele som en avtaleløsning innebærer. Hvis klienten motsetter seg en avtale, må advokaten rette seg etter dette. Enkelte saker egner seg normalt heller ikke for avtaleløsning, jf. bl.a. punkt 2.3.7 og punkt 3.1.

Det er viktig at § 49 ses i sammenheng med § 48 om at avgjørelsen og saksbehandlingen først og fremst skal rette seg etter det som er best for barnet. Bl. § 48 innebærer en lovfesting av at også saksbehandlingsregler skal praktiseres i tråd med barnets beste og gjelder for alle aktørene i barnefordelingssaker, herunder advokater. Advokaten kan med andre ord ikke ensidig fokusere på partens interesser, men må hele tiden ta tilbørlig hensyn til barnets beste. Samlet sett er §§ 48 og 49 egnet til å bevisstgjøre advokaten om hans/hennes særegne rolle i disse sakene. I tillegg gir bestemmelsene dommere og motparter ”verktøy”, i tilfeller hvor en advokat går unødig langt i å forfølge sin klients interesser. Det samme gjelder dersom advokaten ikke følger opp saken eller prioriterer denne slik at saken dermed trekker i langdrag. Inn under hensynet til barnets beste ligger også at behandlingen må skje så raskt som mulig. Rent praktisk er det derfor viktig at advokaten rydder tid til møter og berammelser og gir disse saker høy prioritet.

Det er retten som har kompetanse til å velge virkemidler etter § 61. Advokatens rolle blir å gi retten råd ved valg av tiltak og for øvrig bidra til prosessen i h.h.t §§ 49 og 48.

Advokatens rolle i barnefordelingssaker er spesiell, særlig på den måten at hensynet til barna bør ha avgjørende betydning for hvordan advokaten utfører sitt verv. God advokatskikk krever i disse sakene både faglig dyktighet og god yrkesetikk.

Forskning viser at vedvarende og sterke konflikter mellom foreldrene kan føre til store problemer for de barna striden gjelder. Det er derfor viktigere enn ellers at advokatene ikke bidrar til at konflikten eskalerer. Et forlik mellom foreldrene er i de fleste tilfeller å foretrekke framfor en hovedforhandling med dom.

4.1 Forholdet til den tradisjonelle advokatrollen

Arbeidet etter en meklings-/forhandlingsbasert modell avviker på mange måter fra den tradisjonelle arbeidsform ved domstolen. Forhandlingene skjer i nært samarbeid med de profesjonelle aktører i prosessen. Den enkeltes rollehåndtering har således stor betydning for om prosessen blir vellykket eller ikke. Det er derfor viktig at advokaten er seg bevisst sin rolle.

I den tradisjonelle prosess får konflikten mellom foreldrene i praksis ofte stor plass. Konflikten fokuserer på motsetningene gjennom beskrivelse av motpartens negative sider og egen klients positive sider. Dermed har advokaten ofte posisjonert seg i forhold til sin klient med tanke på en avgjørelse om å vinne eller tape. Gjennom advokatens argumentasjon føres motparten lett inn i en forsvarsposisjon, hvor også mulighet for krenkelsers kan oppstå. Advokatens argumentasjon kan gi næring til det uforsonlige og selv om konflikten objektivt sett løses, vil partenes motsetningsforhold kunne øke. I saker hvor partene fortsatt skal måtte samarbeide kan dette vise seg å være ytterst uheldig.

Ved tiltakene etter bl. § 61 gis konflikten mindre rom og advokaten gis færre åpninger for argumentasjon. Det er lite skriftlig saksforberedelse og rask innkalling til saksforberedende møte. I møtene bør advokatinnlegget være kort og ikke prosederende. Advokaten må i det saksforberedende møte være i stand til å fange opp de signaler som gis og fortløpende vurdere forslag til tiltak. Dette avviker fra advokatens noe mer stringente rolle i ordinære saksforberedende møter. Advokaten bør vise distanse, men samtidig ivareta forholdet til sin klient slik at klientens rasjonelle side representeres. Det er viktig at advokaten er åpen for å erkjenne annet perspektiv på konflikten enn klientens og formidle dette til egen klient. For at meklingen skal bli vellykket, må advokaten bidra aktivt med forslag til løsning og rådgi retten ved valg av tiltak. Advokaten må likevel ikke frata seg muligheten til å opprettholde sin klients opprinnelige standpunkt og senere prosedere på dette.

4.2 Advokatens saksbehandling i de ulike stadier

4.2.1 Førstegangskonsultasjon

Barnet har ikke partsstatus, men prosessen og avgjørelsen skal være til barnets beste. Dette må klienten orienteres om. Klienten bør også oppfordres til å søke samarbeidsløsninger. Mye av sakens ramme og forløp avgjøres i det første møte mellom klient og advokat.

I tillegg til barns generelle og spesielle behov til enhver tid, vil det være viktig å finne løsninger som er tilpasset barnets alder og de spesifikke utviklingsbehov som følger av dette.

Klienten må opplyses om mulighet for mekling, både rettslig og utenrettslig, og motiveres for en avtalebasert løsning. Dette får betydning for valg av strategi og bevis. Advokaten bør fokusere på positive egenskaper hos foreldrene og hva de kan tilby barna, samt forberede klienten på møte med sakkyndig og dommer dersom rettslig skritt blir nødvendig. Klienten må opplyses om forhandlingsbasert arbeidsmodell, herunder at strategien kan måtte endres underveis som et ledd i meklingsprosessen.

4.2.2 Forhandlingsmøte forut for rettslige skritt

Det kan være hensiktsmessig og er i tråd med det prinsipp som er fastslått i § 49 at det avholdes et forhandlingsmøte mellom partene og deres respektive advokater før det ev. iverksettes rettslig skritt. Det bør velges strategier for å dempe konfliktens intensitet og begrense dens varighet i tid av hensyn til barnet. Et forhandlingsmøte bør ha som formål å utrede om det finnes mulighet for forlik. Dersom tvisten er fastlåst, bør det så langt som mulig kartlegges hva partene er enige og uenige om.

4.2.3 Stevning og tilsvaer, valg av bevis

I krav til stevning og tilsvaer er det i § 58 gitt en viss reduksjon i forhold til hva som skal være med, men slik at de krav som oppstilles i tvml. i det vesentlige må være oppfylt. Det vises til punkt 2.2.2 foran. Godkjente skjemaer for stevning og tilsvaer kan også benyttes av advokater.

Ut i fra hensynet til konfliktreduksjon og saksframdrift, bør advokaten fortrinnsvis velge informative vitner fra skole, barnehage mv.

4.2.4 Saksforberedende møte

I saksforberedende møte skal retten forsøke mekling mellom partene. Formålet med slike møter er dessuten å gi retten best mulig grunnlag for å vurdere den videre saksbehandling.

Parten/advokaten bør få uttale seg om valg av ev. sakkyndig, mandat og habilitetsspørsmål. Før møtet bør advokaten ha tenkt gjennom forslag til ulike tiltak og foreslå dette for retten. Underveis i det saksforberedende møtet er det viktig at advokaten oppfatter de signaler som blir gitt. Ved aktivt å tilpasse forslag til tiltak i forhold til dette, bidrar advokaten til en vellykket meklings-/forhandlingsbasert løsning. Det er retten som har kompetanse til å beslutte tiltak etter § 61 første ledd. Rettens valg av nye virkemidler etter § 61 er ikke gjenstand for kjæremål. For så vidt gjelder oppnevning av tradisjonelle sakkyndige etter § 61 første ledd nr. 3, er gjeldende rett opprettholdt, se punkt 2.3.12. Advokatens rolle blir derfor langt på vei å rådggi retten ved valg av ulike tiltak og etablere tillit mellom foreldrene.

Advokaten bør aktivt bidra med utforming til forlik og søke å finne praktiske og fleksible løsninger for partene. Advokaten bør framheve at et rettsforlik ofte kan utformes mer detaljert enn en domskonklusjon. Dersom partene ved sin innsats har fått skreddersydd en avtale på bakgrunn av sitt og barnas behov, kan det oppnås gjensidig respekt. Dette vil igjen sikre at avtalen i større grad etterleves, som forutsatt.

Advokaten vil her i stor grad ha en rolle som realitetsorienterer for egen klient til barnets beste. En av utfordringene for advokaten vil være å finne balansen mellom realitetsorientering av egen klient, med tanke på forlik og å beskytte klienten mot unødige press for å oppnå forlik.

Mekling og forhandlinger skal ikke ha som resultat at de parter som ønsker dom skal "tvinges" til et forlik eller at det velges en mellomløsning som ikke er best for barnet. Det vises til pkt. 2.3.1 siste avsnitt.

4.2.5 Prøveperiode

Advokaten må i denne periode forholde seg lojalt og bidra positivt til det som er avtalt i prøveperioden. Dersom noe uforutsett skjer eller saken utvikler seg i feil retning, bør advokaten ta dette opp med retten.

4.2.6 Hovedforhandling

At det har foregått mekling/forhandling forut for hovedforhandling, er ikke i seg selv til hinder for at samme dommer og sakkyndig benyttes. Dersom den forhandlingsbaserte løsningsmodell ikke har lyktes, har imidlertid parten anledning til å anmode om bytte av sakkyndig eller dommer. Det vises til framstillingen foran under punkt 2.4. Ved begjæring om oppnevning av ny sakkyndig, bør advokaten også ta i betraktning de prosessøkonomiske hensyn. For så vidt gjelder kjæremålsadgang, vises det til punkt 2.3.12.

4.2.7 Fagetiske problemstillinger

Til forskjell fra ordinær saksbehandling, er advokatens rolle mer realitetsorienterende og mindre preget av både skriftlig og muntlig argumentasjon i forhold til sin parts påstander.

Advokaten bør være åpen for å skape nyanser i sin klients standpunkt underveis i prosessen. Det er viktig å beholde distanse til egen klient, samtidig som dennes interesser ivaretas. Advokaten skal kunne realitetsorientere sin klient underveis og må hele tiden beholde oversikten over prosessen, herunder ta med i vurderingen at dersom forlik ikke oppnås må advokaten ev. kunne prosedere på sin klients opprinnelige standpunkt. Dette stiller store krav til advokatens utøvelse av advokatrollen.

Dersom advokaten har vært svært aktiv i å "overtale" sin klient i retning av en løsning og meklingen mislykkes, bør advokaten før hovedforhandling vurdere om klienten kan være tjent med advokatskifte. I hovedforhandling etter forutgående mekling må advokaten være varsom med å bruke informasjon fra meklingen mot den annen part. Her vil de etiske regler for advokater være retningsgivende.

Det kan oppstå en situasjon der advokaten ser at det er mulig å vinne fram i forhold til klientens ønske, men hvor advokaten samtidig ser at det er en annen minnelig løsning som i større grad vil være det beste for barnet. Det må da være advokatetisk forsvarlig å forsøke å vinne klienten for den løsning som er til barnets beste.

5 TAUSHETSPLIKT, VITNEFORBUD OG MELDEPLIKT

5.1 Taushetsplikt

5.1.1 Bl. § 50

I barneloven § 50 er det gitt en egen bestemmelse om taushetsplikt for de som kan gjøre tjeneste etter § 61 i barneloven mv. En samlet bestemmelse om taushetsplikt for disse persongruppene gjør regelverket på området mer oversiktlig og tilgjengelig uten å innebære realitetsendringer i forhold til gjeldende bestemmelser i ekteskapsloven, familievernkontorloven, helsepersonelloven mv. Barneloven § 50 regulerer også taushetsplikten for personer som ellers ikke ville vært omfattet av noen lovbestemt taushetsplikt og innebærer en særskilt regulering av taushetsplikten i den nye rollen som barnets representant.

5.1.2 Utenrettslig mekling og mekling pålagt av retten jf. bl. §§ 51 og 61 første ledd nr. 2

Taushetsplikten til den som mekler etter barneloven § 51 forut for en eventuell retts sak om barnefordelingsspørsmålene og den som mekler etter alternativet i barneloven § 61 første ledd nr. 2 som en del av rettsbehandlingen (retten sender partene til mekling hos godkjent mekler eller annen person med innsikt i sakens tvistepunkter) er regulert i barneloven § 50 første ledd. Det går fram av sistnevnte bestemmelse at også den som mekler etter barneloven § 61 første ledd nr. 2 har taushetsplikt om det som kommer fram om personlige forhold i forbindelse med oppdraget, med mindre de som har krav på taushet samtykker. Samtykke sett i forhold til barn er særskilt regulert gjennom en henvisning til familievernkontorloven § 6.

5.1.3 Sakkyndige eller andre som bistår dommeren, jf. bl. § 61 første ledd nr. 1, 3, 4 og 7

Taushetsplikten til den som bistår dommeren etter barneloven § 61 første ledd nr. 1, 3, 4 og 7 er regulert i barneloven § 50 andre ledd. Den som gjør tjeneste har i utgangspunktet taushetsplikt om det som kommer fram om personlige forhold i forbindelse med oppdraget. I motsetning til det som er tilfellet for bistand etter § 61 første ledd nr. 2, er det imidlertid gjort unntak fra taushetsplikten ved at den sakkyndige kan gi oppdragsgiver (retten) de opplysningene han har fått i forbindelse med oppdraget. Dette må partene gjøres kjent med i forbindelse med at den sakkyndige bistår dem.

5.1.4 Advokat eller annen representant for barnet, jf. bl. § 61 første ledd nr. 5

Taushetsplikten til den som er oppnevnt av retten etter barneloven § 61 første ledd nr. 5 til å ivareta barnets interesser under saken er særskilt regulert i barneloven § 50 tredje ledd. Advokaten/representanten har taushetsplikt om det som kommer fram om personlige forhold i forbindelse med oppdraget. Dersom vedkommende mener at opplysningene bør bringes videre, må han få rettens samtykke til å oppheve taushetsplikten. Det er retten, som ut fra egne vurderinger av saken, avgjør om advokaten/representanten skal fritas for taushetsplikten. Et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter må få uttale seg om hvorvidt taushetsplikten skal oppheves jf. barneloven § 31.

5.2 Regler om vitneforbud

Regler om begrensninger i rettens adgang til å ta imot vitneprov finnes bl.a. i tvistemålsloven § 204 nr. 2 (gjelder lovbestemt forvaltningsmessig taushetsplikt) og § 205 (gjelder yrkesmessig taushetsplikt).

Etter tvistemålsloven § 204 nr. 2 må retten ikke ta imot forklaring som vitnet ikke kan gi uten å krenke gjeldende lovbestemt forvaltningsmessig taushetsplikt vedkommende har som følge av arbeid eller tjeneste for stat eller kommune eller familievernkontor. Det departement vedkommende fagområde ligger under, kan imidlertid samtykke til at forklaring likevel gis. Denne myndigheten er på flere områder delegert til fylkesmennene. Retten kan overprøve departementets/fylkesmannens standpunkt.

Det vesentligste av forvaltningslovens taushetspliktbestemmelser er gjennom domstolloven § 63 a gitt anvendelse for domstolenes virksomhet. Dommere og andre som utfører tjeneste eller arbeid for dommerkontor (omfatter også sakkyndige) plikter etter denne bestemmelsen å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det de i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om noens personlige forhold. Taushetsplikten etter denne bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at opplysningene gjøres kjent for sakens parter eller deres representanter, eller at opplysningene brukes for å oppnå det formål de er gitt eller innhentet for, blant annet i forbindelse med saksforberedelse, avgjørelse, gjennomføring av avgjørelsen, eller oppfølging og kontroll, jf. forvaltningsloven § 13 b nr. 1 og 2. Bestemmelsen er med andre ord ikke til hinder for at opplysningene gjøres kjent for andre innenfor ram-

men av gjøremål etter rettergangslovgivningen, jf. Ot. prp. nr 55 (1997-98) pkt 7.2.

Av særlig interesse i denne sammenheng er taushetspliktreglenes forhold til regelen om vitneforbud i tvml. § 205. Tvistemålsloven § 205 er ingen bestemmelse om taushetsplikt, men om bevisforbud for opplysninger som går inn under vedkommendes yrkesmessige taushetsplikt. Regelen om bevisforbud gjelder bare for det som er betrodd de i bestemmelsen nevnte yrkesutøvere i deres stilling. Uten samtykke av den som har krav på hemmelighold, må retten ikke ta i mot forklaring av disse. For flere av de yrkesgrupper som § 205 gjelder for, er omfanget av taushetsplikten nærmere lovregulert i særlovgivning og nå også i en samlet bestemmelse i barneloven § 50. De lovbestemte rammer for taushetsplikten for de grupper som faller inn under § 205, vil også være avgjørende for om vitneforbudet i denne bestemmelsen kommer til anvendelse.

Etter barneloven § 50 første ledd har den som mekler utenrettslig etter § 51 eller etter § 61 første ledd nr. 2 taushetsplikt om det som kommer fram om personlige forhold i forbindelse med oppdraget. Der retten etter § 61 første ledd nr. 2 har sendt saken tilbake til godkjent mekler, må eventuelt vitneforklaring fra vedkommende kunne nektes da han/hun må anses som ”meklingsmenn i ekteskapsaker” etter tvml. 205. Når det gjelder mekling ved annen person med innsikt i de tvistepunktene saken gjelder, antar departementet at retten ofte vil velge en av de yrkesgruppene som er omhandlet i tvistemålsloven § 205 med den følge at bevisforbudet vil gjelde. For øvrig vises det til siste avsnitt under pkt. 5.2 og tvml. § 206 a.

Sakkyndige og andre som er oppnevnt av retten og gjør tjeneste etter § 61 første ledd nr. 1, 3, 4 og 7 har ikke taushetsplikt overfor oppdragsgiver om de opplysningene vedkommende har fått i forbindelse med oppdraget. Tvistemålsloven § 205 får ikke anvendelse for rettsoppnevnte sakkyndige. Dette i motsetning til opplysninger framkommet under en eventuelt tidligere klientrelasjon, såfremt den sakkyndige har en av de profesjoner som er nevnt i § 205.

Departementet antar at bestemmelsen om bevisforbud i tvistemålsloven § 205 heller ikke vil gjelde dersom oppdraget til den oppnevnte sakkyndige er avsluttet, for eksempel fordi det er oppnevnt ny sakkyndig til å foreta tradisjonell utredning etter § 61 første ledd nr. 3 etter at

bruk av sakkyndig etter nr. 1 ikke har ført til noen avtale. Den tidligere oppnevnte sakkyndige antas da å kunne forklare seg som vitne eller sakkyndig vitne under hovedforhandling uten hinder av bestemmelsen i § 205 for så vidt gjelder opplysninger vedkommende fikk kjennskap til i forbindelse med oppdraget. Til sammenligning vises det også til dagens situasjon hvor den som har vært oppnevnt som sakkyndig for 1. instans kan innstevnes som sakkyndig vitne for 2. instans og forklare seg.

Forbudet mot vitneforklaring for advokater gjelder det som er ”betrodd dem i deres stilling”, og departementet antar som et klart utgangspunkt at dette også må gjelde der advokaten har rollen som representant for barnet etter § 61 første ledd nr. 5. Når advokaten er barnets representant, har retten adgang til å oppheve taushetsplikten etter krav fra representanten jf. § 50 tredje ledd.

Hvis den som oppnevnes som barnets representant ikke er advokat, antar departementet at vedkommende kan måtte forklare seg for retten dersom han/hun ikke omfattes av noen av de andre stillingskategoriene i § 205.

Andre yrkesgrupper enn nevnt i § 205 må eventuelt bedømmes etter § 206 a. Det er forutsatt i forarbeidene til bestemmelsen at retten vanligvis vil fritta for vitneplikt dersom betroelsen etter sin art i det vesentlige tilsvarende de typer betroelser som omfattes av § 205.

5.3 Meldeplikt til barneverntjenesten mv.

De som gjør tjeneste etter barneloven § 61 første ledd nr. 1 til 4 og nr. 7 har plikt til å gi opplysninger til barneverntjenesten når det er grunn til å tro at et barn blir mishandlet i hjemmet eller det forligger andre former for alvorlig omsorgssvikt jf. lov om barneverntjenester § 4-10, § 4-11, § 4-12, eller når et barn har vist vedvarende alvorlige atferdsvansker jf. samme lov § 4-24. Dette gjelder uten hinder av taushetsplikt. Det vises til at familievernkontorloven § 10 er gitt tilsvarende anvendelse jf. bl. §§ 50 første ledd siste punktum og 50 andre ledd siste punktum.

Det nevnes også at straffeloven § 139 pålegger en plikt til å ”anmelde til vedkommende myndighet eller på annen måte søke avverget” visse nærmere angitte alvorlige forbrytelser.

6 Høring av barn

6.1 Bl. § 31 – innledende hovedpunkter

Barneloven § 31 om barnets rett til å være med på avgjørelser regulerer barnets rett til å uttale seg, og hvordan barnets uttalelser skal vektlegges. Ved lovendringen er aldersgrensen for når barnet skal få anledning til å uttale seg, bl.a. i saker om hvem av foreldrene barnet skal bo hos, senket fra 12 til 7 år. Dette utelukker ikke at også yngre barn kan høres. Ordlyden i barneloven § 31 er videre gitt en tilføyelse mer i tråd med barnekonvensjonens ordlyd, slik at det nå går fram av lovteksten at barnets mening skal tillegges behørig vekt i samsvar med barnets alder og modenhet. Dette innebærer ikke noen realitetsendring i forhold til rettstilstanden tidligere. Formålet med bestemmelsen er å synliggjøre og konkretisere barnekonvensjonens generelle prinsipp i barneloven og på den måten bidra til en god gjennomføring av bestemmelsen i praksis, herunder gi den større gjennomslagskraft. Barnets mening vil som regel fortsatt være ett av flere momenter som skal tas med i en helhetlig vurdering, og det kan være andre forhold som må tillegges større vekt. Tidligere regel om at barnets mening skal tillegges stor vekt fra 12-års alder er opprettholdt i § 31 andre ledd andre punktum.

Senkingen av aldersgrensen til 7 år vil bl.a. få betydning i saker for domstolene hvor det er tvist om foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast eller samvær. I tillegg er bestemmelsen bl.a. relevant i saker hvor det er spørsmål om samvær skal gjennomføres ved tvangsbot.

En senking av aldersgrensen for retten til å bli hørt innebærer store utfordringer i forhold til å hindre et uønsket press i retning av at små barn ansvarliggjøres eller føler at de må ta stilling i foreldrenes konflikt. I denne sammenheng er det viktig å være klar over at barnet har en rett, men ingen plikt til å uttale seg. Det skal tilrettelegges for at barnet kan gi uttrykk for sine synspunkter dersom barnet selv ønsker det. Den som hører barnet bør bl.a. nøye vurdere hva barnet skal høres om, og være varsom med å forsterke barnets opplevelse av konflikt ytterligere.

I en del saker vil det være slik at foreldrenes opplysninger om barnets syn kan legges til grunn, forutsatt at de er enige om hva barnet mener og ikke andre forhold tilsier at barnet likevel bør høres.

En forutsetning for å kunne delta og uttrykke sine synspunkter er at barnet får tilstrekkelig og relevant informasjon. Den som hører barnet etter barneloven § 31 har ansvar for å gi barnet slik informasjon som anses tilrådelig og nødvendig for å gjennomføre en formålstjenlig samtale. Opplysningene må tilpasses barnets alder og forståelse.

Barnet kan høres ved at dommeren har en samtale med barnet på sitt kontor. Dommeren kan også la seg bistå av sakkyndig eller annen egnet person, eller la en sakkyndig ha samtaler med barnet alene jf. barneloven § 61 første ledd nr. 4. I mange saker, særlig i forhold til de yngste barna og i saker hvor det foreligger spesielle forhold, vil det være naturlig å oppnevne en sakkyndig med mandat (eller delmandat til) å klargjøre barnets eventuelle synspunkter. I en del tilfeller vil det være nødvendig å be om en mer helhetlig tradisjonell sakkyndig utredning for å få en reell forståelse av barnets syn og bakgrunnen for dette.

Hovedpunktene mht. barnets syn bør videreformidles, men det kan være nødvendig å utøve et visst skjønn.

6.2 Om barns forutsetninger for å uttale seg

6.2.1 Rett til å bli hørt, informasjon, tilrettelegging for å hindre ansvarliggjøring/press

Ofte vil foreldre i forbindelse med et samlivsbrudd ha tilnærmet samme oppfatning om hva slags informasjon barna deres skal få, og hva barna har gitt uttrykk for å ønske. Det vil ikke alltid være tilfelle når uenigheten mellom foreldrene er så stor at saken fremmes for domstolen. Særlig i saker som skal behandles etter reglene i § 61, vil det derfor være viktig at barna det gjelder gis anledning til å bli hørt ved at enten dommeren eller den sakkyndige har minst en samtale med dem før forlik inngås eller dom avsies.

Om barnet benytter seg av sin rett til å bli hørt, vil kunne avhenge av om forholdene er tilrettelagt for det, sakens beskaffenhet, hva slags informasjon barnet har fått og om det ønsker, kan eller vil formidle sitt syn.

Når barn uttaler seg, vil det ofte være vanskelig å vurdere om det barnet gir uttrykk for er egne eller andres synspunkter, og om det som sies er et relativt stabilt syn eller mer situasjonsbestemt.

Samtaler med barn der de gis anledning til å gi uttrykk for sin mening, forutsetter først og fremst at barnet får alderstilpasset informasjon om hva saken gjelder, hva denne informasjonen skal brukes til, hvem som får tilgang til den, hvordan den skal formidles, og at barnet står fritt til ikke å si noe.

Når den sakkyndige eller dommeren snakker med barnet, er det viktig at en sikrer at barnet har forstått informasjonen riktig. Det kan for eksempel gjøres ved å gjennomgå en tenkt situasjon sammen med barnet, og stille passende spørsmål.

Mange barn ønsker å få vite hva som skal skje og bli hørt, selv om de er ganske små. Samtidig er foreldre og andre voksne som regel opptatt av å skjerme barn, fordi informasjon og anledning til å si sin mening også innebærer en risiko for at barn utsettes for utidig press. Å bli hørt kan for noen barn bety at de opplever et direkte eller indirekte ansvar for foreldrenes eller domstolenes beslutninger. Dette må søkes motvirket.

Manglende erfaring, kunnskap og kognitive begrensninger kan gjøre det vanskelig for barn å vurdere konsekvensene av egne valg. De fleste barn over skolealder er imidlertid modne nok til å kunne forstå forskjellen mellom å få si sin mening og det å bestemme. Barn skal derfor ha informasjon om det som vedrører dem, og få anledning til å si hva de mener og hva de vil, men uten derved å ansvarliggjøres for de voksnes beslutninger. Det vil være viktig å presisere overfor barnet at det å gi uttrykk for egen mening ikke betyr det samme som å bestemme, og at det ikke er sikkert at det blir som barnet ønsker – på samme måte som i andre forhold. I slike sammenhenger kan en benytte seg av eksempler: barn kan ikke bestemme om de vil gå på skolen eller ikke, men det er viktig at de sier fra hvis de mistrives, slik at voksne kan hjelpe og det kan bli bedre.

Det skal heller ikke være slik at barnet må ha en mening om utfallet av selve saken for å uttale seg. Barnet kan også ellers ha viktig informasjon å komme med, for eksempel om hvordan hverdagen oppleves, hva slags forhold det har til foreldrene på godt og vondt, og hva som er viktig i dagliglivet.

6.2.2 Barns reaksjoner

Barn på samme alderstrinn vil ofte håndtere det å bli hørt av en dommer eller en sakkyndig svært forskjellig. Dette vil være avhengig av erfaringsbakgrunn, temperament, tilknytningsforhold, generell utviklingsstatus m.v.

Noen barn snakker gjerne fritt og ubundet om det de tenker og opplever. Andre kan si klart fra at de ikke vil si noe, og at foreldrene får bestemme. Grunnen til dette kan være at de ikke vil involveres ved å si noe, enten fordi de ikke mener noe spesielt om saken, eller fordi de ikke ønsker å si noe som kan såre en av foreldrene.

Noen barn gir klart og tydelig uttrykk for hva de mener, men forstørker fordelene hos den ene og ulempene hos den andre av foreldrene. Andre gjengir med mye intensitet synet til den ene av foreldrene som om det var egne synspunkter, eller beskytter den av foreldrene de synes mest synd på ved å formidle dennes syn. Atter andre stiller med bundet mandat, der viktige opplysninger og synspunkter holdes skjult, ofte ut fra engstelse om hva som kan skje hvis dette blir kjent.

Ofte vil tilleggsinformasjon fra både barnet, fra andre og fra samspill-observasjoner kunne gi verdifulle opplysninger som kan støtte opp under eller så tvil om det barnet sier er i samsvar med de faktiske forholdene.

6.2.3 Hva er barnets "egentlige mening"?

På generelt grunnlag kan en si at avgjørelser i saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær er mer robuste når de er i samsvar med det både barnets og foreldrene ønsker. Når det gjelder barns ønsker, brukes ofte begrepene "egne synspunkter" eller "egen mening". Dette kan lede en til å tro at barn på selvstendig, reflektert og uavhengig grunnlag kan danne seg en mening om det saken gjelder. Barns syn, eller barns mening vil imidlertid alltid dannes som funksjon av hvordan nære voksne fortolker og forklarer det som skjer, og på grunnlag av erfaringer i samspill med dem. Barnets mening påvirkes dermed som oftest mest av den eller de voksne som har tilbrakt mest tid sammen med barnet, og den som barnet har den næreste emosjonelle relasjonen til. Fordi barn i begrenset grad har kunnskaper og kognitiv kapasitet til å forstå, reflektere og generalisere, er deres mening mer påvirkbar og situasjonsavhengig enn hos voksne.

Først når barnet åpenbart gjengir den voksnes ønske på tvers av egen mening, kan en si at barnet ikke gir uttrykk for sitt syn. Dette kan skje når barn skal beskytte en av foreldrene eller føler seg truet og redd for at det skal skje noe med den voksne eller seg selv hvis det gir uttrykk for hva det egentlig mener. I slike tilfeller vil annen informasjon ofte peke i en annen retning enn barnets uttrykte mening.

Oppsummeringsvis kan en si at barnet ofte vil oppleve sitt eget syn på saken som ekte og selvstendig. Barnets syn vil imidlertid kunne være preget av omsorgserfaringer og fortolkninger formidlet av voksne, eller mer eller mindre bevisst påvirkning fra en av foreldrenes side. Så lenge det ikke er klare holdepunkter for at barnet bevisst gir uttrykk for noe annet enn det han eller hun faktisk mener, bør en forutsette at det barnet gir uttrykk for også er dets mening.

6.2.4 Barns generelle utvikling og kognitive kapasitet

Når det gis informasjon til barn og i samtale med barn, bør det tas hensyn til generelle forhold slik som barnets alder og antatte kognitive kapasitet. Med kognitiv kapasitet menes grunnleggende funksjoner knyttet til forståelse, problemløsning, fortolkning av hendelser, hukommelse, språk- og begrepsdannelse. Disse funksjonene er sentrale for barnets gradvis økende muligheter for å oppfatte egen og andres atferd og intensjoner, og handle i forhold til disse.

Det bør også tas hensyn til individuelle forhold slik som barnets temperament, robusthet, erfaringsbakgrunn og livssituasjon. Det er viktig å huske på at det kan være store variasjoner i fungering mellom barn på samme alder. Likeledes kan det være stor variasjon i fungering hos ett og samme barn, avhengig av den aktuelle situasjonen og livssituasjonen generelt.

Når konflikten mellom foreldrene har vart over lang tid, og med stor intensitet, vil barn kunne preges av dette. For en nærmere redegjørelse vises til artikkelen Barnet og foreldrenes rettssak av Terje Galting i NOU 1998: 17 Barnefordelingssaker.

Før dommeren eller den sakkyndige snakker med barnet, vil det derfor kunne være nyttig at det foreligger noe informasjon om barnets generelle sosiale, kognitive og emosjonelle fungering, eventuelle spesielle kognitive vansker, og utviklingshistorie. Alternativt kan samtalen begynne med en sekvens som har til formål å danne seg et bilde av dette.

Kunnskap om barnets kognitive utvikling og fungering vil ha betydning ved høring av barn fordi informasjon og spørsmål da kan tilrettelegges slik at barnet kan forstå riktig, og for at den voksne kan fortolke barnets svar best mulig i lys av øvrig informasjon.

Store individuelle forskjeller gjør det vanskelig å si noe konkret om hva en kan formidle til, og hvordan en skal forstå det barn sier. På generelt grunnlag kan en si at syvåringer vil være mer tilbøyelige til å relatere spørsmål til hendelser i nær fortid, tillegge egne handlinger større betydning, ha vanskeligere for å forstå andres motiver og intensjoner, samt tenke mer konkret enn tilsvarende hos en tolvåring.

Jo mindre barn er, desto mer kortsiktig og situasjonsbestemt vil deres mening være. De vil ha mindre oversikt over eventuelle konsekvenser av sitt syn, og de vil være mer avhengig av nære voksnes fortolkning av det som skjer. Mindre barn kan heller ikke begrunne sitt syn like godt som større barn. Likevel kan relativt små barn ofte ha en klar og konsistent formening om hva de vil og hva de mener.

Blant annet på grunn av disse mekanismene, vil mange av de mindre barna ha en tendens til å mene en ting når de er hos den ene av foreldrene, og noe annet når de er hos den andre av foreldrene. Når dette er et tema i saken, kan det være hensiktsmessig å snakke med barnet en gang hos hver av foreldrene eller sørge for at barnet følges til samtalen en gang av hver av dem.

En bør også være oppmerksom på at barns vegring mot for eksempel samvær ikke nødvendigvis betyr at de ikke vil være hos samværsforelderen, men at de ikke har kapasitet til lange fravær fra bostedsforelderen. Det vil ofte være vanskelig for mindre barn å sette ord på dette.

6.2.5 Effekten av barns påvirkelighet og lojalitetsbånd

Det meste av forskning som er gjort i forbindelse med høring av barn, påliteligheten av deres utsagn og deres påvirkbarhet, er gjort i tilknytning til deres evne til å gjengi hendelser korrekt. Oppsummeringsvis kan en si at yngre barn er mer påvirkelige enn eldre, og disse igjen er mer påvirkelige enn voksne. Dette antas å henge sammen med at barns hukommelse, språk- og begrepsapparat ikke er ferdig utviklet, og de har mindre kunnskapsbakgrunn som kontekst for fortolkning av det som hender. Derfor vil barn lettere godta andres forståelse og fortolkning. På den andre siden har en også sett at relativt små barn har

vært like pålitelige, presise og lite påvirkbare i sine gjengivelser som voksne.

Barn i en barnefordelingssak skal først og fremst få anledning til å si noe som er knyttet til hva de ønsker om framtidrettede forhold. Ønsker om framtiden vil imidlertid måtte sees i sammenheng med barnets utviklingsnivå og tidligere erfaringer. Det finnes lite spesifikk kunnskap om påliteligheten, påvirkbarheten og stabiliteten over tid når det gjelder barns meninger i saker om fast bosted og samvær. Noen barn vil uansett oppleve situasjonen som emosjonelt belastende, med vanskelige valg mellom de to voksne som presumptivt står barnet nærmest. Mye tyder på at barn med foreldre i de sterkeste konfliktene vil være mer tilbakeholdne enn andre med å snakke om sin situasjon og sine ønsker.

Barn vil dessuten ofte være lojale mot sine foreldre, og generelt ha en del motstand mot endringer. Lojalitet mot en av foreldrene kan ikke bare forstås som negativ, men vil også kunne være et uttrykk for en gjensidig og god emosjonell relasjon. Lojalitet vil først være uheldig hvis den bunner i ansvar for den voksnes velbefinnende, ved å innta rollen som en som handler på vegne av den voksne, eller i trusler. Metodisk er dette ofte vanskelig å finne ut av, slik at det igjen vil være viktig å supplere informasjon fra barnet med observasjoner og annen informasjon.

6.2.6 Nærmere om gjennomføringen av samtalen med barnet

Tidspunktet for samtalen med barnet må vurderes konkret. I mindre konfliktpregede saker der det er stor mulighet for at foreldrene blir enige i forbindelse med første saksforberedende møte, kan det for eksempel være naturlig å høre barnet i forkant av dette. I andre saker kan det være en fordel å snakke med barnet relativt sent i prosessen fordi en da vil ha andre opplysninger som referanseramme. Der foreldrene og barnet har prøvd ut en avtale i en periode, kan det også være naturlig å høre barnet i forbindelse med evalueringen av denne.

Som hovedregel vil dommeren eller den sakkyndige som skal snakke med barnet være tjent med å drøfte og planlegge samtalen med barnet med begge foreldre før den gjennomføres. Dette vil dels gi et inntrykk av foreldrenes ståsted og barnets utviklingsnivå, dels gjøre det mulig å tilrettelegge sted, form og innhold i samtalen. En vil også kunne få opplysninger om hva foreldrene har snakket med barnet om.

På generelt grunnlag kan en si at det for de fleste barn før tenårene er best dersom minst en av foreldre er med på samtaler med ukjente voksne. I saker der foreldrene er uenige om foreldreansvar, fast bosted eller samvær, kan dette stille seg noe annerledes fordi foreldrene ofte er svært uenige, og direkte eller indirekte vil kunne påvirke samtalen på en uheldig måte. Dersom en velger å ha foreldrene med på samtalen med barnet, for eksempel fordi barnet ønsker det, bør fortrinnsvis begge være til stede, eller en bør snakke to ganger med barnet, en gang med hver av foreldrene til stede. I en konfliktsituasjon mellom foreldre, vil mange barn i skolealder sette pris på å kunne snakke fritt, uten der og da å behøve å være redd for å si noe galt eller for å såre en av foreldrene. Belastningene for barnet ved å ha en samtale med dommer eller sakkyndige alene, må avveies mot belastningen det kan være å snakke med en eller begge foreldre til stede. Her, som i andre deler av saksgangen, er det barnets beste som må være styrende.

Samtalen med barnet kan for eksempel ta utgangspunkt i punktene nedenfor (tilpasses barnets alder):

1. Kontaktetablering

- Den voksne presenterer seg, og kan si noe om at en ofte møter barn i samme situasjon.
- Si gjerne noe hyggelig om barnet eller noe en vet at barnet er interessert i, server eventuelt noe å spise/drikke
- Si noe om hva en vet om saken ("jeg har snakket med mamma og pappa og vet at... vi vil gjerne finne ut hva som er best for deg, jeg skal hjelpe til")

2. Informasjon

- Hvorfor du vil snakke med barnet (fordi jeg synes det er viktig å vite/det vil hjelpe oss å vite hva du mener (rett til å uttale seg), og hvorfor)
- Barnet skal ikke bestemme
- Hvem får vite hva som blir sagt og hvordan
- Det er lov ikke å si eller mene noe

3. Selve samtalen

- Begynn gjerne med å høre om barnet kjenner andre i samme situasjon.
- Si at de kanskje har snakket om dette hjemme, eventuelt hvordan og om barnet vet hva de mener
- Bruk eventuelt tegning eller små dukker/lekedyr/klosser for å illustrere
- Gi barnet alternative løsningsforslag, gjerne ved å fortelle om hvordan andre i tilsvarende situasjon har ordnet seg.

- Prøv å finne ut begrunnelser og deres stabilitet
- Snakk med barnet om likheter og ulikheter i hverdagen hos foreldrene – eventuelt før og nå
- Hvis barnet ikke vil ha samvær eller kontakt, drøft alternativer og prøv å finne ut om dette handler om at det er vanskelig å dra fra den ene, eller om vanskelige forhold hos den andre
- Etc.

4. Avslutning

- Gi barnet et kort referat av hva du har oppfattet å være dets mening
- Snakk med barnet om at foreldrene får vite hovedinnholdet i barnets uttalelse, når og hvordan dette kan skje (noe som eventuelt kan gjøres med begge foreldrene og barnet til stede)

6.3 Videreformidling av barnets uttalelser

Foreldrene har rett til å bli gjort kjent med opplysninger som kan ha betydning for domstolens avgjørelse, og skal ha rett til å kommentere disse (kontradiksjon). Dette gjelder også opplysninger om barnets mening. Barnet må ved begynnelsen av samtalen orienteres om at foreldrene må gjøres kjent med hovedinnholdet i de synspunktene som kommer fram under samtalen. Dette kan få betydning for barnets ønske om å uttale seg. Selv om barnet ikke ønsker å ta stilling til for eksempel hvem av foreldrene han eller hun vil bo fast sammen med, kan andre opplysninger om barnets dagligliv, aktiviteter, venner osv. gi verdifull informasjon som kan få betydning for rettens avgjørelse.

Uavhengig av hvem som klarlegger barnets mening og metoden som benyttes, antar departementet at det i de fleste tilfeller vil være en god fremgangsmåte at et skriftlig referat av hovedpunktene i samtalen med barnet, der barnets eventuelle syn går fram, utarbeides og inngår i sakens dokumenter. Muntlig orientering kan i noen tilfeller være et alternativ. Den som foretar samtalen må vurdere hva som skal videreformidles og i tilfelle på hvilken måte. Bedømmelsen må være konkret, hvor bl.a. barnets eventuelle forbehold og bekymringer og hensynet til ikke å forsterke familiekonflikten unødig kan inngå i vurderingen. Uttrykksmåten bør avveies med tanke på mulige uheldige konsekvenser for barnet og foreldrene. Et ev. referat/rapport kan med fordel utarbeides sammen med barnet mot slutten av samtalen, og kan innarbeides i en eventuell sakkyndig erklæring, eller ligge som selvstendig dokument i saken. Videreformidling kan for eksempel skje i samtale

med foreldrene, der de kan anmodes om å opptre respektfull i forhold til det barnet har formidlet.

Det kan oppstå situasjoner der barnet gir opplysninger om alvorlige forhold barnet ikke ønsker skal videreformidles, eller sakens faktum og andre opplysninger fra barnet gir begrunnet bekymring for at barnet etter samtalen kan bli presset til å endre sin uttrykte mening eller bli utsatt for represalier. Dette reiser vanskelige juridiske og etiske dilemmaer. Dersom sakens karakter tilsier at en slik situasjon kan oppstå eller dersom den har oppstått gjennom samtalen med barnet, kan det være tilrådelig at dommeren og den sakkyndige drøfter hvordan situasjonen kan håndteres.

7 Vedlegg

7.1 Utdrag av barneloven

Utdrag (§ 31 og §§ 48-65) av lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barnelova) med endringer av 20. juni 2003, i kraft 1. april 2004.

§ 31 Rett for barnet til å vere med på avgjerd

Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar seg om, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.

Når barnet er fylt 7 år, skal det få seie si meining før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, mellom anna i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Når barnet er fylt 12 år skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.

Kapittel 7. Sakshandsaminga i saker om foreldreansvaret, om kvar barnet skal bu fast og om samvær

I. Innleiande føresegner

§ 48. Det beste for barnet

Avgjerdar om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast og om samvær, og handsaminga av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet.

§ 49. Advokatar

Advokatar som har saker etter kapitlet her, bør vurdere om det er mogeleg for partane å kome fram til ei avtaleløysing. Advokaten skal opplyse foreldra om høvet til mekling.

§ 50. Teieplikt

Den som meklar etter § 51 og § 61 første stykket nr. 2 har teieplikt om det som kjem fram om personlege forhold i samband med oppdraget. Lov 19. juni 1997 nr. 62 om familievernkontorer §§ 6, 7, 9 og 10 gjeld tilsvarande.

Den som gjer teneste etter § 61 første stykket nr. 1, 3, 4 eller 7 har teieplikt om det som kjem fram om personlege forhold i samband med oppdraget. Han kan utan hinder av teieplikta gje oppdragsgjevar dei opplysningar han har fått i samband med oppdraget. Lov 19. juni 1997 nr. 62 om familievernkontorer §§ 6, 7, 9 og 10 gjeld tilsvarende.

Den som gjer tjeneste etter § 61 første stykket nr. 5 har teieplikt om det som kjem fram om personlege forhold i samband med oppdraget. Retten kan oppheve teieplikta etter krav frå advokaten eller representanten.

II. Mekling og vedtak om tvangskraft for avtaler

§ 51. Kven skal møte til mekling

Foreldre med felles barn under 16 år må møte til mekling før det vert reist sak om foreldreansvar, kvar barnet skal bu fast eller om samvær.

Giftede foreldre med felles barn under 16 år må for å få separasjonsløyve eller skilsmiselløyve etter ekteskapslova §§ 20 og 22, ha møtt til mekling på familievernkontor eller hos annan godkjend meklar jf. ekteskapslova § 26.

Sambuarar med felles barn under 16 år har ved samlivsbrot rett til å møte til mekling dersom dei ønskjer det.

Departementet kan gje forskrifter om mekling, også om unntak frå møteplikta i særlege høve.

§ 52. Føremålet med og innhaldet i meklinga

Føremålet med meklinga er å få foreldra til å kome fram til ei skriftleg avtale om foreldreansvaret, om kvar barnet skal bu fast og om samvær. Partane bør gjerast kjende med dei viktigaste økonomiske konsekvensane som avtala fører med seg.

§ 53. Frammøte

Foreldra skal møte personleg og samstundes til mekling. Den som meklar kan likevel avgjere at dei skal møte kvar for seg dersom det er tenleg. Meklaren kan i særlege høve gje løyve til at ein eller begge parter møter saman med ein fullmektig.

§ 54. Meklingsattest

Det skal skrivast ut meklingsattest når partane er komne fram til ei avtale. Om partane ikkje har vorte samde etter tre timar hos meklaren, skal det likeins skrivast ut meklingsattest. Meklingsattest skal òg skrivast ut når den parten som ikkje har kravd meklings, ikkje møter etter tre innkallingar. Meklingsattesten er gyldig i seks månader.

§ 55. Vedtak om tvangskraft for avtaler

Når begge foreldra ber om det, kan fylkesmannen fastsetje at ei skriftleg avtale om foreldreansvar, bustad og samvær skal kunne tvangsfullførast etter reglane i § 65. Vilkår er at avtala først og fremst rettar seg etter det som er best for barnet. Trengst det, bør sakkun-nige, barneverntenesta eller sosialtenesta uttale seg før fylkesmannen avgjer spørsmålet.

Eit vilkår for å bringe ei sak inn for fylkesmannen etter første styk- ket er at foreldra kan leggje fram gyldig meklingsattest.

Saka må bringast inn for den fylkesmannen der barnet har heim- ting på den tida saka vert reist.

III. Sakshandsaminga for retten

§ 56. Vilkår for å reise sak

Er foreldra usamde om kven som skal ha foreldreansvaret, om kvar barnet skal bu fast eller om samværet, kan kvar av dei reise sak for retten. Andre enn foreldra kan reise sak når vilkåra etter §§ 45 eller 63 er oppfylde.

Eit vilkår for å reise sak etter første stykket er at foreldra kan leg- gje fram gyldig meklingsattest.

§ 57. Kvar sak skal reisast

Sak etter § 56 må reisast for den domstolen der barnet har heim- ting på den tida saka vert reist. Dersom saka gjeld søsken med ulikt heimting, kan felles sak for barna reisast der eitt av barna har heim- ting.

§ 58. Stemnemål og tilsvar

Stemnemålet skal innehalde namn og adresse til foreldra og barna, og skal vise om usemja gjeld foreldreansvaret, kvar barnet skal bu fast

eller samværet, og gje ei kort utgreiing om grunnlaget for usemja og saksøkjarens påstand. Meklingsattest skal leggjast ved. Stemmemålet kan setjast fram på godkjent skjema.

Retten skal forkynne stemmemålet for saksøkte. Tilsvaret skal gjere greie for kva for tvistepunkt det er usemje om, og gje ei kort utgreiing om korleis saksøkte ser på saka. I tillegg må tilsvaret innehalde den saksøktes påstand. Tilsvaret kan setjast fram på godkjent skjema.

Retten kan be om nærare utgreiing av saka frå partane dersom det trengst for å få saka godt nok opplyst.

§ 59. Sakshandsaminga

Dommaren skal påskunde saka så mykje som mogeleg.

Dommaren skal på kvart trinn i saka vurdere om det er mogeleg å oppnå forlik mellom partane, og leggje tilhøva til rette for det.

Domstolsloven og tvistemålsloven gjeld for retten si handsaming av saker etter kapittelet her, så langt ikkje anna følgjer av reglane her.

§ 60. Førebels avgjerd

Retten kan etter krav frå ein part ta førebels avgjerd om kven av foreldra som skal ha foreldreansvaret, om kven barnet skal bu hos fast, og om samværsrett. Slik avgjerd kan gjelde for ei viss tid eller til saka er endeleg avgjerd. Retten kan også ta førebels avgjerd før saka er reist, dersom særlege grunnar talar for det.

Retten kan samstundes forby den andre av foreldra å kome til den eigedommen eller det bustadhuset der barnet held til. Dersom det ikkje trengst avgjerd straks, skal retten så langt råd er gje den andre høve til å uttale seg.

Når avgjerd er teken før sak er reist, skal retten setje ein frist for å reise søksmål. Fristen kan forlengjast ved avgjerd av dommaren. Er det ikkje teke ut søksmål innan fristen, fell tekne avgjerder bort.

Avgjerdene vert tekne i orskurd. Det er ikkje nødvendig å halde munnleg forhandling på førehand.

§ 61. Avgjerder under saksførebuinga

Retten fastset tid for hovudforhandling straks eller etter at eitt eller fleire av tiltaka i nr. 1 til 7 nedanfor er gjennomført.

1. Retten skal som hovudregel innkalle partane til eitt eller fleire førebuaende møte for mellom anna å klarleggje tvistepunkta mellom dei, drøfte vidare handsaming av saka og eventuelt mekle mellom partane. Retten kan oppnemne ein sakkunnig til å vere med i dei saksførebuande møta. Retten kan jamvel be den sakkunnige ha samtalar med foreldra og barna og gjere undersøkingar for å klarleggje tilhøva i saka, med mindre foreldra set seg i mot dette. Retten fastset kva den sakkunnige skal gjere, etter at partane har fått høve til å uttale seg.
2. Retten kan vise partane til mekling hos godkjend meklar eller annan person med innsikt i dei tvistepunkta saka gjeld. §§ 52 og 53 gjeld tilsvarande. Dersom meklaren kjem fram til at partane ikkje kan nå fram til ein avtale gjennom vidare mekling, skal han straks melde frå til retten om dette.
3. Retten bør der det trengst oppnemne sakkunnig til å uttale seg om eitt eller fleire av dei spørsmåla saka reiser.
4. Dommaren kan gjennomføre samtalar med barnet, jf. § 31. Retten kan oppnemne ein sakkunnig eller annan eigna person til å hjelpe seg, eller la ein sakkunnig ha samtale med barnet aleine.
5. Retten kan i særlege høve oppnemne ein advokat eller annan representant til å ta vare på interessene til barnet i samband med søksmålet. Den som er oppnemnd, kan samtale med barnet og skal gje slik informasjon og støtte som er naturleg. Advokaten eller representanten skal få saksdokumenta. Han kan kome med framlegg om handsaminga av saka og skriftleg eller i rettsmøte gje råd om korleis sakshandsaminga best kan ta vare på interessene til barnet. Retten avgjer om og eventuelt kor lenge han skal vere til stades under rettsmøta i saka. Når advokaten eller representanten er til stades i rettsmøta, kan han stille spørsmål til partar og vitne.
6. Retten bør innhente fråsegner frå barnevernet og sosialtenesta der det trengst.
7. Retten kan gje partane høve til å prøve ut ei førebels avtale for ei nærare fastsett tid. Retten kan oppnemne ein sakkunnig eller annan eigna person til å rettleie foreldra i prøvetida.

8. Retten kan gje dom utan hovudforhandling så framt partane samtykkjer til det og retten ser det som forsvarleg.

Staten ber kostnadene til dei tiltaka som er nemnde i første stykket nr. 1, 2, 4, 5 og 7. Sakkunnig som vert oppnemnd etter første stykket skal godtgjerast etter lov 21. juli 1916 nr. 2 om vidners og sakkyndiges godtgjørelse m.v. Dersom det skal oppnemnast ein advokat for barnet etter første stykket nr. 5, har barnet rett på fri sakførsel utan behovsprøving, jf. rettshjelploven § 21 andre stykket. Departementet kan ved forskrift fastsetje reglar om godtgjering til andre som gjer teneste etter paragrafen her.

§ 62. Kjæremål

Retten val av tiltak etter § 61 første stykket kan ikkje påkjærast. Unntak gjeld for avgjerd om å nekte å oppnemne sakkunnig etter § 61 første stykket nr. 3 og avgjerd om å nekte å innhente fråsegner som nemnd i § 61 første stykket nr. 6.

§ 63. Handsamingsmåten for krav om foreldreansvar etter dødsfall

Når den som får foreldreansvaret etter § 38 første stykket, ikkje budde saman med barnet, eller den av foreldra som får foreldreansvaret etter § 38 andre stykket, ikkje hadde foreldreansvaret da den andre døydde, kan andre innan seks månader etter dødsfallet reise sak med krav om å få foreldreansvaret og om å få bu fast saman med barnet. Retten kan ta førebels avgjerd etter § 60.

Retten skal avgjere spørsmålet i orskurd, som kan ankast. Retten skal til vanleg kalle inn til munnleg forhandling før det vert teke avgjerd. Det skal leggjast vekt på om den attlevande av foreldra ønskjer foreldreansvaret. Ingen kan få foreldreansvaret utan å oppfylle vilkåra i tredje stykket.

Der ingen lenger har foreldreansvaret for eit barn, jf. § 38 tredje stykket, skal dei som ønskjer foreldreansvaret, vende seg til tingretten der barnet bur. Kjem det berre eitt krav om å få foreldreansvaret, skal retten gå med på kravet, utan når det er fare for at barnet ikkje vil få forsvarleg stell og fostring, eller det vil lide skade på annan måte. Avslag på eit krav om foreldreansvaret skal gjerast i orskurd, og kan ankast.

Før retten avgjer saka, skal dei næraste slektningane til barnet eller dei som barnet bur saman med, ha høve til å uttale seg. Retten kan sjå bort frå uttaleretten etter dette stykket når særlege grunnar gjer uttale uturvande. Barnet skal høyrast etter § 31.

Retten kan la ein person få foreldreansvaret aleine eller la sambuande mann og kvinne få det saman. Får nokon annan enn attlevande far eller mor foreldreansvaret, skal retten også avgjere om faren eller mora framleis skal ha del i foreldreansvaret. Har foreldra skriftleg gjeve uttrykk for kven dei ønskjer skal ha foreldreansvaret etter at dei er døde, bør det leggjast vekt på det.

Retten kan setje som vilkår for avgjerda at barnet i ei viss tid ikkje skal kunne flyttast frå heimen der det bur, dersom flyttinga kan vere uheldig for barnet, og det ikkje er rimeleg grunn til å flytte.

Dersom ingen har meldt seg eller retten gjev avslag på alle krav om foreldreansvaret, skal retten melde frå til barneverntenesta. Barneverntenesta skal plassere barnet etter reglane i lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester § 4-14 og § 4-15 første stykket. §§ 4-16, 4-17, 4-18 første stykket og 4-20 gjeld tilsvarande.

Avgjerd etter paragrafen her kan innstemnast på ny for retten av den attlevande av foreldra og endrast dersom særlege grunnar talar for det. § 64 tredje stykket gjeld tilsvarande.

§ 64. Endring av avtale eller avgjerd om foreldreansvaret o.l.

Foreldra kan gjere om avtale eller avgjerd om foreldreansvaret, om kven barnet skal bu hos fast og om samværsretten.

Vert foreldra ikkje samde, kan kvar av dei reise sak for retten, jf. § 56. Dom, rettsforlik og avtale med tvangskraft kan likevel berre endrast når særlege grunnar talar for det. Førebels avgjerd etter § 60 kan endrast på same vilkår av den domstolen som har hovudsaka.

Dersom det er openbert at det ikkje ligg føre slike særlege grunnar som nemnt i andre stykket, kan retten avgjere saka utan hovudforhandling.

IV. Tvangsfullføring

§ 65. Tvangsfullføring

Om tvangsfullføring av avgjerd om foreldreansvaret eller kven barnet skal bu saman med, gjeld tvangsfullbyrdesloven kap. 13. Namsmannen skal likevel krevje inn tvangsbot. Innkrevjing skal berre skje når den som har retten, ber om det. Vedtak av fylkesmannen eller departementet er særleg tvangsgrunnlag. Førebels avgjerd etter § 60 er tvangskraftig enda om avgjerda ikkje er rettskraftig.

Avgjerd om samværsrett kan tvangsfullførast ved tvangsbot etter tvangsfullbyrdesloven kap. 13. Tingretten kan fastsetje ei ståande tvangsbot som for ei viss tid skal gjelde for kvar gong samværsretten ikkje vert respektert. Vedtak av fylkesmannen eller departementet er særleg tvangsgrunnlag. Første stykket andre, tredje og femte punktum gjeld tilsvarande.

7.2 Aktuell barnefaglig litteratur

- Bauserman, R.(2002) Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review, *Journal of Family Psychology*, Vol 16, No1
- Backe-Hansen,E., Øvreide,H.(1999) Sakkyndig arbeid – fag og beslutninger om barn. Oslo, Ad Notam Gyldendal
- Bernet, W.(2002) Child custody Evaluations, *Cild Adolesc Psychiatric Clin N Am* ,11
- Cashmore, J. (2003) Children's participation in family law matters. I Hallett, Ch og Prout, A (2003) *Hearing the Voices of Children*.London, Routledge-Falmer
- Dettenborn,H., Walter,E.(2002)*Familienrechtspsychologie*. München, Ernst Reinhardt GmbH&Co KG Verlag
- Dillon, P.A., Emery, R.E.(1996) Divorce Mediation and Resolution of Child Custody disputes: Long Term Effects, *Am.J.of Orthopsych.* 66(1)
- Galtung,T.(1998) Barnet og foreldrenes rettssak. I NOU 1998:17
- Glaser,D. (2000) Child Abuse and Neglect and the Brain – A Review, *J.Child Psychol.Psychiat.* Vol 41,No 1
- Hafstad, R, Øvreiede, H (1998) *Foreldrefokusert arbeid med barn*. Høyskoleforlaget
- Hetherington, E.M., Stanley-Hagan, M. (1999) The Adjustment of Children with Divorced Parents: A Risk and Resiliency Perspective, *J.Child Psychol.Psychiat.* Vol 40, No1
- Kelly,J.B.(2000) Childrens Adjustment in Conflicted Marriage and Divorce: A decade Review of Research, *J.Am.Acad Child Adolesc Psychiatry*, 19(8)
- Koch, K. (2000) Når mor og barn møtes i retten. Oslo, NOVA, rapport 13/00
- Rønbeck, K (2004)
- Rønneberg, A.L, Poulsson,A.(2000) *Barn som vitner – særlig om dommeravhør og Observasjon*. Oslo, Universitetsforlaget
- Tjersland, O.A.(2004) *Utsatte barn i lojaliteskonflikter – Kunnskap hentet fra noen relevante undersøkelser og implikasjoner for å styrke beskyttelsen av barn*. Foredragsmanuskript til konferanse arrangert av barneombudet. Oslo, Uio, Psykologisk Institutt
- Øvreide, H.(2000) *Samtaler med barn – metodiske samtaler med barn i vanskelige livssituasjoner*. Oslo, Høyskoleforlaget
- Øvreide, H.(2002) *Fagetikk i psykologisk arbeid*. Høyskoleforlaget

7.3 Brosjyreoversikt

AKTUELLE BROSJYRER UTGITT AV BARNE- OG FAMILIE- DEPARTEMENTET

- Q-1069 Barns rett til å bli hørt ved samlivsbrudd (april 2004)
- Q-1070 Hva med min mening da? - når mor og far flytter fra hverandre (april 2004)
- Q-0580 Foreldreansvar og samværsrett
- Q-0795 Mekling for foreldre
- Q-0958 Farskap og foreldreansvar
- Q-1006 Hvem får ansvaret for barnet mitt hvis jeg dør?
- Q-1034 Reisekostnader ved samvær
- Q-0794 Separasjon og skilsmisse
- Q-0796 Det økonomiske forholdet mellom ektefeller

Brosjyrene er tilgjengelige på www.odin.dep.no/bfd/

Offentlige institusjoner bestiller enklest publikasjoner fra Departementenes publikasjonsregister www.publikasjoner.dep.no