

Dommerrollen i barnefordelingsaker

Av spesialist i klinisk psykologi Knut Rønbeck, Psykologisk institutt, Universitetet i Oslo, og tingrettsdommer Tore Hagen, Follo tingrett

Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingsaker trådte i kraft 1. april 2004. De nye reglene stiller dommeren overfor nye utfordringer. I denne artikkelen drøftes sentrale aspekter ved dommerens rolleutøvelse både fra et juridisk og psykologisk perspektiv.

KNUT RØNBECK er født i 1949, cand. psychol. ved Universitetet i Oslo i 1977. Spesialist i klinisk psykologi i 1985. Etter stillinger som psykolog i det offentlige etablerte han i 1990 privat praksis. Han er for tiden, ved siden av sin privatpraksis, doktorgradsstipendiat ved Psykologisk institutt ved Universitetet i Oslo. Han var prosjektleder for «Konflikt og forsoning» ved Indre Follo tingrett.

TORE HAGEN er født i 1949, cand. jur. ved Universitetet i Bergen i 1976. Fra 1991 har han vært tingrettsdommer ved Indre Follo tingrett, senere Follo tingrett. Han var med på å starte og utvikle prosjektet «Konflikt og forsoning». Ved siden av å være tingrettsdommer er han også universitetslektor II ved Universitetet for miljø- og biovitenskap.

1 INNLEDNING

I denne artikkelen skal vi drøfte de særskilte utfordringer dommeren står overfor som administrator i saker etter barneloven § 61 nr. 1 og nr. 7. De nevnte bestemmelsene gjelder forberedende møter og ordninger med utprøving av foreløpige avtaler i tvister om fast bosted for barnet, samvær og foreldreansvar.

Artikkelen har som utgangspunkt at dommerrollen i disse sakene særmerkes av to forhold: For det første skal «barnets beste» være overordnet norm ikke bare for resultatet, men også for gjennomføringen av prosessen (barneloven § 48). Som følge av det vil, for det andre, konflikthåndtering og søking etter minnelige løsninger være en sentral oppgave for dommeren, fordi vedvarende konflikter mellom foreldre om barnet potensielt er meget skadelig både for barnet og for det fremtidige foreldreskapet.

Dette har som konsekvens at det er en annen diskurs enn den tradisjonelle rettferdighets- og fordelingsdiskurs som vanligvis preger sivile søksmål, som må få forrang i barnefordelingssakene. I tvister som omhandler gjenstander av materiell art, er en fordelingsdiskurs rimelig og nyttig; det gjelder ofte å finne en avveining mellom ulike interesser som kan ha forskjellig grad av legitimitet, og hvor man derfor kan finne en eller annen delingsnøkkel. Den tradisjonelle dommerrollen er formet for å håndtere slike diskurser. Et barn kan strengt tatt ikke fordeles. Barnefordelingssakene handler likevel om fordelingen av foreldrenes tilgang til barnets tid og mulighet til involvering i deres liv. En annen måte å formulere dette på er at barnefordelingssakene dreier seg om nåtidig og fremtidig omsorgsorganisering. Mens en fordelingsdiskurs alltid vil innebære en eller annen form for konkurranse, vil en diskusjon om omsorgsorganisering innebære en invitasjon til et samarbeid om en delt eller felles problemstilling. Det er dette skifte fra en ensidig konfliktorientering til en felles problemløsning som er den sentrale endringen i de nye prosessreglene i barneloven, og som legger føringer for en annerledes dommerrolle.

Denne artikkelen kan være et refleksjonsgrunnlag og et hjelpemiddel for dommere som skal utforme sin rolle som administrator i barnelovsaker. Dette er en sakstype som berører mange, og som på grunn av sin tematikk er av stor samfunnsmessig betydning.¹⁾ Vi vil med utgangspunkt i idégrunnlaget for de nye reglene i barneloven drøfte juridiske, praktiske og etiske utfordringer dommere står overfor i disse sakene.

2 LOVGRUNNLAGET

Nye saksbehandlingsregler for saker om foreldreansvar, fast bosted for barn og samvær med barn, heretter betegnet som barnelovsaker, trådte i kraft 1. april 2004. Hovedregelen for saksbehandling i disse sakene er at de skal forsøkes løst i en forhandlingsrettet prosess. Denne prosessen kan finne sted både før sak reises for retten, og i retten. I retten skjer den i et samarbeid mellom partene, deres advokater, den sakkyndige og dommeren. Lovteksten sier videre at forhandlingsprosessen kan foregå over tid ved at dommeren kan beramme flere saksforberedende møter, og at partene kan prøve ut ulike løsninger mellom møtene. I denne prosessen kan den sakkyndige eller andre bidra med råd og veiledning. Målsetningen med de saksforberedende møtene er at partene deltar i en løsningsfokusert prosess hvor de gis hjelp av alle de profesjonelle aktørene til å lete etter omsorgsløsninger som tjener barnet og foreldresamarbeidet. Saks-

1) I perioden 1994–1996 ble det årlig anlagt mellom 1100 og 1200 saker etter barneloven (NOU 1998:17).

behandlingsreglene er i tråd med barnekonvensjonen, jf. konvensjonen § 3. De nye saksbehandlingsreglene er et ledd i realiseringen av bl.a. barnekonvensjonens krav om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn gjennom hele prosessen.

3 IDÉGRUNNLAGET

De nye behandlingsreglene er bl.a. et resultat av de erfaringer man har fra den tradisjonelle behandlingen av barnelovsakene. Den tradisjonelle behandling fungerer ofte som en konkurranse mellom foreldrene hvor det gjelder å fremheve egne positive egenskaper og disposisjoner og å påpeke motpartens dårlige. Det er en generell erfaring at en slik prosess ikke fremmer samarbeid, men snarere låser foreldrene fast i en eskalerende konflikt. Det er et omfattende empirisk materiale som entydig viser at slike konflikter mellom foreldre er potensielt svært skadelig for de angjeldende barns utvikling.

Videre er det slik at foreldrene skal fortsette å være foreldre for felles barn, uansett resultatet av rettsprosessen. Et slikt felles foreldreskap forutsetter noen grad av samarbeid og helst også gjensidig respekt. En behandlingsform med et klart konfliktfokus svekker foreldrenes mulighet for samarbeid og tømmer lett den siste resten av empati i deres relasjon til hverandre.

Det er også en erfaring at domsløsninger i barnefordelingssaker ofte ikke løser konflikten, og at disse sakene går videre i rettsapparatet som ankesaker, eller at de kommer igjen som nye saksanlegg. En grunn til dette kan være at den tradisjonelle rettsprosessen ikke åpner for nye samarbeidserfaringer, en annen at den komparative vurderingen av foreldreegenskaper som utgjør et sentralt premissgrunnlag for en dom, potensielt er ytterst krenkende. Den som i en slik prosess er veid og funnet for lett, vil ofte, drevet av den krenkelsen dette representerer, søke omkamp i rettssystemet. At foreldre i en slik posisjon av krenkethet og opplevelse av utestegning på umodent vis søker allianser med barnet og andre som står barnet nær, er ikke uvanlig og ikke egnet til å forundre. Likevel er det ytterst uheldig for barnet å bli trukket inn i en slik kamp.

De behandlingsreglene som barneloven § 61 nr. 1 og 7 anviser er langt på vei identiske med den fremgangsmåten man fra 1997 og frem til loven trådte i kraft i 2004, prøvde ut ved Indre Follo tingrett i prosjektet med betegnelsen «Konflikt og forsoning». Hovedidéen bak prosjektet er at en kombinasjon av rettens alvorstygde og den hjelp alle profesjonelle aktører – dommer, advokater og sakkyndig – kan tilføre foreldrene hvis prosessen blir vinklet bort fra et ensidig konflikt- og konkurransefokus og til barnets behov, felles foreldreskap og felles mestringserfaringer, vil fasilitere en løsningsprosess. Erfaringen var at ved å tilrettelegge for en slik forhandlings-

prosess var det mulig å få til bevegelser i foreldrenes posisjoner. Resultatet var forliksløsninger i ca. 80 % av sakene.²⁾

Fremgangsmåten i «Konflikt og forsoning» er at prosessen legges opp ved hjelp av påfølgende saksforberedende møter hvor alle aktører oppfordres til å lete etter løsninger med utgangspunkt i et barne- og foreldreskapsfokus. Målsetningen er å gi foreldrene, som i utgangspunktet vil befinne seg i en fastlåst situasjon i kamp mot hverandre om felles barn, tilbake troen på egne evner til å løse problemer. Gjennom en tilrettelagt prosess gis de muligheten til å prøve ut løsninger som kan åpne opp for nye mestrings-erfaringer som kan virke korrigerende på fastlåste holdninger.

4 DOMMERROLLEN

I NOU 1998:17 uttrykkes at «...dommeren skal søke å få flest mulig saker løst i minnelighet under saksforberedelsen. **Det er en hovedmålsetning at foreldrene skal ta ansvar og bli enige om en løsning, slik at man får et best mulig grunnlag for deres fremtidige samarbeid om barna**» (s. 68, spalte 2). Videre uttrykkes det: «Utvalget understreker at dommeren etter de nye bestemmelsene har *plikt* til å forsøke mekling før hovedforhandling settes i gang, med mindre det er klart ut fra sakens faktum at dette vil være nytteløst» (s. 99, spalte 1).

I Ot.prp nr. 29 (2002–2003) uttrykkes det «at (en) vellykket bruk av nye arbeidsmodeller forutsetter etter departementets oppfatning at dommeren målrettet styrer saken, valg av virkemidler og fremdrift» (s. 43, spalte 1).

I Veileder Q-15/2004 (Barne- og familiedepartementet) fremheves det at det «er dommeren som skal avgjøre hvilke tiltak som skal iverksettes under saksforberedelsen». Det uttrykkes videre at lovendringen «stiller klarere krav enn tidligere til målrettet styring av sakene i forhold til valg av virkemidler og framdrift» (s. 12). Videre at valg av virkemidler først og fremst skal rette seg etter hva som er best for barnet, hvilket spesifiseres som hensynet til å ivareta rettsikkerhet og fremdrift, samt å hjelpe foreldrene til å finne frem til en samarbeidsløsning. Det uttrykkes videre at dommeren har «ansvar for å påse at andre involverte aktører, f.eks. foreldre, advokater og barnets representant, og sakkyndige, forholder seg til de grunnleggende mål loven bygger på» (s. 13). Hvordan dette konkret skal gjøres, gis imidlertid ingen anvisning på.

2) K. Rønbeck, «Fra konflikt til forsoning – Barnefordeling i et rettsbasert forsøksprosjekt», *Tidsskrift for Norsk Psykologforening*, 2004 nr. 41. s. 275–281.

4.1 Flere veier til Rom?

De nye saksbehandlingsreglene i § 61 gir ikke konkrete anvisninger på hvorledes de profesjonelle aktørene skal utforme sine roller, herunder hvorledes dommeren organiserer og leder rettsprosessen. I Veileder Q-15/2004 heter det at «[d]en fleksibilitet som § 61 legger opp til gjør det mulig å tilpasse saksbehandlingen til den spesifikke situasjonen i den enkelte sak» (s. 12). **Det er reist kritikk mot hvorledes enkelte domstoler bruker de nye reglene, ved at de brukes på en lite gjennomtenkt og overflatisk måte, og at resultatet derfor kan bli løsninger som ikke er til barnets beste.**³⁾ Det er også påpekt at uten en noenlunde forutsigbar struktur er det vanskelig for advokater å forberede sine klienter på hva som skal skje under rettsmøtet, og sammen med klienten å definere det nødvendige forhandlingsrommet. Uten et slikt definert forhandlingsrom vil advokater lett kunne komme i konflikt med advokatetiske regler.⁴⁾

I denne artikkelen vil vi derfor argumentere for at det er dommerens oppgave å tydeliggjøre regien overfor advokatene i god tid før første møte. Den sakkyndige bør likeledes på forhånd gjøres klar over under hvilke rettslige forutsetninger han eller hun skal utforme sin rolle. Beklageligvis finnes en rekke eksempler på at dommere så å si abdiserer og trekker seg ut av forhandlingsprosessen etter innledningsforedrag og partsforklaringer. Derved svekkes etter vår mening den rettslige autoritet som det er grunn til å anta at de gode resultatene fra Indre Follo tingrett hviler på.⁵⁾ Det er viktig at dommeren er bevisst sin rolle som en sentral aktør i en konfliktløsningsprosess, og at dommeren har ansvaret for fremdriften i prosessen, inkludert når prosessen går inn i kritiske faser. Dette innebærer bl.a. at man søker å løse en så stor del av problemkomplekset som mulig. Det vil være uheldig å utsette behandlingen av spørsmål som er løsningsmodne. Det er også uheldig å overlate til den sakkyndige å løse tvisten eller deler av den mellom rettsmøtene. Dette innebærer selvfølgelig ikke at den sakkyndige ikke kan gjøre utredninger og ha løsningsorienterte samtaler med partene når dette er hensiktsmessig, men det må ikke innebære at prosessen delegeres den sakkyndige.

En annen fremgangsmåte som er egnet til å svekke de autoritative rammer som prosessen bør bygge på, er å avholde de saksforberedende møtene i en for uformell atmo-

3) R. Lassen og M. Y. Larsen, «Domstolsbehandling av barnefordelingssaker – er forlik det samme som forsoning. Et kritisk blikk på praksis etter de nye saksbehandlingsreglene i barnefordelingssaker», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2005 nr. 2 s. 77–86.

4) K. Rønbeck og R. Kverneland, «Advokatrollen i barnefordelingssaker», *Lov og Rett*, 2006 nr. 2 s. 170–180.

5) K. Rønbeck, «Foreldre i konflikt – Forhandlingsbasert sakkyndighetsarbeid etter barneloven», *Tidsskrift for Norsk Psykologforening*, 2006 nr. 4 s. 338–346.

sfære. Vår erfaring er at dommeren skal lede en rettsprosess og ikke være «kafévert» i en møteform hvor den rettslige autoritet er sterkt nedtonet. Parter som kommer til retten for å finne løsninger på fremtidig foreldresamarbeid, er vanligvis sterkt emosjonelt preget av den uløste konflikten. For at prosessen ikke på uhensiktsmessig måte også skal preges av dette, er det viktig at dommeren fastholder en disiplinierende form. Dommeren må gi partene rom for å argumentere på en ansvarlig måte, men samtidig søke å hindre at argumentasjonen gis en form som i unødvendig grad eskalerer konflikten. Dommeren må hjelpe partene til å konsentrere seg om det sentrale ved saken, nemlig barnets interesser og organisering av det fremtidige foreldreskapet. Det er en alminnelig erfaring at partene lett vil la seg avspore av detaljert eksemplifisering av negative hendelser og erfaringer som ikke fremmer en løsningsrettet prosess. Dommeren må derfor være seg bevisst sitt ansvar som møteleder og konfliktløser. Erfaringen fra «Konflikt og forsoning» er at dette mål lettest lar seg nå ved at man fastholder rettssalens autoritative scenografi.

Vi vil altså argumentere for at dommerrollen i barnelovsakene har en nokså fast og entydig form, og at denne formen må springe ut av en klart definert autoritetsposisjon. Rettssalen skal fortsatt være dommerens rom.

4.2 En ny og annerledes dommerrolle?

Selv om vi ovenfor har argumentert for at sentrale elementer ved den tradisjonelle dommerrollen bør fastholdes, vil likevel det å lede en løsningsorientert prosess med barnets beste som overordnet hensyn gjennom hele prosessen, stille dommeren overfor en rekke utfordringer som dommere vanligvis ellers ikke møter i sivilrettslig sammenheng.

Dette kommer kanskje tydeligst frem ved å påpeke at oppgaven ikke primært er å fremskaffe et grunnlag for en rettslig subsumsjon, men å legge grunnlaget for omforente løsninger. Den tradisjonelle dommerrollen preges av tilbakeskuende bevisvurderinger og en påfølgende rettslig vurdering med henblikk på å finne frem til det «riktige» resultat. I en barnefordelingssak er, noe forenklet sagt, det riktige resultatet den eller de løsninger foreldrene kan samarbeide om, og som kan avslutte en konflikt som er potensielt skadelig for barnet. Det at konflikten finner en løsning, er viktigere enn innholdsdetaljer ved løsningen.⁶⁾ Da må også dommerens blikk rettes fremover i en søken etter nye veier å gå for å nå dette målet. Det er først når forlikprosessen havarerer, at argumentene for en dom eventuelt skal oppsummeres.

Hvordan definerer et slikt mål dommerens oppgaver? Den vesentligste forskjell mellom en ordinær sivilrettslig prosess og den prosessen barneloven § 61 legger opp til,

6) T. Galtung, «Barnet og foreldrenes rettssak», NOU 1998:17.

er et fokusskifte fra konfliktorientering til felles problemorientering. Dette innebærer at partene i stedet for å kjempe om hvilken virkelighetsforståelse som skal ha forrang, leter etter løsningsmuligheter som kan romme begge perspektiver og samtidig kan innebære en god løsning for barnet. Ideelt sett er det prosessens målsetning at partene bevegtes bort fra konkurranse og i retning av samarbeid.

Som konfliktløser vil den sentrale oppgave for dommeren være å hjelpe partene til å se det konfliktfylte ikke i et konkurranseperspektiv, men som et problem de har felles, og som de i fellesskap må søke løsninger på. Barnefordelingssakene er vanligvis preget av foreldrenes motsetningsfylte forhold og perspektiver som gjensidig utelukker hverandre. Et sentralt grep i alt konfliktløsningsarbeid er å redefinere det uløste fra en opplevd konfliktsituasjon til en problemfylt situasjon fordi en da kan ha en felles agenda.⁷⁾

Hvordan skal så dommeren gå frem for å få til et slikt fokusskifte? Vår erfaring er at dette skjer på fire måter: For det første i rettsalen gjennom aktiv spørsmålsstilling om barnet og hvordan det har det i spenningsfeltet mellom foreldrene, fordi en slik spørsmålsstilling dreier oppmerksomheten bort fra egen krenkelse til felles ansvar for barnets tarv. For det andre ved å la den sakkyndige opptre i en normativ posisjon ved å la denne understreke overfor de øvrige aktørene hvor potensielt skadelig en uløst og vedvarende konflikt er for barnet. For det tredje – sammen med partene og i samråd med den sakkyndige – å klargjøre hva som er et realistisk forhandlingsrom. Forhandlingsrommet defineres på den ene siden av de rettslige normer og på den annen side av partenes subjektive grensebetingelser, dvs. hvilke løsningsmuligheter det er mulig å få dem med på en dialog om. Undertiden kan partenes emosjonelle og antagonistiske posisjoner hindre en klarlegging av forhandlingsrommet. I slike tilfeller kan det være hensiktsmessig – særlig i den innledende fase – å klarlegge mulige løsningsalternativer i samarbeid mellom dommeren, advokatene og den sakkyndige uten at partene er tilstede. Dette for å unngå at partenes fastlåste holdninger hindrer en løsningsprosess til barnets beste. Denne fremgangsmåten bør imidlertid skje i samforståelse med partene, og de bør fortløpende informeres om det som det blir snakket om. For det fjerde mellom rettsmøtene å tilrettelegge for en skrittvis utprøving av nye løsningsmuligheter som kan gi supplerende forståelse og utvidelse av erfaringshorisonten. Ved å rette oppmerksomheten mot barnet og foreldreskapet og gi foreldrene anledning til å prøve ut løsningsforslag, opplever de ofte at de mestrer noe de tidligere ikke trodde de kunne mestre. Resultatet av det er at tolkningskonteksten som partene forstår hverandre innenfor, utvides og åpner for nye og hittil usette løsningsmuligheter.

7) M. Deutsch og P.T. Coleman, *The Handbook of Conflict Resolution*, San Francisco 2000.

Å påse at dette fokusskifte fastholdes gjennom hele prosessen, er en helt sentral oppgave for dommeren som administrator og møteleder. Det krever at denne aktivt styrer prosessen gjennom alle faser. Dette er en krevende oppgave.

En annen sentral oppgave for dommeren er å bidra med løsningsrettede idéer. Dette fordrer en annen aktivitet fra dommerens side enn det som preger den tradisjonelle dommerrollen. Det er imidlertid viktig at denne «høyttenkningen» som slike innspill vil innebære, ikke skjer på en moraliserende måte eller ved å tilkjenne private erfaringer. Selv om en slik oppgave forutsetter større aktivitet fra dommeren enn det som har vært vanlig, er det likevel slik at dommerens aktive medvirkning ikke bør skje på måter som svekker hans rolle som objektiv aktør. Han bør vanligvis påse at han ikke inhabiliseres. Det er en balansegang som krever forsiktighet og omtanke.⁸⁾ Det kan imidlertid oppstå situasjoner hvor det vil være hensiktsmessig for dommeren å gi klare signaler, selv om det skulle medføre at han må vike sete i senere eventuell hovedforhandling.

En problemstilling som henger sammen med dette, er at det erfaringsmessig tidlig i en prosess kan være lett å se hva resultatet vil måtte bli ved en pådømmelse. Med en slik forståelse er det en fare for at dommeren blir utålmodig og kan oppleve selve prosessen som langdryg og tidsbruken som unødvendig. Det er imidlertid helt vesentlig for at fremforhandlede løsninger skal ha robusthet, at partene opplever eierskap til disse. Slikt eierskap kan de bare oppleve hvis de både fornuftsmessig og følelsesmessig gis nødvendig tid til å gjøre løsningen til sin. For parter i alvorlig konflikt om emosjonelt svært ladede problemstillinger som kamp om barna ofte er, må dommeren ha toleranse for at det tilsynelatende opplagte ikke umiddelbart fremstår slik for dem. For parter i en slik situasjon kan en prematur fremsettelse av et løsningsforslag oppleves som et utilbørlig press.

I denne forbindelse kan det pekes på at det har vært en sentral erfaring fra forsøksprosjektet at endringer av holdninger og posisjoner tar tid. Vi har erfart at selv om vi med nokså stor grad av sikkerhet på et tidlig stadium i prosessen så hva som måtte bli løsningen, likevel måtte gi prosessen nødvendig modningstid for at partene kunne oppleve løsningen som sin egen. Det er gjerne et uttalt mål i barnefordelingssakene at de bør avvikles så raskt som mulig. Dette er vi ikke uenig i, men **det er en vesentlig forskjell mellom tid brukt på konstruktive endringsprosesser, og tid som enten bare blir død ventetid eller endog brukt til eskalering av konflikten.**

Dessuten vil det ofte være påkrevet at partene får gjøre seg erfaringer med hverandre som kan korrigere negative forestillinger, for at bevegelser i posisjoner kan finne sted.

8) Ot.prp. 29 (2002–2003) s. 43, 1. spalte nederst: «Med en ny og aktiv rolle for dommeren under saksforberedelsen vil det kunne være en utfordring samtidig å ivareta tilstrekkelig nøytralitet og tillit hos partene til å kunne fortsette som dommer dersom saken likevel går til hovedforhandling.»

Det må derfor også åpnes opp for at partene kan prøve ut løsningsforslag og gjøre seg korrigerende erfaringer med hverandre som foreldre. Dette legger de nye saksbehandlingsreglene opp til (barneloven § 61 nr. 7). Det er dårlig prosessøkonomi å fremforhandle løsninger som ikke er forankret i partenes reelle aksept. Da er faren stor for at saken kommer tilbake til domstolen som et nytt søksmål, og et slikt utfall vil ikke være i samsvar med prinsippet om at saksbehandlingen skal fremme hensynet til barnets beste.

Selv om dommeren skal utvise tålmodighet, må han samtidig ivareta en effektiv prosessledelse og en prosessøkonomisk saksavvikling. Det er således også en sentral oppgave for dommeren å påse at saken har nødvendig fremdrift. Det har også en side til barnets beste fordi barnet ikke i unødvendig lang tid skal måtte befinne seg i en uavklart posisjon mellom stridende foreldre (barneloven § 59 første ledd).

Det er vår erfaring at det kan være hensiktsmessig å avsette noe mer tid til det første møtet enn de eventuelle påfølgende møter, som vanligvis ikke trenger å strekke seg over lenger tid enn en halv rettsdag. Tidsbruken vil imidlertid avhenge av sakens kompleksitet.

Det første saksforberedende møte skal etter lovgivers forutsetning avholdes kort tid etter saksanlegg. De eventuelle påfølgende møter må berammes med slike tidsintervaller som gir tilstrekkelig tid til å prøve ut nye løsninger. Vanligvis vil det innebære to–tre måneders avstand i tid mellom møtene. Det skulle således ikke være noe problem å avvikle de fleste av disse sakene innen en tidshorisont på ca. seks måneder. Mange saker vil kunne avsluttes betydelig raskere. Bare det fåtall av saker som går videre til en hovedforhandling, kan kreve noe mer saksbehandlingstid.

5 BRUK AV SAKKYNDIG

Som nevnt, har dommeren et overordnet ansvar for at de andre aktørene «forholder seg til de grunnleggende mål loven bygger på». Den sakkyndige har en sentral rolle i disse sakene. **Det er viktig at dommeren har et bevisst forhold til måten mandatet utformes på, og de oppgaver som pålegges den sakkyndige.**

Vi har i denne artikkelen argumentert for at det er viktig at alle aktørene har kjennskap til hvorledes møtene er tenkt avviklet. Når det gjelder den sakkyndige, er det dommerens oppgave å tydeliggjøre hvilke funksjoner denne skal fylle, og på hvilken måte. Det er en vesentlig forskjell på å opptre som sakkyndig etter § 61 nr. 1 og 7 og som sakkyndig etter § 61 nr. 3. I den første rollen er den sakkyndiges oppgave aktivt å legge til rette for en løsningsrettet prosess hvor den sakkyndige er så vel foreldrenes som rettens rådgiver. Dette i motsetning til den tradisjonelle utrederrollen, som i det all vesentlige er rettet mot å rådgj retten med henblikk på en domsløsning.

Forhandlingsrollen er for mange sakkyndige en nokså ny rolle, og skal man kunne opp tre trygt i et nytt praksisfelt, krever dette veiledning og rollekoordinering. Det forutsetter igjen at dommer og sakkyndig snakker sammen uten at de øvrige aktørene er til stede. Dette må imidlertid ses i sammenheng både med prinsippet om kontradiksjon og spørsmålet om dommerhabilitet.

I forhold til spørsmålet om dommerhabilitet er det av betydning at partene har kunnskap om at slike samtaler finner sted, og formålet med dem. Formålet er slik vi ser det tredelt: dels å koordinere rollene, dels å drøfte hvilke temaer som bør belyses nærmere, og dels å vurdere den videre fremdrift og løsningsmuligheter. Normalt vil slike samtaler ikke føre til at spørsmålet om dommerens habilitet i en eventuell fremtidig hovedforhandling aktualiseres.⁹⁾

Slike samtaler trenger heller ikke å innebære problemer i forhold til kontradiksjonsprinsippet. Dersom dommeren under samtalen mottar faktiske opplysninger som ikke er fremkommet i rettsmøtet, må han sørge for at disse blir gjenstand for kontradiktorisk behandling i en eventuell hovedforhandling dersom opplysningene skal inngå i grunnlaget for en domsavgjørelse.¹⁰⁾

Det foregår blant dommere og sakkyndige en diskusjon om hvorvidt det er hensiktsmessig at den sakkyndige gjør spesifikke utredninger forut for det første møtet, for eksempel har samtaler med foreldrene og barnet. Vår oppfatning er at dette vanligvis ikke vil være fornuftig, fordi det fratrar det første rettsmøtet en dynamikk som den mer åpne, «naive» spørsmålsstillingen åpner for. Det er en generell erfaring at stevningen og tilsvaret gir opplysninger som på en grei måte peker på sakens sentrale problemstillinger. Disse dokumentene forutsettes lest også av den sakkyndige før rettsmøtet. Imidlertid inviterer prosesskriftene til en fordelings- og rettferdighetsdiskurs – riktignok forkledd i en «barnets beste»-retorikk. Det mest sentrale metodiske grepet for å få til løsninger er at det i disse møtene inviteres til en annen diskurs som har et empatisk barnefokus. Foreldrene møter vanligvis i rettssalen med en forventning om å angripe og selv bli angrepet. For å få til løsninger er det viktig å endre et slikt konkurransepreget fokus. Det skjer erfaringsmessig best ved at foreldrene får spørsmål som retter oppmerksomheten mot barnets utvikling, fungering og omsorgshistorikk. Disse temaene bør derfor ikke være utredet før rettsmøtet, fordi en da kan miste et viktig virkemiddel i en holdningsmessig snuoperasjon.

Sagt med andre ord er det en erfaring at en slik snuoperasjon best skjer som ledd i en gruppedynamikk og i en åpen prosess hvor foreldrene samtidig hører hvilke momenter

9) Se A. Bøhn, *Domstoloven: kommentarutgave*, Oslo 2000 s. 289.

10) Se tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90 § 11-1 (3), jf. § 11-5.

som vektlegges av både dommer og den sakkyndige gjennom de spørsmål som stilles. Det er også en vanlig erfaring at foreldre som blir spurt om barnet i retten, stort sett beskriver barnet ganske likt om enn med ulike nyanser. Dermed er det første skritt mot enighet tatt og en viktig premisse for definering av forhandlingsrommet lagt; man kan være enige om hvilket barn saken gjelder, dvs. dets utviklingsnivå, temperament, særbehov etc. Da blir **den neste problemstillingen for dommer og den sakkyndige hvordan de behov man er enige om at dette barnet har, best kan tilfredsstilles gjennom en fornuftig omsorgsorganisering. Dette er en helt annen tilnærming til sakskomplekset enn spørsmål om hva som er rettferdig for den ene eller den andre av foreldrene, eller hvem av dem som måtte være flinkest.** Det er en slik problemfokuseret samtale om gode omsorgsløsninger med et fokus på barnet man skal ta sikte på å få til.

Et annet og vesentlig argument mot å gjøre spesifikke utredninger før det første saksforberedende møtet er at den gode prosessen i disse sakene best finner sted når man i fellesskap kan bli enige om sentrale problemstillinger og om noen av disse krever nærmere utredning. Da blir utredningen foreldrenes egen «bestilling», og resultatet av utredningen vil da lettere bli akseptert av den som utredningens konklusjoner måtte gå i mot. En slik konsensusbasert og målrettet fremgangsmåte er viktig for partenes tillit til prosessen og opplevelse av eierskap til fremforhandlede løsninger.

Med referanse til barneloven § 61 nr. 7 kan det synes som om det har utviklet seg en praksis hvor den sakkyndige ikke bare blir foreldrenes veileder i en konkret prosess, men nærmest gis et oppdrag som foreldrenes parterapeut i et nærmere angitt tidsrom. En domstolsinitiert terapi, betalt av det offentlige, kan neppe ha vært lovgiverens intensjon med regelen. Også for det arbeidet den sakkyndige gjør mellom rettsmøtene, har dommeren et ansvar for ressursbruken både når det gjelder bruk av sakkyndig og økonomiske ressurser. Et saksanlegg etter § 61 skal ikke gi lettvinntilgang til gratis familierapi. **En praksis som innebærer at den sakkyndige gis eller påtar seg terapiliggende oppgaver mellom rettsmøtene, vil dessuten innebære en prinsipielt uheldig sammenblanding av sakkyndigrollen og terapeutrollen.**¹¹⁾

6 DOMMERENS ROLLE I FORHOLD TIL ADVOKATENE

Liksom for sakkyndige representerer de nye saksbehandlingsreglene i barneloven nye utfordringer for advokatene. Også advokatene må for å kunne opptre trygt og etisk ansvarlig på forhånd gjøres kjent med prosessens rammer og struktur for sammen med sin klient å kunne tilrettelegge sitt arbeid med saken.

11) Se Etiske retningslinjer for nordiske psykologer (Norsk Psykologforening).

Det er vår oppfatning at dommeren i rettsmøtene bør gi advokatene ordet til en kortfattet innledning, begrenset til ca 15 minutter. Innledningen bør være fokusert på de sentrale elementene i partens argumentasjon, og **advokaten bør unngå en konflikteskalerende form**. Dommeren bør påpeke at både prosessen og resultatet skal være til barnets beste, og at dette prinsippet har forrang fremfor andre, herunder hensynet til egen klient. Det er vår erfaring at advokater i disse prosessene vanligvis er i stand til å veilede klientene til å opptre hensiktsmessig i forhold til prosessens formål. I de tilfeller hvor en advokat opptrer unødvendig konflikt drivende, bør dommeren korrigere dette.¹²⁾

7 DOMMERROLLEN VED PROSESSENS AVSLUTNING

Det er dommerens oppgave å terminere prosessen når det ikke er mer å oppnå gjennom megling og forhandlinger. Det gjelder så vel når saken er moden for et endelig forlik, som når man innser at forliksforhandlinger ikke vil føre frem. Dommeren må på et selvstendig grunnlag avgjøre hvor lenge det er nyttig å forhandle videre. Det har vist seg vanskelig å definere generelle eksklusjonskriterier, men **dersom en part over tid fastholder klart urimelige krav eller har en uforsonlig holdning, må dommeren vurdere om den forhandlingsrettede prosessen bør avsluttes**. En forlenget prosess i en slik situasjon kan innebære en fare for at urimelighet får dominere prosessen, og at et uheldig resultat blir fremforhandlet. En annen situasjon hvor dommeren aktivt må sørge for å avslutte prosessen, er de sakene som er løsningsmodne, men hvor partene kvier seg for å ta en avgjørelse og gjerne ønsker prosessen forlenget.

I forbindelse med et forlik bør dommeren i samråd med partene og den sakkyndige vurdere hvilke tiltak som kan bidra til at forliket får den nødvendige robusthet. Det kan i denne forbindelse være nyttig at partene for eksempel inngår «serviceavtaler» i form av oppfølgingssamtaler ved det lokale familievernkontor.

Når saken skal avgjøres ved hovedforhandling og dom, må dommeren vurdere sin egen habilitet i forhold til domstoloven § 108 (se NOU 1998: 17 s. 100 spalte 2 og Ot.prp. 29 (2002–2003) s. 43, spalte 1 og s. 88 spalte 2). Dersom samme dommer kan fortsette, vil det kunne innebære en betydelig prosessøkonomisk gevinst.

Den sakkyndiges habilitet i forhold til fortsatt engasjement med sikte på utredning i henhold til barneloven § 61 nr. 3 må likeledes vurderes. Dersom også den samme sakkyndige kan fortsette, bør utredningsmandatet kunne begrenses betydelig og konsentreres til de temaer som trenger utredning. I så fall bør hovedforhandling kunne berammes raskt og gjennomføres i løpet av relativt kort tid.

12) Se Veileder Q 15/2004, s. 13.