

# Mekling i barnefordelingssaker på godt og ondt<sup>1</sup>

Mekling er et godt verktøy i barnefordelingssaker for å oppnå konfliktreduksjon mellom foreldrene og robuste avtaler. Likevel kan mekling også lede til forlikspres, avtaler som ikke er i tråd med hensynet til barnets beste og saker som kan karakteriseres som “gjengangere”. I denne artikkelen forsøker jeg analysere hvorfor mekling i følge undersøkelser ikke fungerer like godt i alle barnefordelingssaker og hvordan mekling kan bli et bedre verktøy for en mer bestandig konfliktreduksjon og gode løsninger for den enkelte familie.

## 1. Saksbehandlingsreglene i barnefordelingssaker

### 1.1 Prinsippet om barnets beste som grunnlag

Saksbehandlingsreglene fra 2004 i barneloven er basert på at barnefordelingssakene har mange særtrekk og at en vanlig rettergang ofte er konflikt drivende.<sup>2</sup> Foreldrekonfliktens intensitet og varighet påvirker barna negativt. Sterke følelser er i sving, og konfliktnivået er ofte høyt. Mange saker er “gjengangere”, hvilket er et tegn på en vedvarende konflikt. En avtaleløsning er ofte bedre enn en dom i saken, siden “[e]n avtale mellom foreldrene kan i større grad enn en dom åpne for fleksible og praktiske løsninger, og legge grunnlaget for et fungerende samarbeide mellom foreldrene i disse sakene.”<sup>3</sup> Partene etterlever i større grad avtaler de selv har forhandlet frem.<sup>4</sup>

Det viktigste hensynet både ved saksbehandlingen og avgjørelsen i barnefordelingssaker er “barnets beste”, jf. barneloven § 48.<sup>5</sup> Kriteriet barnets beste har en normativ og en empirisk side og “har sterke skjønnsmessige sider, og

---

<sup>1</sup> Jeg vil takke professor Trude Haugli for gode innspill på teksten.

<sup>2</sup> NOU 1998: 17 *Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted*, side 13. Se også Anna Nylund, *Til domstol – med barnet i fokus? FAB 2008*, side 229-243, på side 233-237.

<sup>3</sup> NOU 1998: 17, side 13.

<sup>4</sup> Kari Moxnes, *Skånsomme skilsmisser – med barnet i fokus*. Høyskoleforlaget, Kristiansand 2003, side 134-135.

<sup>5</sup> Nils Dalseide, *Saksbehandlingsreglene for tvister om foreldreansvar, barnets faste bosted og samvær etter endringslov 20. juni 2003 – noen utvalgte problemstillinger. FAB 2004*, side 172-216, på side 194-196. Inge Lorange Backer, *Barneloven. Kommentartutgave*. 2. utgave Universitetsforlaget, Oslo 2008, side 465 ff.

beslutningstakerens eget verdisyn kan spille inn i større grad enn i andre sivile saker”.<sup>6</sup> Barnets beste er en standard som ikke legger opp til en generell vurdering av rimelighet, men en konkret vurdering av hva som er best for *dette* barnet. Prinsippet er situasjonsbundet; barnets alder, søskenflokket som helhet, tidsperspektivet og familiens etniske bakgrunn påvirker avgjørelsen.<sup>7</sup> Fokus bør være på fremtiden og en prognose av hva som er best for barnet over en lengre periode. Dette betyr at det vil “ligge skjønsmessige elementer som kan grense mot det helt usikre – ikke bare for dommeren, men også for den sakkyndige”.<sup>8</sup> Prinsippet om barnets beste er en vag norm, som ikke gir konkret veiledning i den enkelte sak. Barnets beste er bare ett av mange hensyn som påvirker den materielle avgjørelsen og prosessen.

## 1.2 Mekling som verktøy

Prosjektet Konflikt og forsoning<sup>9</sup>, som førte til endring av saksbehandlingsreglene i barneloven, bidro til å løfte frem behovet for at foreldrene føler mestring, vekten av godt foreldreskap, behovet for dialog og tverrfaglig samarbeid som deler i en løsningsorientert prosess. Fokus skal være på barnets beste, ikke på foreldrenes parkonflikt. Den sakkyndige og dommeren har plikt til å hjelpe partene til å være mer forsonlige, bidra til demping av konflikten og gjøre dem mer fremtidsorientert og fokusert på barnet.<sup>10</sup> I stedet for å ”fordele” barnets tid mellom foreldrene, skal samarbeid om *omsorgsorganiseringen* være målet.<sup>11</sup>

Konfliktdemping kan oppnås blant annet gjennom at dommeren bruker en eller flere passende konfliktløsningsmetoder, altså mekling, informasjon, veiledning, evaluering og domsavsigelse. Mekling trekkes frem som det sentrale verktøyet for å oppnå et forlik. En slik saksbehandling krever kompetanse i konfliktdemping, mekling og barnepsykologi i tillegg til juridisk kompetanse. I følge barneloven § 61, første ledd nr. 1

---

<sup>6</sup> NOU 1998: 17, side 12. Elisabeth Backe-Hansen og Haldor Øvreeide fremhever at lovgiver prøver å begrunne politiske og private verdier faglig, og at lovgiver derfor prøver å finne “objektive størrelser” som kan legitimere dette (*Sakkyndig arbeid*. ad Notam, Oslo 1999, side 16-18).

<sup>7</sup> Backer 2008, side 469-471.

<sup>8</sup> NOU 1998: 17, side 12.

<sup>9</sup> Knut Rønbeck, *Konflikt og forsoning – en evalueringsundersøkelse*. Psykologisk institutt, Universitetet i Oslo, Oslo 2008.

<sup>10</sup> NOU 1998: 17, side 55, Dalseide 2004, på side 191-192 og 198 og Knut Rønbeck, Dommerrollen i barnefordelingsaker *Lov og rett* 2007, side 533-544, på side 534.

<sup>11</sup> Rønbeck 2008, side 19.

andre punktum kan retten oppnevne en sakkyndig til å delta og bistå under de saksforberedende rettsmøtene på en variert og mer omfattende måte.<sup>12</sup> Den sakkyndige kan bistå dommeren i valget av metoder. Dommeren bør også konsultere partene, jf. barneloven § 61 første ledd nr. 1 første punktum.<sup>13</sup> Rettergangen skal altså skreddersys ut fra den enkelte families behov.

Undersøkelser viser likevel at mekling er langt fra uproblematisk og ikke alltid i tråd med barnets beste. I denne artikkelen prøver jeg å analysere på hvilken måte og hvorfor mekling kan være problematisk i barnefordelingssaker. Først ser jeg på reglene om mekling, hvordan reglene brukes og hvilke problemer som har oppstått. Deretter analyserer jeg enkelte problemer med dagens ordning. Til sist fremsetter jeg noen forslag til endringer slik at mekling større grad enn i dag blir i tråd med hensynet til barnets beste.

## ***2. Mekling i barnefordelingssaker i teori og praksis***

### **2.1 Ulike typer av mekling**

Ordet mekling kan ha mange betydninger. Rettslig sett er det en forskjell mellom rettsmekling og ordinær mekling. Ordinær mekling skjer innom rammene for et vanlig rettsmøte. I ordinær mekling opptrer dommeren i første rekke som dommer, ikke mekler. Dommeren kan ikke bruke virkemidler som er i strid med dommerrollen. Tvisteloven § 8-2 sier at dommeren ikke kan ha særmøter eller “motta opplysninger som ikke kan gjøres kjent for alle berørte parter”. Meklingen er offentlig i henhold til reglene i domstolloven. Dommeren kan heller ikke innta en svært aktiv meklerrolle, siden dette kan svekke tilliten til rettens upartiskhet og gjøre dommeren inhabil. Loven forbyr uttrykkelig at dommeren gir forslag til løsning, råd og uttrykk for synspunkter som kan svekke tilliten til rettens upartiskhet. Dersom partene ikke oppnår forlik, kan samme dommer dømme i saken.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> NOU 1998: 17, side 54 og Ot. Prp. Nr. 29 (2002-2003) Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.), side 43.

<sup>13</sup> NOU 1998: 17, side 59.

<sup>14</sup> NOU 2001: 32, side 214, 228 og 720-721; Camilla Bernt, *Meklerrollen ved mekling i domstolene*. Bergen, Fagbokforlaget 2011, side 116-122; Dalseide 2004, side 182-183 og 203; Tore Schei – Arnfinn Bårdsen – Dag Bugge Nordén – Christian Reusch – Toril M. Øie, *Tvisteloven. Kommentanutgave Bind I*.

Reglene for rettsmekling skiller seg ut fra de øvrige reglene i tvisteloven. Rettsmekling skal primært være interessebasert, slik at både interesser knyttet direkte til tvisten og mer vidtgående interesser kan trekkes inn. Rettsmekleren har en aktiv rolle i å forbedre kommunikasjonen mellom partene, mens rettsreglene har en underordnet betydelse. Rettsmekleren kan blant annet ha særmøter. Rettsmeklingen er underlagt taushet, jf. tvisteloven §§ 8-5 og 8-6. Rettsmekleren trenger ikke å være dommer, jf. tvisteloven § 8-4. En dommer som har vært rettsmekler, er i utgangspunktet inhabil dersom partene ikke oppnår forlik, jf. tvisteloven § 8-7.<sup>15</sup>

I meklings teori skiller man mellom ulike meklingsmodeller, altså ulike forståelser av hva mekling er, hva målet med mekling er, hvordan mekling foregår og hvilken rolle mekleren har. I forlikorientert mekling er meklerens rolle å få til stand et forlik, og mekleren kan derfor enkelte ganger presse partene for å oppnå et forlik. I tilretteleggende mekling er meklerens rolle å hjelpe partene forhandle frem en løsning gjennom å hjelpe partene kommunisere bedre, samarbeide og løse felles problemer. I evaluerende mekling kan mekleren være aktiv i å foreslå ulike løsninger eller å evaluere partenes påstander og krav.<sup>16</sup>

Selv om definisjonen og forståelsen av mekling kan virke som en rent akademisk diskusjon uten praktisk betydning, viser forskning at meklingsmodellen påvirker gjennomføringen og resultatene av mekling i høy grad.<sup>17</sup> En klar meklingsmodell er en grunn forutsetning for at meklingen skal være forutsigbar og betryggende og gi partene god rettssikkerhet.<sup>18</sup> Det er viktig at man finner frem til en løsning som er til barnets

---

Universitetsforlaget, Oslo 2007, side 361-363, og Anne Austbø og Geir Engebretsen, *Mekling i rettskonflikter*. 2. utgave, Cappelen akademisk, Oslo 2006, side 44-45

<sup>15</sup> Se også Kristin Kjelland-Mørdre - Anne-Lise H. Rolland - Karen Sophie Steen - Per Gammelgård - Carsten Anker, *Konflikt, mekling og rettsmekling*. Universitetsforlaget, Oslo 2008, side 142-143 og Austbø og Engebretsen 2006, side 37-41 og 45-47.

<sup>16</sup> Anna Nylund, *Meklingsmodeller i tvisteloven: terapi, tvekamp eller kreativ problemløsning? Lov og Rett* 2010, side 272-284, og Kaijus Ervasti: *Domstolarnas konflikthanteringsmetoder. Retfærd* 2011, side 2-25.

<sup>17</sup> Vibeke Vindeløv, *Konfliktmægling*. 2. udgave Jurist- og økonomforbundets forlag, København 2008, side 294-299; Nylund 2010a med videre henvisninger; Bernt 2011, side 478; og Jørgen Dalberg-Larsen, *Mægling, ret og samfund*. Jurist- og økonomforbundets forlag, København 2009, side 72. Se også Kenneth Kressel – Edward A. Frontera – Samuel Forlenza – Frances Butler – Linda Fish: *The Settlement-Orientation vs. the Problem-Solving Style in Custody Mediation*. *Journal of Social Issues* Vol. 50 1994, side 67-84 på side 72-73.

<sup>18</sup> Nylund 2010a; Lela Love, *The Top Ten Reasons Why Mediation Should Not Evaluate*. *Florida State University Law Review* Vol. 24 1997, side 937-948, på side 948; Allan E. Barsky, *Mediative Evaluations: The Pros and Perils of Blending Roles*. *Famliy Court Review* Vol. 45 2007, side 560-572, på side 568-570;

beste. I barnefordelingssaker er dette særlig viktig siden sakene er av stor betydning for så vel foreldrene som barnet.<sup>19</sup>

Partene kan da forstå hva mekling er og hva forskjellen til rettergang er og gi sitt informerte samtykke til mekling.<sup>20</sup> Klarhet i modellen gir muligheter til kvalitetskontroll: det forutsetter at mekleren er seg bevisst og kan handle i samsvar med de krav modellen stiller, og slik gis partene og advokatene en mulighet til kvalitetskontroll.<sup>21</sup> Meklingen blir ikke i så stor grad personavhengig. En klar meklingsmodell er en forutsetning for godt tverrfaglig samarbeid og for en god meklerutdanning.<sup>22</sup>

## 2.2 Barnelovens regler om mekling

Mekling er den foretrukne metoden for konfliktreduksjon og løsning av barnefordelingssaker, jf. barneloven § 59 og § 61 første ledd. Dommeren skal under ethvert trinn av saksbehandlingen vurdere om partene kan oppnå forlik og legge til rette for forlik. Bare når “det er klart ut fra sakens faktum at dette vil være nytteløst”,<sup>23</sup> kan dommeren velge bort mekling. Regelen bør neppe forstås slik at mekling bør prøves på ethvert trinn, men slik at dommeren bør vurdere mekling på ethvert trinn og mekle på et tidspunkt som er gunstig.<sup>24</sup>

Meklingen skjer først og fremst under de(t) saksforberedende møtene(t). Dommeren kan enten mekle selv eller gi dette i oppdrag til den sakkyndige. Under særlige forutsetninger kan saken også henvises til en godkjent mekler eller en annen

---

og Arnold Shienvold, *Hybrid Processes. I Divorce and Family Mediation*. New York, The Guilford Press 2004, side 112-126, på side 124. Dette etterspør også Larsen og Lassen (2005, side 81-82).

<sup>19</sup> Grethe Nordhelle: *Praktisering av sakkyndighetsarbeid i barnefordelingssaker – til barnas beste?* FAB 2011, side 176-197, på side 179. Se også Bernt 2011, side 289.

<sup>20</sup> Bernt (2011, side 313) og Katrin Koch (Evaluering av saksbehandlingsreglene for domstolene i barneloven – saker om foreldreansvar, fast bosted og samvær.

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/rapporter\\_planer/rapporter/2008/evaluering-av-saksbehandlingsreglene-for.html?id=503721](http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/rapporter_planer/rapporter/2008/evaluering-av-saksbehandlingsreglene-for.html?id=503721) (lest 1.9.2011), side 33) viser til at det virker som partene ofte ikke forstår at det er en forskjell mellom mekling og vanlig saksbehandling. Slik også Norsk Psykologforening i Innspill til utkast til rundbrev til rettsaktørene i barnefordelingssaker.

<sup>21</sup> Vindeløv 2008, side 294-299; Nylund 2010a side 280-281; og Bernt 2011, side 480.

<sup>22</sup> Koch 2008, side 50. Nordhelle (2011, side 180-181) diskuterer problemet med mangel av utdanning.

<sup>23</sup> NOU 1998: 17, side 99.

<sup>24</sup> Slik også Backer 2008, side 512. Backer advarer mot at gjentatte meklingsforsøk kan innebære et forlikspres.

person med god innsikt i de tvistepunktene saken gjelder, jf. barneloven § 61 første ledd nr. 2.<sup>25</sup>

Hensikten med mekling er å finne frem til gode løsninger. Man skal altså ikke velge en “mellomløsning” dersom dette ikke er til barnets beste. Avtalen bør “oppleves som et resultat av foreldrenes egne valg”,<sup>26</sup> ikke et resultat av press. Press gir ikke en reell enighet og varig konfliktreduksjon. Dermed er et slikt forlik ikke i tråd med barnets beste.<sup>27</sup> Forarbeidene slår fast at det ikke alltid er mulig eller ønskelig å oppnå enighet mellom partene. Dersom “den ene part opptre klart urimelig, eller hvor foreldrene ellers har god grunn til å ønske seg en domstolsavgjørelse i saken, må mekler og domstol akseptere dette”.<sup>28</sup> Departementet slår fast at det er viktig at “fokus på enighet og ressurs/fremtidsorientering ikke gjør at hensynet til å beskytte barn kommer i bakgrunnen”.<sup>29</sup> Hensikten er altså ikke å mekle i *alle* saker.

Mekling i barnefordelingssaker er ikke rettsmekling, men en form for ordinær mekling. Både tvistemålsutvalget og departementet mente at rettsmekling ikke er egnet for de fleste barnefordelingssaker.<sup>30</sup> Barnefordelingsprosessutvalget mente derimot at dommeren kan velge å bruke reglene om rettsmekling.<sup>31</sup>

Barneloven legger opp til en mer aktiv meklerrolle enn i ordinær mekling for å oppnå forlik. Partene skal likevel ikke utsettes for forlikspres. Fordi tvisteloven § 8-2 gjelder sekundært, jf. barneloven § 59 tredje ledd, kan ikke dommeren bruke virkemidler fritt i mekling. Habilitetsreglene i domstolloven § 108 setter også skranker for dommeren som mekler.<sup>32</sup> Dette betyr at dommeren ikke kan ha sær møter eller motta fortrolige opplysninger. Dommeren kan heller ikke opptre i en rent evaluerende rolle, for eksempel gjennom å klart uttrykke seg om styrker eller svakheter i partenes anførsler eller foreslå konkrete løsninger. Siden dommeren har en plikt til å veilede partene og ivareta barnets beste, kan dommeren likevel gå ganske langt i retning av en domsprognose og

---

<sup>25</sup> NOU 1998: 17, side 56 og 134.

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), side 40. Se også NOU 1998: 17, side 132.

<sup>27</sup> Slik Veileder Q-15/2004, Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn, side 11.

<sup>28</sup> NOU 1998: 17, side 47.

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), side 41.

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) side 45-46 og NOU 2001: 32 *Rett på sak*, side 226.

<sup>31</sup> NOU 1998: 17, side 132.

<sup>32</sup> Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), side 43 og 88. Se Bernt 2011, side 305 ff. og Dalseide 2004, side 204-205.

evaluering.<sup>33</sup> Dommeren bør likevel være forsiktig, fordi meklingen ofte skjer under et forberedende rettsmøte, slik at partene verken har fremført bevis eller prosedert sin sak, og slike uttalelser kan påvirke partene til å inngå et forlik de ikke er enige i.<sup>34</sup> I følge forarbeidene kan mekleren i familiemekling på familievernkontoret ha en evaluerende og styrende rolle blant annet gjennom å gi konkrete råd og legge frem konkrete forslag til løsninger, men ikke presse frem bestemte løsninger.<sup>35</sup> Når slike uttalelser om meklerrollen *ikke* er inntatt i uttalelsene om mekling, kan man trekke den slutning at mekleren bør ha en rent tilretteleggende rolle.<sup>36</sup>

I følge forarbeidene skal normalt den sakkyndige mekle, fordi den sakkyndige står friere i bruk av virkemidler enn dommeren.<sup>37</sup> Den sakkyndige kan blant annet ha kontakt med partene utenfor rettsmøtene og ha særmøter.<sup>38</sup> Begrensingene i tvisteloven § 8-2 gjelder ikke når den sakkyndige mekler eller når en ekstern person mekler. Mekleren skal likevel ikke fremstå som partisk.<sup>39</sup> Den sakkyndige har som mekler ikke taushetsplikt overfor retten, noe som er problematisk, idet dommeren mottar opplysninger som ikke kan deles med begge partene.<sup>40</sup> Dette kan også påvirke hvor villige partene er å dele informasjon med mekleren.<sup>41</sup>

Etter mitt syn er det noe uklart hvor langt dommeren kan gå som mekler. I ordinær mekling må dommeren normalt ta hensyn til de materielle rettsreglene og kan ikke gå utenfor disse. Dommeren kan heller ikke legge noen større vekt på interesser og særlig interesser som ikke er direkte knyttet til tvistegjenstanden. I barnefordelingssaker er forholdet mellom det utenrettslige og det rettslige mer uklart og kan trekkes lengre enn i de fleste andre saker. Det primære hensynet og avgjøringsgrunnlaget er prinsippet om barnets beste. Prinsippet er dynamisk og omfatter mange ulike typer av hensyn og

---

<sup>33</sup> Forskjellen mellom å stille spørsmål og å gi uttrykk for styrker og svakheter kan være hårfin. Bernt (2011, side 452-457) presenterer en skala med ulike grader av evaluering: åpne spørsmål – “djevelens advokat” – prognoser – uttrykk for egne synspunkt.

<sup>34</sup> Bernt 2011, side 411-412 og 421-422.

<sup>35</sup> NOU 1998: 17, side 53 og 126-127.

<sup>36</sup> Slik også Bernt 2011, side 396.

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), side 43.

<sup>38</sup> Dalseide 2004, side 199-205 og Bernt 2011, side 127-130.

<sup>39</sup> Slik også Backer 2008, side 513 og Bernt 2011, side 289-291.

<sup>40</sup> Se nærmere Bernt 2011, side 290-293.

<sup>41</sup> Nordhelle 2011, side 184.

interesser. Reglene legger opp til en mer aktiv, tilretteleggende mekling, men mekleren har ikke fri adgang til alle meklingsverktøy.

Tilsynsutvalget for dommere har i sin praksis godtatt en meklerrolle som går utover de grenser tvisteloven § 8-2 stiller.<sup>42</sup> En forklaring til dette er at dommerne under tvistemålsloven i praksis hadde et svært stort spillerom i ordinær mekling.<sup>43</sup> Tvistemålsutvalget mente at dette var uheldig og foreslo en innstramming av reglene.<sup>44</sup> Reglene ble inntatt i tvisteloven, men det ble uklart om innstrammingen også skulle gjelde mekling i barnefordelingssaker.<sup>45</sup>

Selv om reglene om dommerens rolle som mekler er begrenset av tvisteloven § 8-2, virker det som om mange dommere likevel har særmøter.<sup>46</sup> Til tross for at forarbeidene betoner at foreldrene skal finne frem til sin egen løsning og samarbeide, har mange dommere i praksis samtaler der bare advokatene, altså ikke foreldrene, er til stede.<sup>47</sup> Da overtar dommeren, den sakkyndige og advokatene konflikten og prøver å finne en løsning. Dette er ikke foreldrenes løsning, og foreldrene får ikke delta i konfliktløsningen. En slik løsning kan være basert på ufullstendige opplysninger siden partene ikke er delaktige, og saken ikke er opplyst nok. Man fratar partene både rettsikkerheten i form av at en avgjørelse skal tas først etter at saken er fullt opplyst etter en hovedforhandling, og i form av at partene selv forhandler frem en avtale i mekling. Dette kan også bety at barnets beste blir sekundært i forhold til forlik.

Forskjellen mellom den vidtgående meklerrollen som i betydende grad praktiseres i domstolene og den mer tilretteleggende meklerrollen som lovreglene og forarbeidene legger opp til, er en pekepinn på at barnelovens regler ikke er presise nok.

---

<sup>42</sup> Se Bernt 2011, side 327 ff., 411-412 og 421-422. Bernt er – med rette – kritisk til Tilsynsutvalgets praksis, side 358-359.

<sup>43</sup> Se Bernt 2011, side 328-340. Bernt viser i sin gjennomgang av praksis fra Tilsynsutvalget for dommere at dommeren kunne innta en svært aktiv meklerrolle, blant annet gjennom å fremsette egne løsningsforslag.

<sup>44</sup> NOU 2991: 32, side 217-218 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), side 114.

<sup>45</sup> Slik også Bernt 2011, s. 477-478.

<sup>46</sup> Marianne Fallan Kristensen, Saksbehandling etter de nye saksbehandlingsreglene i barneloven ved Trondheim tingrett. *Rettsmøter under saksforberedelsen i barnefordelingssaker*, DA's rapportserie 1/2006, side 12-15, på side 14 og Heidi Heggdal, Saksbehandling etter de nye saksbehandlingsreglene i barneloven ved Oslo tingrett. *Rettsmøter under saksforberedelsen i barnefordelingssaker*. DA's rapportserie 1/2006, side 16-19, på side 18.

<sup>47</sup> Kristensen 2006, side 14, Heggdal 2006, side 18 også Mette Yvonne Larsen og Rikke Lassen: Domstolsbehandling av barnefordelingssaker – er forlik det samme som forsoning? *FAB* 2005, side 85.



### 2.3 Evalueringen av mekling i barnefordelingsaker

En undersøkelse av Katrin Koch viser at de nye saksbehandlingsreglene har påvirket barnefordelingssakene i en positiv retning; saksbehandlingen er mindre konfliktdrivende, raskere, mer fleksibel og synliggjør barnets interesser og behov bedre enn tidligere.<sup>48</sup> Imidlertid har reglene i tillegg hatt negative virkninger; antallet saker har økt kraftig, saksbehandlingstiden er lenger, partene utsettes for utilbørlig press, viktig informasjon blir tilslørt, saksbehandlingen er svært personavhengig og varig konfliktreduksjon skjer relativt sjelden. I en del saker er saksbehandlingstiden for kort for grundig arbeid, mens man i andre saker trekker ut saksbehandlingen i unødvendig grad. Saksbehandlingen er for løsningsorientert, slik at selv uegnede saker forsøkes meklet. Den sakkyndiges rolle er uklar, særlig når saken ikke blir forlikt og den sakkyndige skal være utreder.<sup>49</sup>

Mekling er det mest problematiske i de nye reglene. Selv om dommere, advokater og sakkyndige mener at de behersker “meklingsmetodikk”, har de *de facto* “et lite bevisst forhold til hvordan rammene for meklingsarbeidet og egen rolle påvirker det som skjer”.<sup>50</sup> Ingen av gruppene har en utdanning som er rettet mot barnefordelingsaker. Når det i tillegg finnes det flere ulike meklingsmodeller, som hver bygger på sin forståelse av hva mekling er og hva meklerens rolle er, gjør dette meklingsarbeidet vanskelig.<sup>51</sup> De sakkyndige har ikke meklerutdanning i barnefordelingsaker, selv om de har utdanning i konfliktforståelse.<sup>52</sup>

Den sakkyndiges rolle som mekler og utreder leder til fagetiske problemer. Konflikten mellom rollen som mekler og utreder gjør at partene ikke opplever meklingen som reell, fordi det kan være gunstig å være samarbeidsvillig og smidig, for å få goodwill for en eventuell domstolsavgjørelse. Partene vet heller ikke i hvilken grad den

---

<sup>48</sup> Koch 2008.

<sup>49</sup> Koch 2008, side 21. Rundbrev til dommere, advokater og sakkyndige fra Barne- og likestillingsdepartementet fra januar 2009. Richard H. Knoffs undersøkelse *Raskere? Billigere? Vennligere? Evaluering av prøveordningen med rettsmekling*. rhKnoff, Oslo 2001, side 45 viser at partene oppfattet å bli utsatt for forlikspres under rettsmekling. Løsningene var i følge Knoff ikke mer kreative enn i ordinær mekling (side 61-62). Se også Larsen og Lassen 2005, side 77-86.

<sup>50</sup> Koch 2008, side 26; Knoff 2001, side 63-71 og Solfrid Mykland, *Særmøter som rasjonelle myter?* *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2010, side 288-326.

<sup>51</sup> Koch 2008, side 26. Se også Nylund 2010, side 277-281 om meklingsmodellens betydelse for meklingen.

<sup>52</sup> Koch 2008, side 26 og NOU 1995: 23 *Barnefaglige sakkyndighetsoppgaver. Rolleutforming og kvalitetssikring*, side 10.

sakkyndige har taushetsplikt i forhold til dommeren. Dette betyr at barnets beste kan bli tilslørt og at partene kan akseptere forslag til forlik, selv om de ikke er enige i at forslaget er til barnets beste.<sup>53</sup> I noen familier er konfliktnivået høyt eller familien er rammet av alvorlige problemer som vold, rusproblemer eller problemer med mental helse, slik at foreldrene ikke kan sette barnets behov foran sine egne behov og slik at de ikke er to likestilte parter som kan forhandle om gode løsninger.<sup>54</sup>

En oversikt av den kunnskap som ble brukt i prosjektet Konflikt og forsoning og i utarbeidelsen av saksbehandlingsreglene, viser at man i liten grad har brukt litteratur om mekling. En gjennomgang av denne litteraturen hadde ville avdekket at mekling ikke er uproblematisk, og god kvalitet i mekling forutsetter gode kunnskaper og klare regler og meklingsmodeller. Selv om dommerne og de sakkyndige som deltok i prosjektet gjorde en merkbar innsats, manglet det teoretiske bidraget. En utvikling av nye modeller forutsetter samarbeid mellom teori og praksis.

### **3. Ulike modeller for mekling i barnefordelingssaker**

#### **3.1 En tilrettende meklingsmodell for barnefordelingssaker**

Meklingsbegrepet mangler en fast og entydig definisjon siden det er blitt utviklet parallelt i ulike fagmiljøer.<sup>55</sup> Som en følge av meklingsens mange røtter, finnes i dag flere ulike meklingsmodeller. De vanligste er tilretteleggende (interessebasert, problemløsende) mekling, transformativ mekling, forlikorientert mekling, evaluerende mekling og ulike former for terapeutisk mekling.<sup>56</sup> Både tvisteloven<sup>57</sup> og barneloven<sup>58</sup> er i hovedsak baserte på den tilretteleggende meklingsmodellen.

---

<sup>53</sup> Rundbrev til dommere, advokater og sakkyndige fra Barne- og likestillingsdepartementet fra januar 2009. Nordhelle 20011, side 181, Larsen og Lassen 2005, side 79-80, Bernt 2011, side 468 og 484-485.

<sup>54</sup> Nordhelle 2011, side 179-180.

<sup>55</sup> Se for eksempel Nancy A. Welsh, *Reconciling Self-Determination, Coercion, and Settlement in Court-Connected Mediation*. I Jay Folberg – Ann L. Milne – Peter Salem: *Divorce and Family Mediation*. New York, The Guilford Press 2004, side 420-443, på side 421-424, Kimberlee Kovach, *Mediation*, Thomson West, St. Paul, 3rd edition 2004, side 31-34; og Bernt 2011, s. 1 ff.

<sup>56</sup> Se Nylund 2010a, s. 274-276 og Bernt 2011, 59 ff. og 83 ff. I tillegg finnes blant annet terapeutisk mekling, se Grethe Nordhelle: *Mekling II*. Oslo, Gyldendal 2007, side 17-19.

<sup>57</sup> Nylund 2010a, side 277-278. Dette styrkes også av at den sentrale litteraturen i norsk rett også tar utgangspunkt i tilretteleggende mekling. Se Kjelland-Mørdrø m.fl. 2008 og Austbø og Engebretsen 2006.

<sup>58</sup> Se kapittel 2 oven. Dalseide (2004, side 202) mener at meklerin står fritt i valg av modell.

De fleste meklingsmodeller for barnefordelingssaker er basert på tilretteleggende mekling,<sup>59</sup> som er partsorientert, løsningsrettet og fremtidsfokusert. Meklerens rolle er å hjelpe partene til å kommunisere med hverandre, å finne frem til sine og barnets interesser, og å finne løsninger som i størst mulig grad oppfyller disse.<sup>60</sup> Hensikten er ikke å faststille hva som har skjedd, men at partene oppnår sin egen avtale om fremtiden i en strukturert prosess.<sup>61</sup>

Meklerens oppgave innenfor den tilretteleggende modellen er å snu et mønster der partene er opptatte av fortiden og “prosederer” sin sak til mekleren, som de forventer skal avgjøre saken. Gjennom bruk av ulike teknikker som nøytrale omformuleringer, oppsummeringer, fokus på fremtiden, og en gjensidiggjøring av problemet, prøver mekleren å endre mønstret til en klarere kommunikasjon mellom partene og fokus på omsorgsorganiseringen.<sup>62</sup> Partene skal opptre som ansvarlige foreldre, ikke som tidligere ektefeller eller samboere.<sup>63</sup> Mekleren skal ikke la partene skli inn i et mønster av attacker og fokus på fortiden og urett, eller la følelser ta overhand.<sup>64</sup>

Mekleren hjelper partene å forhandle og finne frem til mulige løsninger som er i tråd med barnets beste og tilfredsstillende for foreldrene. Partene oppfattes som ”eksperter på eget liv”, som vet best hva som passer dem selv og barnet.<sup>65</sup> Resultatet kan være ganske annerledes enn vanlig samvær i barnelovens forstand; partene kan avtale om løsninger som tar hensyn til turnusordninger, varierende arbeidsbelastning, fritidsinteresser, varierende familieforhold etc. Selv om mekleren har erfaring med hva som er vanlig eller hva som kan fungere, har han ikke kunnskap om *disse* foreldrene og *dette* barnet. Gode løsninger kan være løsninger mekleren selv aldri har tenkt på, men

---

<sup>59</sup> Se Ann L. Milne – Jay Folberg – Peter Salem: *The Evolution of Divorce and Family Mediation*. I *Divorce and Family Mediation*. New York, The Guilford Press 2004, side 3-25, på side 14 med videre henvisninger.

<sup>60</sup> Vindeløv 2008, side 13 ff.; Kjelland-Mørdrø m.fl. 2008, side 91; Moore, Christopher W., *The Mediation Process*. 3<sup>rd</sup> Edition Jossey-Bass, San Francisco 2003, side 15-20 og Kovach 2004, side 27-28 og 47.

<sup>61</sup> Bernard Mayer: *Facilitative Mediation*, I *Divorce and Family Mediation*. New York, The Guilford Press 2004, side 29-52, på side 30-33.

<sup>62</sup> Vindeløv 2008, side 155-159 og 170-180; Gary Friedman og Jack Himmelstein, *Challenging Conflict*. Chicago, ABA Publishing 2008, side 106-113 og 126-133; og Kjelland-Mørdrø m.fl. 2008, side 177 ff.

<sup>63</sup> John M. Haynes – Gretchen L. Haynes – Larry S. Fong, *Mediation*. Albany, SUNY Press 2004, s. 6-8 og John M. Haynes, *The Fundamentals of Family Mediation*. Albany, SUNY Press 2004, side 142-143. Nordhelle 2007, side 162 ff.

<sup>64</sup> Haynes 2004, side 12-18, Vindeløv 2008, side 21. Nordhelle 2007, side 163.

<sup>65</sup> Vindeløv 2008, side 26 og Mayer 2004, side 35.

som passer denne familien og dette barnet.<sup>66</sup> Mekling skal styrke foreldrene, slik at de tar ansvar overfor barnet og seg selv.<sup>67</sup> Om foreldrene trenger informasjon for å ta ansvarlige valg, kan mekleren henvise dem til sine advokater, litteratur eller en sakkyndig.<sup>68</sup> Dersom mekleren gir partene informasjon, vil partene lett oppfatte mekleren som sakkyndig og som den personen som vet best hvordan saken skal løses. Partene vil da se til mekleren for løsninger, istedenfor å finne egne. Mekleren taper i sin tur fokus fra prosessen. Mekleren skal isteden utnytte sin sakkunnskap til å spørre partene, vinkle saken på en konstruktiv måte og gi partene nye innfallsvinkler.<sup>69</sup>

Denne modell kan være vanskelig for jurister, siden de har en utdanning i å avgjøre saker utfra rettens premisser, ikke å hjelpe andre løse sine problem utfra sine egne premisser. Det kan være vanskelig *ikke* å ta stilling til hvordan saken skal løses.<sup>70</sup> Psykologer kan i tilsvarende grad ha en tendens til å gli over i familieterapi.<sup>71</sup>

### 3.3 Forlikorientert og evaluerende mekling

Mekling er ikke det samme som forlik. Et forlik kan oppnås uten mekling, og kan være ufrivillig. I tilretteleggende mekling er ikke forlik det mest sentrale, men prosessen der foreldrene samarbeider for å finne en løsning. Ethvert forlik er ikke like gunstig. Man skal finne en løsning som i størst mulig grad oppfyller begge parters interesser. I forliksfokusert mekling og i evaluerende mekling er forliket viktigere enn prosessen.

I en domstolkontekst faller ofte hensynet til at partene skal finne en egen og bedre løsning bort, slik at meklingen blir *forlikorientert*. En grunn kan være at en av hensiktene med mekling er å spare tid og ressurser. Da blir meklerne fokusert på å oppnå forlik på kort tid på grunn av manglende ressurser.<sup>72</sup> En annen grunn er at dommerne

---

<sup>66</sup> Mayer 2004, side 35-37.

<sup>67</sup> Mayer 2004, side 39.

<sup>68</sup> Mayer 2004, side 46.

<sup>69</sup> Mayer 2004, side 34.

<sup>70</sup> Se f.eks. Vindeløv 2008, side 5-6 og 294 ff.; Julie Macfarlane: *The New Lawyer*. UBCPress, Vancouver 2008. Nylund, Anna, Medling och jurister. Att lära gamla hundar sitta. *Juristklubben Codex 70 år Festskrift*. Helsingfors, Edita Publishing 2010(b), side 185-194; Leonard L. Riskin og Nancy A. Welsh, Is that All There Is? "The Problem" in Court-Oriented Mediation *George Mason Law Review* Vol. 15 2008, side 863-932, på side 867 ff.

<sup>71</sup> Vindeløv 2008, side 5 og Barsky 2007, side 564-565.

<sup>72</sup> Dalberg-Larsen 2009, side 68; Hans Boserup og Susse Humle, *Mediations prosessen*. København, Nyt juridisk forlag, 2001, side 165-168; og Janet Walker, *Mediation in Divorce: Does the Process Match the*

fokuserer på grunn av sin utdanning og rolle på forlik, ikke på konflikten.<sup>73</sup> Dersom man fokuserer på forlik, går man glipp av den konfliktforebyggende siden av mekling, fordi man ofte ikke analyserer konflikten, og ikke lar partene arbeide seg frem til konstruktiv kommunikasjon, felles forståelse og felles problemløsning.<sup>74</sup> Meklingen er ikke reell, siden det ikke lenger er partene som skal løse konflikten.<sup>75</sup> Mekleren kan presse frem et forlik, som partene bare godtar formelt, men ikke faktisk.<sup>76</sup> Barnets beste som en individ- og situasjonstilpasset målestokk, risikerer å bli nedtont fordi mekleren godtar forlik dersom foreldrene formelt er enige, og løsningen ikke virker i strid med barnets beste. En løsning som foreldrene selv godtar og som er resultat av en endring av konfliktnivået og at foreldrene samarbeider, er sannsynlig bedre for barnet enn de aller fleste andre løsninger.

I *evaluerende mekling* vurderer mekleren og gir uttrykk for sitt syn på styrker og svakheter i partenes posisjoner og foreslår konkrete løsninger. Mekleren kan også gjøre en domsprognose.<sup>77</sup> Denne hybrid mellom evaluering og mekling er ofte blitt kritisert.<sup>78</sup> Evaluering er ofte brukt når mekleren er jurist fordi den ligner på dommerrollen og forlik kan oppnås forttere.<sup>79</sup> Svakheten med evaluerende mekling er partene ikke får "eierskap" til løsningen. Meklingen kan skli over i ren evaluering, der mekleren gir et forslag til avgjørelse i saken uten større fokus på kommunikasjon, konfliktreduksjon og partenes interesser. Partene oppfatter ofte løsningsforslag som den

---

Rhetoric? I Heinz Messmer og Hans-Uwe Otto (eds.): *Restorative Justice on Trial*. Dordrecht, Kluwer Academic 1992, side 475-490, på side 482-484. Welsh 2004, side 424-426.

<sup>73</sup> Se for eksempel Vindeløv 2008, side 5-6; Dalberg-Larsen 2009, side 68 og Kressel m.fl. 1994.

<sup>74</sup> Dalberg-Larsen 2009, side 68. Kressel m.fl. (1994) mener at dette er den store forskjellen mellom problemorientert og forliksorientert mekling og at problemorientert mekling gir bedre resultater.

<sup>75</sup> Dalberg-Larsen 2009, side 72. Vindeløv 2008, side 294-295.

<sup>76</sup> Dette fenomenet kalles *muscle mediation*. Se Folberg, Jay og Alison Taylor, *Mediation*. San Fransisco, Jossey-Bass 1984, side 135-136.

<sup>77</sup> Leonard L. Riskin, Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed, *Harvard Negotiation Law Review*, 1996 side 7-51, på side 27-28 og L. Randolph Lowry, Evaluative Mediation. I *Divorce and Family Mediation*. New York, The Guilford Press 2004, side 72-91, på side 73-74.

<sup>78</sup> Se for eksempel Vindeløv 2008, side 5-6; Mykland 2011 og Milne – Folberg – Salem 2004, side 15-16.

<sup>79</sup> Dalberg-Larsen 2009; side 68, Vindeløv 2008; side 5-6, og Lowry 2004, side 76-80. Riskin og Welsh 2007-2008, side 867-877; og Carrie Menkel-Meadow, Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or "The Law of ADR". *Florida State University Law Review* Vol. 19 1991-1992, side 1-46, på side 32-39.

løsningen de bør velge.<sup>80</sup> Kommunikasjonen mellom partene kan bli dårligere, siden de “prosederer sin sak” og evalueringen kan bidra til en større konflikt.<sup>81</sup> Selv tilhengerne til evaluerende mekling mener at evaluering bør brukes varsomt, og at mekleren i slike saker bør ha god forståelse for hvordan og når evaluering bør brukes i mekling.<sup>82</sup> Enkelte foreldre liker likevel denne modellen, siden de kan overlate konfliktløsningen til mekleren og de slipper selv å ta ansvar for konfliktløsningen.<sup>83</sup>

En grensegang mellom evaluerende mekling og tilretteleggende mekling kan virke vanskelig, fordi selv tilretteleggende meklere kan bruke evaluerende teknikker.<sup>84</sup> Forskjellen er hvordan mekleren oppfatter sin rolle og formålet med mekling og dette gir utslag i hvordan meklingsteknikkene brukes. En tilretteleggende mekler uttrykker ikke sine synspunkter, men stiller “vanskelige”, men åpne spørsmål til partene, slik at de kan evaluere selv. Mekleren hjelper partene å finne informasjon og verktøy for en realitetsorientering. Særmøter brukes ikke til “skytteldiplomati”, men til å stille og diskutere vanskelige spørsmål og få mer informasjon av partene. Tilretteleggende mekling er en klar motpol til en domstolsavgjørelse, siden partene selv forhandler frem sin løsning. Hvis meklingen er evaluerende, utviskes denne forskjellen.<sup>85</sup>

I praksis ser det likevel ut til at dommere og sakkyndige bruker både forliksorienterte og evaluerende meklingsmodeller.<sup>86</sup> Tilsynsutvalget for dommeratferd har i sin praksis vektlagt forlik mer enn tilrettelegging for partenes egne løsninger.<sup>87</sup>

### 3.3 Rollekonflikter i mekling

Barneloven § 61 første ledd legger opp til en variert bruk av den sakkyndige. Blant annet kan den sakkyndige mekle og føre samtaler med familien under og mellom de saksforberedende møtene. I tillegg har den sakkyndige i oppgave å gjøre en utredning

---

<sup>80</sup> Arnold Shienvold, *Hybrid Processes. I Divorce and Family Mediation*. New York, The Guilford Press 2004, side 112-126, på side 115-120. Solfrid Mykland (2010, side 321) mener at mekling blir en form for ikke-bindende voldgift.

<sup>81</sup> Lowry 2004, side 75.

<sup>82</sup> Lowry 2004, side 84-90.

<sup>83</sup> Haynes 2004, side 27-28.

<sup>84</sup> Vindeløv (2008, side 5-6) bruker en metafor om konflikten som et isberg, der meklingsmodellen er havstrømmen og teknikkene er vinden. Modellene gir mye større utslag enn teknikkene.

<sup>85</sup> Bernt 2011, side 351 og Dalberg-Larsen 2009, side 72.

<sup>86</sup> Se avsnitt 2.3. oven.

<sup>87</sup> Bernt 2011, side 346 ff.

dersom partene ikke oppnår forlik. Rollen som mekler, veileder og utreder kan lede til rollekonflikter og fagetiske problemer.<sup>88</sup>

Konflikten mellom den sakkyndiges rolle som utreder og som mekler har vært drøftet i forarbeidene. Sakkyndighetsutvalget advarte mot “å blande meklerrollen og utrederrollen ved for eksempel å nedfelle i mandatet at sakkyndige skal søke å få partene til å bli enige”.<sup>89</sup> Justisdepartementet mente i 1997 at en bruk av den sakkyndige som mekler og utreder kan “medføre en sammenblanding av roller og bidra til en tilsløring av den sakkyndiges primære oppgave”.<sup>90</sup> Knappt ti år senere gikk lovgiver likevel inn for dagens løsning, selv om de ble advart mot dette.<sup>91</sup> Etterarbeidene slår fast at det kan være “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. Der er en særskilt utfordring å informere partene om denne problemstillingen, slik at den sakkyndige fortsatt kan oppfattes som nøytral”.<sup>92</sup> Både lovgiver og etterarbeidene gir uttrykk for at tydelighet i mandatet, retningslinjer, opplæringstiltak og partenes samtykke kan forebygge rollekonflikter.<sup>93</sup>

Kochs evaluering av saksbehandlingsreglene viser at rollekonfliktene påvirker saksbehandlingen negativt.<sup>94</sup> Bernt mener at den sakkyndiges rolle som mekler, veileder og utreder er problematisk.<sup>95</sup> Nordhelle sier at partene må stole på at “det som formidles i meklingsrommet, ikke influerer på avgjørelser retten treffer<sup>96</sup>”. Norsk Psykologforening skriver i sitt innspill til utkast til rundbrevet til rettsaktørene i barnefordelingssaker at partene ikke forstår rolleskiftet og at enkelte opplever det som krenkende.<sup>97</sup>

---

<sup>88</sup> Se Rundbrev til dommere, advokater og sakkyndige fra Barne- og likestillingsdepartementet fra januar 2009

<sup>89</sup> NOU 1995: 23, side 34.

<sup>90</sup> Ot.prp. nr. 56 (1996-1997), side 78.

<sup>91</sup> Offentlige familievernkontorers organisasjon uttalte i sitt høringsnotat at “dette kan føre til en uheldig sammenblanding av sakkyndig – veileder – og utrederrollen”. Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), side 39.

<sup>92</sup> Veileder Q-15/2004, side 28.

<sup>93</sup> NOU 1995: 23, side 42; Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), side 41 og 43 og Veileder Q-15/2004, side 13 og 23.

<sup>94</sup> Koch 2008, side 21.

<sup>95</sup> Bernt 2011, side 484-486.

<sup>96</sup> Nordhelle 2011, side 184.

<sup>97</sup> <http://www.psykologforeningen.no/Fag-og-profesjon/Hoeringsuttalelser/Hoeringsuttalelser-2008> (lest 1.9.2011).

En overgang fra en rolle og et virkemiddel for konfliktløsning til et annet kan bli utydelig for partene. Partene kan ikke effektivt utøve sin selvbestemmelsesrett eller gi sitt informerte samtykke til mekling hvis de ikke forstår forskjellen mellom ulike typer av konfliktløsning (altså informasjon, veiledning, mekling, evaluering og domsavsigelse) og ikke vet når det skjer en overgang fra en type til en annen. Det kan være vanskelig for partene å forstå at den sakkyndige kan utnytte informasjon – både bevisst og ubevisst – på tvers av rollene. Derfor advarer mange forskere mot bruken av blandede former for konfliktløsning, der samme person har flere roller. Det er vanskelig å formulere regler og å forklare reglene for partene på en måte som forebygger slike problemer.<sup>98</sup> Følgelig forbyr etiske regler for meklere<sup>99</sup> og psykologer<sup>100</sup> vedkommende å inneha flere roller i samme prosess.

Meklingen lider av at den sakkyndige også opptrer som utreder. Partene kan oppfatte at det er gunstig å være samarbeidsvillige og smidige, for da kan de se ut som egnete foreldre, og godta løsninger de ikke er enige i.<sup>101</sup> Dersom mekleren senere skal avgjøre saken, eller skrive en utredning som er egnet til å påvirke avgjørelsen, er det en stor risiko for at partene “prosederer sin sak” til mekleren, istedenfor å kommunisere med hverandre og samarbeide. Når partene vet at mekleren er sakkyndig kan de forvente at mekleren har en fasit og foreslår løsninger, i stedet for å ta ansvar over konfliktløsningen selv.<sup>102</sup> Potensialet i meklingen blir ikke realisert. Partene vil heller ikke være like villige til å kommunisere åpent med mekleren. Problemer, interesser og løsninger kan da forbli skjulte, slik at barnets beste kan bli tilsørt.<sup>103</sup> Det er også en risiko for at mekleren selv bevisst eller ubevisst styrer løsningen i retning av sine konklusjoner og utøver forlikspres.<sup>104</sup>

---

<sup>98</sup> Shienvold 2004, side 114-115; Love 1997, side 937-948; og Barsky 2007, side 560-572.

<sup>99</sup> De danske Vejledende etiske retningslinjer for Foreningen for Mediation / Konfliktmægling nr. 2 sier at mekleren ikke skal ta stilling til konflikten. Se også Standard VI-b i The Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, som forbyr mekleren å gi terapi eller rettslig rådgivning.

<sup>100</sup> Se punkt II.4 Integritet, underpunkt rollekonflikter og utnytting, og redelighet og tydelighet, og punkt II.2 om begrensninger i rammebetingelser i Etiske prinsipper for nordiske psykologer. Se også Model Standards of Practice for Child Custody Evaluation. Standard 8, side 19-20.

<sup>101</sup> Innspill til utkast til rundbrev til rettsaktørene i barnefordelingssaker fra Norsk Psykologforening.

<sup>102</sup> Mayer 2004, 34-35 og Barsky 2007, side 563 og Barsky, Allan E., Parenting Coordination: The Risks of a Hybrid Conflict Resolution Process. *Negotiation Journal* 2011, side 7-27, på side 17-18.

<sup>103</sup> Shienvold 2004, side 120-121, Barsky 2007, side 563-564 og Love 1997, side 940.

<sup>104</sup> Shienvold 2004, side 125.



Argumentet for å bruke den sakkyndige i flere oppgaver er at det er hurtigere og billigere. Partene trenger ikke å gjenta sine krav og fortelle sine historier på nytt, og den sakkyndige trenger heller ikke å få frem informasjon om barnet mer enn én gang. Utenfor de store byene kan det være vanskelig å finne mange nok sakkyndige som på kort varsel kan i vareta de ulike rollene. Likevel veier motargumentene etter mitt syn klart mindre enn hensynet til en reell og barnevennlig mekling.

## ***4 Mekling i barnefordelingssaker de lege ferenda***

### **4.1 Tilretteleggende rettsmekling som grunnmodell**

Den tilretteleggende meklingsmodellen er i mitt syn mest i tråd med lovgivers ønske om å oppnå en konfliktreduksjon, robuste avtaler og kreative løsninger som er til barnets beste. Den er også et klart alternativ til en domstolsavgjørelse. En rent tilretteleggende modell betyr at selv om partene ikke får de rettssikkerhetsgarantier tvisteloven gir, er de beskyttet av at de selv finner frem til løsningen og velger å inngå forlik. Tilretteleggende mekling forutsetter at mekleren har en god forståelse av meklingsmodellen og at mekleren kan handle i samsvar med den. Mekleren trenger en solid utdanning.<sup>105</sup> En felles utdanning av sakkyndige, dommere og advokater gir en lik forståelse av mekling. Meklingen blir mer forutsigbar og etterprøvbar. Partene kan gi sitt informerte samtykke til mekling.

Tilretteleggende mekling forutsetter at det er et “vanntett” skott mellom meklingen og den øvrige saksbehandlingen, slik at mekleren ikke har andre roller og slik at mekleren kan bruke mange ulike typer av meklingsteknikker og verktøy. I dag må dommeren la den sakkyndige mekle fordi den sakkyndige står friere til bruk av ulike meklingsteknikker, siden mekling i hovedsak skal være ordinær mekling.<sup>106</sup> Rollekonflikten og problemene når det gjelder bruk av virkemiddel og taushetsplikten, kan avhjelpes ved at mekling i barnefordelingssaker skal være basert på reglene om

---

<sup>105</sup> Nordhelle 2011, side 180-183 og 194-196. Slik også Nylund 2010b og Karoline Angvik Ipsen: *Trenger meklere opplæring*. NLA Høgskolen Bergen, 2008.

<sup>106</sup> Bernt 2011, side 358-359.

rettsmekling, ikke reglene om ordinær mekling.<sup>107</sup> Mekleren kan da være dommer, sakkyndig eller en person i rettens utvalg av meklere. Ordinær mekling kan fortsatt brukes i de saker som ikke er egnet til rettsmekling eller når partene ikke trenger en omfattende meklingsprosess.

Meklingsmodellen i barnemekling bør være basert på tilretteleggende mekling, og reglene om hensikten med meklingen, de virkemidler mekleren kan bruke og meklerens taushetsplikt bør presiseres. Da blir meklingen i barnefordelingssaker mer forutsigbar og gir bedre rettssikkerhet for partene. Dette forutsetter en endring av barneloven § 61.

## 4.2 Informasjon som forutsetning for mekling

Mekling forutsetter at foreldrene er motiverte til å arbeide for en konfliktreduksjon og for å finne frem til en felles løsning. Derfor er det viktig at foreldrene får informasjon om hvordan konflikten påvirker barnet, hva som påvirker barnets situasjon i samlivsbrudd. Foreldrene trenger også informasjon om hvordan de kan bidra til konfliktreduksjon og hvordan de kan finne frem til hva som er i tråd med barnets beste.<sup>108</sup> Forskning peker på at informasjon på et tidlig punkt leder til konfliktreduksjon.<sup>109</sup>

I dag gis slik informasjon under den obligatoriske meklingen på familievernkontoret, jf. forskrift om mekling etter ekteskapsloven og barneloven 2006 nr 1478, § 1 annet ledd. Siden foreldrene bare plikter å møte i én time og hovedfokus skal være på mekling er det sannsynlig at foreldrene får mindre informasjon enn det som er ønskelig. Barnefordelingsprosessutvalget foreslo at den obligatoriske meklingen før sak

---

<sup>107</sup> Slik også Nordhelle 2011, side 184; Bernt 2011, side 484-485; Koch 2008, side 51 og flere lagmannsretter (Koch 2008, side 10).

<sup>108</sup> Solveig Erickson og Nancy Ver Steegh, Mandatory Divorce Education Classes: What do the Parents Say? *William Mitchell Law Review* Vol. 28 2001-2002, side 889-909, på side 894. Isolina Ricci: Court-Based Mandatory Mediation. I *Divorce and Family Mediation*. New York, The Guilford Press 2004, side 397-419, på side 405.

<sup>109</sup> Andrew I. Schepard: *Children, Courts, and Custody*. Cambridge University Press, Cambridge 2004, side 73-78; Matthew Goodman, Darya Bonds, Irwin Sandler og Sanford Braver, Parent Psychoeducational Programs and Reducing the Negative Effects of Interparental Conflict Following Divorce. *Family Court Review* Vol. 42 2004, side 263-279 på side 269-270; og Tamara Al. Fachrell, Alan J. Hawkins og Nicole M. Kay, How Effective are Court-Affiliated Divorcing Parents Education Programs? *Family Court Review* Vol.49 2011, side 107-119, på side 113-115. Enkelte forskere er dog kritiske, se f.eks. Linda D. Elrod og Mildred D. Dale, Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in the Balance. *Family Law Quarterly* Vol. 42 2008-2009, side 381-418, på side 408-409.

reises skulle erstattes med obligatorisk veiledning med etterfølgende frivillig mekling.<sup>110</sup> Jeg synes man bør stille krav om at foreldrene får slik informasjon før de deltar i meklingen. Dette kan skje gjennom å utvide den obligatoriske familiemeklingen for familier som ikke når en avtale eller som et separat tilbud.

Foreldrene kan ha behov for informasjon for å kunne avgjøre hvilke løsninger som er mest gunstige og hva konsekvensene av ulike løsninger kan være.<sup>111</sup> Mekleren i barnefordelingssaker kan ikke selv i merkbar grad gi slik informasjon, men bør henvise partene til blant annet brosjyrer, litteratur, dvd-er, ressurser på nettet eller en sakkyndig. Den sakkyndige gir da den informasjon foreldrene trenger.

### 4.3 Begrensning av bruken av mekling

Tilretteleggende mekling forutsetter at foreldrene klarer ved hjelp av mekler å kommunisere og delta i forhandlinger på en konstruktiv måte. Foreldrene må kunne se hva barnets beste er og prioritere dette. Dersom foreldrene ikke klarer dette på grunn av høyt konfliktnivå eller personlige problemer, er mekling et lite egnet verktøy for konflikthåndtering.<sup>112</sup> I noen familier er skjevheten i maktbalansen mellom foreldrene et stort problem, blant annet slik at den ene forelder manipulerer den andre, barna og tredjepersoner.<sup>113</sup> En ganske høy andel familier har store problemer, slik at de har vært i kontakt med barneverntjenesten eller det psykiatriske hjelpeapparatet. I andre familier er vold, rusmiddel eller kriminalitet et problem.<sup>114</sup> Det sterke fokuset på forlik i barneloven og mangel på retningslinjer for hva mekleren skal gjøre i en slik situasjon, gjør situasjonen vanskelig. Mekleren kan prøve å presse foreldrene til en løsning, eller meklingen kan bli skremmende og uhensiktsmessig.<sup>115</sup> Barnets beste kan bli tilslørt når

---

<sup>110</sup> NOU 1998: 17, side 49-52. . En grunn til at veiledningen har fått en tilbaketrasket rolle, er at departementet ønsket å beholde den obligatoriske meklingen, se Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), side 84, og Rundskriv Q 02/2008, side 3-4. Departementet mente dette selv om Ekeland og Myklebust (1997, side 168) mener at tvungen mekling er en uheldig ordning.

<sup>111</sup> Mayer 2004, side 34-35 og Haynes – Haynes – Fong 204, side 199. Se også Rønbeck 2006, side 56-59.

<sup>112</sup> Nordhelle 2011, side 179-181 og Veileder Q-15/2004, side 18.

<sup>113</sup> Nordhelle 2011, side 187-193; Nordhelle 2007, side 42 ff og Grethe Nordhelle: *Manipulasjon*. Gyldendal 2009. Barnefordelingssaker der det er påstander om vold. Psykologfaglig informasjon til dommere, advokater og sakkyndige. Informasjonshefte Q-1144 B, Barne- og likestillingsdepartementet, side 7.

<sup>114</sup> Koch, Katrin, *Når mor og far møtes i retten – barnefordeling og samvær*. NOVA Rapport 13/2000, side 43-47.

<sup>115</sup> Bernt (2011, side 415-417) omtaler problemet med avtaler som ikke er i tråd med barnets beste.

fokus er på å nå enighet, slik at foreldrene inngår en avtale som ikke er i tråd med barnets beste, eller en avtale som ikke er robust.<sup>116</sup>

I familier med alvorlige problemer, store skjevheter i maktbalansen eller der den ene parten har alvorlige personlighetsforstyrrelser kan mekling være uhensiktsmessig. Lovgiver slår fast at mekling ofte ikke er egnet i slike saker,<sup>117</sup> men dette fremkommer ikke i lovteksten. I praksis er det et problem at man ikke differensierer behandlingen slik at man tidlig i prosessen identifiserer disse familiene.<sup>118</sup> I fremtiden må vi utvikle evalueringsverktøy og utdanning av meklere, slik at retten kan fange opp slike saker tidlig i saksbehandlingen.<sup>119</sup> I mangel på tydelige regler har mekling blitt brukt selv om familien har store utfordringer.

I andre saker er konfliktnivået høyt, foreldrene uskikket til å se og prioritere barnets beste, eller maktbalansen mellom foreldrene er skjev. Da kan det være grunn til å avslutte meklingen. De danske etiske retningslinjene for meklere har egne regler om at meklingen skal avsluttes når parten ikke klarer av å delta meningsfullt eller ivareta sine egne interesser, eller når meklingen ikke er formålstjenlig.<sup>120</sup> Slike regler om meklingen kan inntas i etterarbeider eller i etiske retningslinjer. En eventuell lovendring som presiserer bruken av mekling, kan også gi uttrykk for dette.

Problemstillingen rundt saksbehandlingen i saker der konfliktnivået er høyt er viktig, særlig fordi barnet kan bli utsatt for uheldige forhold og for foreldrekonflikten over lang tid. Problemene er likevel for store for å behandles innenfor denne artikkelens ramme. Det første skrittet er likevel en bevisstgjøring av at mekling ikke er en patentmedisin, men noe som forutsetter klare lovregler, og gode kunnskaper og ferdigheter av mekleren.

---

<sup>116</sup> Koch 2000, side 30-49 og 72-73 og Informasjonshefte Q-1144 B, side 7.

<sup>117</sup> Ot.prp. nr. 29 (2002-2003), side 41.

<sup>118</sup> Koch 2008, side 25 og 46 og Rundbrev til dommere, advokater og sakkyndige fra Barne- og likestillingsdepartementet fra januar 2009.

<sup>119</sup> Koch 2008, side 50.

<sup>120</sup> De etiske retningslinjene fra Foreningen for mediatorer og konfliktmægling og Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediators, Standard III og XI.