



# NORGES HØYESTERETT

Den 30. oktober 2012 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Skoghøy, Bull og Bergsjø i

**HR-2012-02033-U, (sak nr. 2012/1743), sivil sak, anke over kjennelse:**

A (advokat Joacim Holter)

mot

B (advokat Stian Auglend)

avsagt slik

## K J E N N E L S E :

- (1) Anken er en videre anke over tingrettens kjennelse om å avslå en begjæring om midlertidig avgjørelse om fast bosted og samvær etter barnelova.
- (2) A og B er foreldre til C, født 21. september 2004. I henhold til en avtale inngått i september 2010 med ett års varighet, bodde C fast hos B og hadde samvær med A. Da det mot slutten av ettårsperioden ikke ble enighet mellom partene om den fremtidige ordningen, reiste A 27. januar 2012 søksmål for X tingrett med krav om at C skulle bo fast hos henne og ha samvær med B. Hovedforhandling i tingretten er berammet til 4. desember 2012.
- (3) Under saksforberedelsen ble A kjent med at B i februar 2012 ble straffedømt for voldsanvendelse mot en 13 år gammel gutt. På bakgrunn av straffedommen begjærte A 14. mai 2012 midlertidig avgjørelse om fast bosted hos henne og samvær med B inntil hovedsaken er avgjort, jf. barnelova § 60 første ledd. B motsatte seg dette. I forbindelse med begjæringen innhentet retten uttalelse fra den oppnevnte sakkyndige og fra barneverntjenesten i Y kommune. Bare den sakkyndiges uttalelse ble meddelt partene.
- (4) Etter skriftlig behandling traff X tingrett 22. juni 2012 kjennelse med slik slutning:

**"1. Begjæring om midlertidig avgjørelse etter barnelova § 60 om fast bosted og samvær for C tas ikke til følge.**

**2. Avgjørelsen om saksomkostninger utstår til den avgjørelse som avslutter saken."**

- (5) A anket avgjørelsen for så vidt gjaldt saksbehandlingen. Tingrettens kjennelse ble påstått opphevet under henvisning til at det ikke var holdt muntlig forhandling, at saken ikke var tilstrekkelig opplyst, og at uttalelsen fra barneverntjenesten ikke var gjort kjent for partene. B bestred at det forelå saksbehandlingsfeil, og påsto anken forkastet.
- (6) Hålogaland lagmannsrett traff 24. juli 2012 kjennelse med slik slutning:
- "1. Anken forkastes.**  
**2. Hver av partene bærer egne sakskostnader for lagmannsretten."**
- (7) Etter lagmannsrettens syn var det ikke en saksbehandlingsfeil av tingretten at det ikke ble holdt muntlig forhandling. Lagmannsretten fant derimot at den manglende kontradiksjonen rundt barneverntjenestens uttalelse utgjorde en saksbehandlingsfeil, men at det ikke var nærliggende at feilen hadde hatt betydning for avgjørelsen.
- (8) Under et saksforberedende møte 21. august 2012 opplyste tingrettsdommeren at lagmannsretten hadde opphevet tingrettens kjennelse. Det viste seg at dommeren her refererte fra et utkast som ved en feiltagelse var blitt overført elektronisk fra lagmannsretten til tingretten i saksbehandlingssystemet Lovisa. Partene foreviste dommeren den forkynte kjennelsen, som avvek fra den dommeren hadde referert fra.
- (9) A har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Hun har i korte trekk anført:
- (10) Det foreligger to versjoner av lagmannsrettens kjennelse, med ulikt utfall. Hverken tingrettens eller partenes versjon er undertegnet av dommere, slik at det er tvil om kjennelsen er avsagt skriftlig i medhold av tvisteloven § 19-4 andre ledd. Tingrettens gjengivelse av lagmannsrettens premisser og slutning kan muligens oppfattes som en muntlig avsigelse på vegne av lagmannsretten etter § 19-4 tredje ledd, men denne versjonen avviker fra den versjonen partene har fått. Det er etter dette uklart om noen av versjonene er avsagt på foreskrevet måte og dermed bindende, jf. § 19-4 første ledd. Dette innebærer en saksbehandlingsfeil som ubetinget må tillegges virkning, jf. tvisteloven § 29-21 andre ledd bokstav a og c.
- (11) Lagmannsretten har brutt kontradiksjonsprinsippet på samme måte som tingretten, ved at lagmannsretten har realitetsvurdert barneverntjenestens uttalelse uten at denne har vært kjent for partene. Saksbehandlingsfeilen kan ha hatt betydning for både tingrettens og lagmannsrettens avgjørelser.
- (12) Endelig har lagmannsretten lagt til grunn en for høy terskel for å holde muntlig forhandling, og har ved det gitt uttrykk for en uriktig generell forståelse av barnelova § 60 fjerde ledd.
- (13) A har nedlagt slik påstand:

- "1. Lagmannsrettens og tingrettens kjennelse oppheves og saken hjemvises til tingretten for ny behandling.  
2. A og/eller det offentlige tilkjennes saksomkostninger for alle instanser."

- (14) B har tatt til motmæle. Han har i korte trekk anført:
- (15) Den forkynte kjennelsen er avsagt i medhold av tvisteloven § 19-4 andre ledd. Det er vanlig praksis ved lagmannsretten at den forkynte utskriften av kjennelsen ikke er undertegnet av dommerne, men påført stempelet "Rett avskrift" og undertegnet av en administrativt ansatt i domstolen. Tingrettens gjengivelse av det forberedende utkastet kan ikke regnes som en muntlig avsigelse på vegne av lagmannsretten etter § 19-4 tredje ledd.
- (16) Det er ikke en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten har realitetsvurdert innholdet i barneverntjenestens uttalelse.
- (17) Lagmannsretten har gitt uttrykk for en korrekt forståelse av barnelova § 60 fjerde ledd når den har kommet til at det ikke var feil av tingretten å unnlate å gjennomføre muntlig forhandling.
- (18) B har nedlagt slik påstand:
- "1. Anken forkastes.  
2. A dømmes til å erstatte Bs saksomkostninger med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer."
- (19) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at anken gjelder lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovforståelse, som utvalget kan prøve, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav b og c.
- (20) Uttalelsen fra barneverntjenesten i Y kommune er fortsatt ikke blitt forelagt for partene. Da innholdet i uttalelsen ikke har betydning for det spørsmål ankeutvalget skal ta stilling til, har utvalget ikke ansett det nødvendig å forelegge uttalelsen for partene før utvalget treffer avgjørelse.
- (21) As første innsigelse mot saksbehandlingen er at den påankede kjennelsen ikke er avsagt på foreskrevet måte. På dette punkt kan anken ikke føre frem. Det er utvilsomt uheldig at tingretten refererte fra et utkast som har et annet utfall enn den endelige kjennelsen fra lagmannsretten, men det kan ikke rokke ved den avgjørelsen som ble forkynt for partene. Ved domstolene er det vanlig praksis å sende en bekreftet utskrift av kjennelsen til partene, uten at dommernes underskrifter fremgår. Det er ikke et vilkår at dommernes underskrifter skal fremgå av den bekreftede utskriften av avgjørelsen som partene mottar, så lenge rettsavgjørelsen finnes i underskrevet form i domstolen, jf. tvisteloven § 19-4 andre ledd og domstolloven §§ 160 og 162. Utvalget viser her også til Rt. 1992 side 1184, Rt. 2006 side 1295 avsnitt 18 og HR-2011-550-U.
- (22) Som grunnlag for saksbehandlingsanken er det for det andre anført at lagmannsretten har realitetsvurdert uttalelsen fra barneverntjenesten uten at denne var kjent for partene. Det hevdes at dette er et brudd på kontradiksjonsprinsippet. Om tingrettens saksbehandling har lagmannsretten uttalt:
- "Derimot mener lagmannsretten at det var en saksbehandlingsfeil at tingretten traff avgjørelse uten at partene var blitt gjort kjent med og gitt anledning til å kommentere, eventuelt imøtegå, uttalelsen fra barneverntjenesten."

- (23) Lagmannsretten har imidlertid ikke tillagt saksbehandlingsfeilen virkning, jf. tvisteloven § 29-21 første ledd. I kjennelsen begrunnes dette blant annet på følgende måte:
- "Grunnlaget for begjæringen om midlertidig avgjørelse er i all hovedsak straffesaken mot far og forhold knyttet til den, herunder påstått lojalitetssvikt ved å unnlate å opplyse om saken, dens betydning for vurderingen av fars omsorgsevne og risikoen for at sønnen blir stigmatisert. Uttalelsen fra barneverntjenesten inneholder intet som, så langt lagmannsretten kan se, bidrar til å kaste lys over disse forhold, ei heller spørsmålet om hvor det er best for barnet å bo. I det alt vesentlige inneholder uttalelsen en beskrivelse av barneverntjenestens kontakt med mor og far i forbindelse med to undersøkelsessaker, en initiert av mor, den andre av barneverntjenesten av eget tiltak etter at man ble kjent med straffesaken. Barneverntjenesten gir i uttalelsen ikke uttrykk for egne vurderinger..."**
- (24) I sin vurdering av om tingrettens saksbehandlingsfeil har hatt betydning for avgjørelsen, har lagmannsretten her vurdert innholdet i uttalelsen fra barneverntjenesten og lagt vekt på denne. Som nevnt var partene ikke kjent med uttalelsen, hverken da tingretten eller lagmannsretten behandlet saken. Lagmannsretten har følgelig realitetsbehandlet uttalelsen uten å gjøre partene kjent med denne. Partene har dermed blitt fratatt muligheten til å utdype sine anførsler knyttet til hvorvidt saksbehandlingsfeilen kan ha hatt betydning for tingrettens avgjørelse. Etter utvalgets syn innebærer dette bruddet på kontradiksjonsprinsippet en klar saksbehandlingsfeil fra lagmannsrettens side.
- (25) Etter tvisteloven § 29-21 første ledd skal feil ved saksbehandlingen tillegges virkning "hvis det er nærliggende at feilen kan ha hatt betydning for den avgjørelse som er anket". Brudd på det kontradiktoriske prinsipp er en alvorlig saksbehandlingsfeil, og det skal svært lite til før en slik feil anses å kunne ha hatt virkning på resultatet, jf. blant annet Rt. 2010 side 1025 avsnitt 56 og Rt. 2012 side 1218 avsnitt 52. Hvorvidt den saksbehandlingsfeil som er begått av tingretten, kan ha virket inn på tingrettens avgjørelse, beror på innholdet i barneverntjenestens uttalelse. På den bakgrunn finner utvalget det klart at det kan ha hatt betydning for lagmannsrettens avgjørelse at partene ikke var gjort kjent med innholdet i uttalelsen. Lagmannsrettens kjennelse må etter dette oppheves.
- (26) Etter tvisteloven § 30-15 første ledd skal som hovedregel også tingrettens avgjørelse oppheves dersom feil av lagmannsretten som fører til opphevelse, også "[r]ammer" tingrettens avgjørelse. I dette tilfellet har begge instanser brutt det kontradiktoriske prinsipp. Selv om vurderingstemaet har vært noe forskjellig for de to instansene, henger feilene så nøye sammen at de må anses som samme feil. Utvalget finner på denne bakgrunn at også tingrettens avgjørelse bør oppheves.
- (27) Det er etter dette ikke nødvendig for ankeutvalget å ta stilling til de andre ankegrunnene. Utvalget bemerker likevel at lagmannsretten i drøftelsen av saksbehandlingsfeilens betydning har uttalt at det "ikke [er] nærliggende at den har hatt betydning for tingrettens avgjørelse...". Vurderingstemaet etter tvisteloven § 29-21 første ledd er om feilen "kan ha hatt" betydning. Selv om lagmannsretten har gjengitt bestemmelsen korrekt tidligere i kjennelsen, skaper denne unøyaktigheten tvil om lagmannsretten har forstått bestemmelsen riktig.
- (28) A har påstått seg og/eller det offentlige tilkjent sakskostnader for alle instanser. Sakskostnader knyttet til krav om midlertidige avgjørelser skal avgjøres særskilt, ikke som del av hovedsaken, se Schei med flere, Tvisteloven kommentarutgave side 951. A har vunnet saken for Høyesterett, og etter det resultat ankeutvalget er kommet til, skulle hun også ha vunnet saken for lagmannsretten. Utvalget finner at hun i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd må tilkjennes fulle sakskostnader for disse instansene. Avgjørelsen av sakskostnadene for tingretten må derimot utsettes til tingrettens nye avgjørelse i saken, da

avgjørelsen avhenger av utfallet av den nye behandlingen, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd.

- (29) Siden A ikke har søkt om fri sakførsel for lagmannsretten eller Høyesterett, skal sakskostnadene tilkjennes henne og ikke det offentlige. Det er ikke fremsatt noe spesifisert kostnadskrav. Prosessfullmektigens salær for lagmannsretten og Høyesterett fastsettes samlet til 15 000 kroner inkludert merverdiavgift.
- (30) Kjennelsen er enstemmig.

#### S L U T N I N G :

1. Tingrettens og lagmannsrettens kjennelser oppheves.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler B til A 15 000 – femtentusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.
3. Avgjørelsen av sakskostnadene for tingretten utsettes til tingrettens nye behandling av saken.

Henrik Bull  
(sign.)

Jens Edvin A. Skoghøy  
(sign.)

Per Erik Bergsjø  
(sign.)

Riktig utskrift: