



NORGES HØYESTERETT

Den 16. januar 2012 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av justitiarius Schei og dommerne Falkanger og Kallerud i

HR-2012-00124-U, (sak nr. 2012/28), sivil sak, anke over kjennelse:

A (advokat Ove Andersen)

mot

B (advokat Arild Humlen)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder spørsmål om en far som ikke har lovlig opphold i Norge, har rettslig interesse i å anlegge søksmål om samværsrett med sine barn etter barneloven.
- (2) B tok 21. desember 2010 ut stevning og begjærte midlertidig avgjørelse i sak mot sin fraseparerte ektefelle A med påstand om samvær med partenes felles barn, født i 2000 og 2003.
- (3) Partene er afghanske statsborgere. A kom til Norge i 2008 med barna og ble i 2010 innvilget oppholdstillatelse. B kom til landet i 2009. Partene ble separert 29. mars 2011.
- (4) Ved Utlendingsnemndas vedtak 28. februar 2011 fikk B endelig avslag på sin søknad om beskyttelse og opphold på humanitært grunnlag. Utreisefristen ble satt til 31. mars 2011. Fristen ble imidlertid ikke overholdt, og sommeren 2011 søkte han om opphold i familiegjenforening. Denne søknaden er ikke endelig avgjort.
- (5) X tingrett avsa 2. september 2011 kjennelse med slik slutning:
”Sak 10-205561TVI-X avvises.”
- (6) Tingretten bygget på at B manglet rettslig interesse.
- (7) B anket til Agder lagmannsrett, som 18. november 2011 avsa kjennelse med slik slutning:

”Saken fremmes.”

- (8) A har anket lagmannsrettens kjennelse, og anfører i hovedsak:
- (9) B har ikke lovlig opphold i Norge, og han kan derfor ikke ha lovlig samvær her. Kravene til søksmålssituasjonen er da ikke oppfylt, jf. tvisteloven § 1-3. Spørsmålet om samvær i utlandet må også vurderes i forhold til søksmålssituasjonen. Lagmannsretten tar feil når den i avvisningsspørsmålet ikke har lagt vekt på at det er uaktuelt å gjennomføre samvær i utlandet. Samvær i utlandet forutsetter for øvrig at han ikke er i Norge, men i utlandet – altså at søksmålssituasjonen er en annen enn hva som faktisk er tilfelle.
- (10) A har nedlagt slik påstand:

- ”1. Saken avvises**
- 2. A, eventuelt det offentlige tilkjennes saksomkostninger.”**

- (11) B har tatt til motmæle, og har i hovedsak anført:
- (12) Lagmannsrettens forståelse av tvisteloven § 1-3 er riktig. B har et reelt behov for å få sitt krav om samvær avgjort selv om han ikke har lovlig opphold i Norge. Det vises herunder til at foreldre som er bosatt i utlandet, har samme adgang til å reise søksmål som foreldre bosatt i Norge.
- (13) B har nedlagt slik påstand:

”Prinsipalt:

- 1. Anken forkastes.**
- 2. B v/ det offentlige tilkjennes sakens omkostninger.**

Subsidiært:

- 1. Saken fremmes.**
- 2. B v/ det offentlige tilkjennes sakens omkostninger.”**

- (14) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at anken er en videre anke, og at ankeutvalgets kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og lovtolkning, jf. tvisteloven § 30-6.
- (15) Anken retter seg ikke mot saksbehandlingen, og spørsmålet er derfor om lagmannsrettens tolkning av tvisteloven § 1-3 er riktig. Fra lagmannsrettens premisser gjengis følgende:

”Tvisteloven § 1-3 angir grunnleggende vilkår for å anlegge søksmål. Etter bestemmelsens annet ledd må den som reiser saken påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partene tilknytning til det. Spesielt i grensetilfellene må vilkårene undergis en helhetsvurdering, og da først og fremst opp mot behovet for å få avgjort av domstolene det kravet som er fremmet, se Schei m.fl., Tvisteloven I side 35-36.

Det følger av barneloven §§ 42 og 43 at barn har rett til samvær med begge sine foreldre, og at den av foreldrene som ikke bor sammen med barnet, har rett til samvær med mindre annet blir avtalt eller fastsatt.

Forholdet mellom foreldre og barn er en særlig relasjon, og det skal etter lagmannsrettens oppfatning svært mye til for å konstatere at barnets mor eller far ikke har rettslig interesse i å prøve for domstolene et krav om samværsrett i et tilfelle hvor den andre av foreldrene motsetter seg dette, jf. barneloven § 56 første punktum. Foreldre bosatt i utlandet har den samme adgang til å reise søksmål som foreldre bosatt i Norge. Betydningen av at et samvær kan være vanskelig å gjennomføre på grunn av kostnadene forbundet med dette, hører til realitetsavgjørelsen. Når tingretten som en del av begrunnelsen for sin avgjørelse legger vekt på at samvær i utlandet ikke er aktuelt å gjennomføre fordi dette forutsetter en økonomisk bæreevne som ingen av dem har sannsynliggjort at de innehar, er dette et moment som hører til realitetsavgjørelsen.

Hovedbegrunnelsen for at tingretten har konstatert manglende søksmålsadgang for B, er at han er besluttet utvist og ikke har lovlig adgang til opphold her. Det legges til grunn at han av den grunn ikke har rettslig adgang til å oppfylle det samvær han har bedt om i saken. Tingretten har videre lagt til grunn at interessen i å posisjonere seg i forhold til en søknad om familiegjenforening, ikke gir tilstrekkelig rettslig interesse i hovedsaken.

Lagmannsretten har ovenfor lagt til grunn som et klart utgangspunkt at B har adgang til å reise søksmål om samværsretten selv om han oppholder seg i utlandet, og at hans muligheter til å utøve samvær er et moment retten må vurdere ved realitetsavgjørelsen. Lagmannsretten legger for sin del ikke så stor vekt på partens status i forhold til utlendingsmyndighetene og spørsmålet om opphold i Norge. Han oppholder seg rent faktisk her, og det er ikke holdepunkter for at søksmålet bare er anlagt for å posisjonere seg i forhold til utlendingsmyndighetene. Hvilken virkning det vil få for behandlingen av en søknad om familiegjenforening og pålegget om å forlate landet at han har reist sak om samværsrett, er et spørsmål lagmannsretten anser for å være av underordnet betydning ved vurderingen av søksmålsadgangen. Også dette er momenter som hører til realitetsavgjørelsen.

Ankemotparten har gjort gjeldene at B ikke kan høres med en argumentasjon langs to "prosessuelle spor", ett som forutsetter opphold i Norge, og ett som gjelder samvær i utlandet. Dette kan ikke være holdbart. I saker om samværsrett etter barneloven skal retten basere avgjørelsen på hva som antas å være til barnets beste uten å være bundet av partenes påstander og anførsler."

- (16) Ankeutvalget kan ikke se at dette gir uttrykk for en uriktig tolkning av tvisteloven § 1-3. Anken må etter dette forkastes.
- (17) Etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd jf. § 20-8 annet ledd annet punktum skal A erstatte Bs sakskostnader. Tungtveiende grunner gjør det imidlertid rimelig at hun fritas for erstatningsansvaret, jf. § 20-2 tredje ledd. Utvalget legger vekt på at saken har reist prinsipielle og praktiske spørsmål, som er av velferdsmessig betydning for partene.

S L U T N I N G:

- 1. Anken forkastes.
- 2. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Aage Thor Falkanger
(sign.)

Tore Schei
(sign.)

Knut H. Kallerud
(sign.)

Riktig utskrift: