



NORGES HØYESTERETT

Den 23. februar 2012 avsa Høyesterett dom i

HR-2012-00405-A, (sak nr. 2012/32), sivil sak, anke over dom,

A (advokat Mette Yvonne Larsen)

mot

B (advokat Nils Arild Istad – til prøve)

STEMMEGIVNING :

- (1) Kst. dommer **Arnesen**: Saken gjelder rettslige grenser for fastsettelse av samværsrett for andre enn foreldre.
- (2) A, født 3. desember 1971, og B, født 25. mai 1970, har fellesbarnet C, født 26. mai 2005.
- (3) Partene har ikke vært gift, og de har heller ikke bodd sammen. Det var før og under første del av svangerskapet et kortvarig kjæresteforhold mellom dem. Moren har hatt foreldreansvaret alene, og gutten har bodd fast hos henne.
- (4) Faren hadde ukentlig samvær av en times varighet i guttens første leveår, deretter en økning til 3–4 timer i uken. Fra gutten var halvannet år, hadde han overnattingssamvær to helger i løpet av seks uker, tilpasset farens turnusarbeid i X. Farens siste samvær med gutten var helgen 30. oktober til 1. november 2009.
- (5) Den 12. november 2009 ble faren anmeldt av moren for seksuelle overgrep mot gutten. Faren ble pågrepet 15. desember 2009, og ilagt besøksforbud. I første omgang motsatte han seg ikke besøksforbud. Da forbudet ble begjært forlenget, motsatte han seg imidlertid dette, og begjæringen ble da ikke tatt til følge av Oslo tingrett. Straffesaken ble

4. juni 2010 henlagt som intet straffbart forhold. Etter klage fra moren opprettholdt statsadvokaten både henleggelsen og henleggelseskoden ved brev av 30. juni 2010.
- (6) Faren tok ut stevning 18. mai 2010 med påstand om at gutten skulle ha fast bosted hos ham og samvær med moren fastsatt etter rettens skjønn. Morens påstand var at gutten skulle ha fast bosted hos henne, og ikke ha samvær med faren, subsidiært samvær med far under tilsyn fastsatt etter rettens skjønn.
- (7) I saksforberedende møte 25. juni 2010 inngikk partene avtale om 16 timers samvær med tilsyn som en midlertidig ordning frem til neste saksforberedende møte. Samværet skulle finne sted i en samværsleilighet drevet av Kirkens Bymisjon, hvor bymisjonen tilrettelegger for samvær og stiller med tilsynspersonale. I dette møtet ble det også i medhold av barneloven § 61 første ledd nr. 1 oppnevnt sakkyndig for å vurdere samværs spørsmålet.
- (8) Det første samværet ble avtalt til 15. juli 2010. Dette ble ikke gjennomført.
- (9) Overlege dr. med. Henning Værøy, spesialist i psykiatri, ble 12. oktober 2010 oppnevnt som ny sakkyndig i medhold av barneloven § 61 første ledd nr. 3. Han avga sakkyndig erklæring 9. november 2010. Konklusjonen der var at gutten skulle bo fast hos moren, og etter en opptrappingsperiode ha vanlig samvær med faren.
- (10) Oslo tingrett avsa 27. januar 2011 dom og kjennelse. Domsslutningen har dette innhold:
- ”1. C f. 26. mai 2005 skal ha fast bosted hos mor, A.
 2. C f. 26. mai 2005 skal ha samvær med sin far, B på følgende måte:
 - a. Det skal gjennomføres dagsamvær av to timers varighet hver uke i åtte uker med tilsynsperson oppnevnt av departementet jf. barnelova § 43 tredje ledd på tid og sted som fastsatt av tilsynspersonen.
 - b. Det skal deretter gjennomføres dagsamvær av fire timers varighet per uke på lørdager fram til barnets sommerferie. A utpeker senest en uke før hvert samvær en trygghetsperson, som skal være til stede under samværet. Hvis A ikke i tide utpeker en slik trygghetsperson, skal B utpeke trygghetspersonen.
 - c. Det skal ikke være samvær i barnets sommerferie.
 - d. Det skal gjennomføres dagsamvær av seks timers varighet per uke fra barnets sommerferie annen hver lørdag og kveldsamvær av tre timer fra kl 16.00 til kl 19.00 hver onsdag.
 - e. Det skal gjennomføres vanlig samvær etter barnelova § 43 fra januar 2012.
 3. Sakskostnader tilkjennes ikke.”
- (11) Slutningen i kjennelsen lyder slik:
- ”1. Dommens post 1 og 2 iverksettes fra 15. februar 2011.
 2. Sakskostnader tilkjennes ikke.”
- (12) Samvær i henhold til dommen og kjennelsen ble avtalt til 4. april 2010. Heller ikke dette samværet ble gjennomført.

- (13) Begge parter anket tingrettens dom, og etter partenes ønske ble psykologspesialist Siv Leganger oppnevnt som sakkyndig for lagmannsretten i henhold til barneloven § 61 nr. 3. Hun avga rapport 21. august 2011.
- (14) Borgarting lagmannsrett avsa 28. april 2011 kjennelse om midlertidig avgjørelse med slik slutning:
- ”1. C skal ha fast bosted hos A til rettskraftig avgjørelse i hovedsaken foreligger.
 2. Frem til rettskraftig avgjørelse i hovedsaken foreligger skal C ha samvær med B to timer to ganger i måneden under tilsyn etter forskrift 7. desember 2006 nr. 1320. I mai og juli 2011 er det bare ett samvær. Dette gjelder til de 16 timene etter forskriften er brukt opp. Deretter er det samvær to timer to ganger i måneden uten tilsyn.
 3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler B til A 2 000 – totusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne kjennelse.
 4. I sakskostnader for tingretten betaler B til A 2 000 – totusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.”
- (15) Heller ikke det samværet denne kjennelsen gir anvisning på, ble gjennomført.
- (16) For lagmannsretten trakk faren anken over tingrettens dom punkt 1 om fast bosted. Bakgrunnen var den sakkyndiges erklæring, samt tidsforløpet siden gutten hadde sett faren. Faren så det slik at det var til guttens beste å bli boende hos moren. Under tingrettsbehandlingen hadde han imidlertid blitt klar over at han ikke hadde del i foreldreansvaret for gutten. For lagmannsretten fremsatte han derfor krav om delt foreldreansvar.
- (17) Borgarting lagmannsrett avsa 21. oktober 2011 dom med slik domsslutning:
- ”1. A skal alene ha foreldreansvaret for C.
 2. C skal ha følgende samvær med D:
 - a. Det skal gjennomføres dagsamvær av fire timers varighet to ganger i måneden i to måneder, første gang i uke 45.
 - b. Etter gjennomførte fire dagsamvær skal det gjennomføres overnattingsamvær fra lørdag kl 12.00 til søndag kl 12.00 to ganger per måned frem til 1. juli 2012, likevel slik at A kan ta med barnet på fire ukers ferie i løpet av skolens sommerferie.
 3. C skal ha følgende samvær med B:
 - a. Fra 1. mars 2012 skal det gjennomføres dagsamvær av to timers varighet i løpet av fire måneder med tilsynsperson oppnevnt av departementet jf. barnelova § 43 tredje ledd jf. forskrift om oppnevning av tilsynsperson av 7. desember 2006 nr 1360, på tid og sted som fastsatt av tilsynspersonen.
 - b. Fra 1. juli 2012 skal det gjennomføres overnattingsamvær fra lørdag kl 12.00 til søndag kl 12.00, likevel slik at mor kan ta med barnet på fire ukers ferie i løpet av skolens sommerferie.
 - c. Det skal deretter gjennomføres vanlig samvær etter barneloven § 43 fra og med 1. september 2012.
 4. Hver av partene dekker sine egne sakskostnader.”

(18) Lagmannsretten så det slik at begge parter hadde samtykket til at D – fars søster og guttens tante – skulle ha samvær. Dette var også noe hun ønsket på selvstendig grunnlag.

(19) A har anket over domsslutningen post 2, 3, og 4. Anken gjelder saksbehandlingen, rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.

(20) Høyesteretts ankeutvalg traff 13. januar 2012 slik beslutning:

”Anken tillates fremmet for så vidt det er anket over saksbehandlingen og rettsanvendelsen vedrørende samværsrett for D. For øvrig nektes anken fremmet.

Høyesterett vil etter dette prøve om det er feil i saksbehandlingen eller rettsanvendelsen for domsslutningens punkt 2. Høyesterett vil også prøve om eventuelle feil ved at D er gitt samværsrett, kan ha hatt betydning for den samværsrett, herunder omfanget og utformingen av samværsretten, B er gitt etter domsslutningens punkt 3. I den grad det skulle bli nødvendig med bevisføring for å avgjøre om eventuelle feil som nevnt også må få virkning for domsslutningens punkt 3, må dette i tilfelle skje ved fortsatt behandling av spørsmålet for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 30-14 annet ledd.”

(21) Heller ikke etter lagmannsrettens dom har det vært noen form for samvær mellom far og sønn.

(22) Den ankende part – A – har i hovedtrekk anført:

(23) Lagmannsrettens dom bygger på at det er gitt samtykke til dom på samvær for guttens tante, D. Dette er ikke riktig.

(24) Uansett om det er gitt samtykke eller ikke, er det i en situasjon som den foreliggende ikke hjemmel for å gi dom for selvstendig samvær for tante. Det er ikke adgang til å fastsette slik samværsrett som vilkår etter barneloven § 43 tredje ledd. Bestemmelsen gir bare hjemmel for å fastsette vilkår for ”gjennomføringa av samværsretten” etter første ledd.

(25) Det er heller ikke til barnets beste å gi far samværsrett, når slikt samvær forutsetter tiltak det ikke er rettslig adgang til å gi dom for.

(26) A har nedlagt slik påstand:

”1. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 2 og 3 oppheves.

2. A tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett med kr. 112 812,50”

(27) Ankemotparten – B – har i hovedsak anført:

(28) Guttens tante er ikke gitt en selvstendig samværsrett, men en begrenset rolle i en periode for å bidra til reetablering av kontakten mellom ham og faren, og ordningen faller dermed innenfor vilkårshjemmelen i barneloven § 43 tredje ledd.

(29) I den grad det foreligger saksbehandlingsfeil, har det ikke hatt betydning for domsresultatet. Den løsningsdommen gir anvisning på, er til barnets beste.

(30) Under enhver omstendighet er det ikke en slik sammenheng mellom punktene 2 og 3 i lagmannsrettens domsslutning at også punkt 3 oppheves dersom punkt 2 blir opphevet.

(31) B har nedlagt slik påstand:

”Prinsipalt: Anken forkastes.

Subsidiært: Slutningens punkt 2 oppheves. For øvrig forkastes anken.

I alle tilfeller: B tilkjennes sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”

(32) *Jeg er kommet til at lagmannsrettens dom, domsslutningens punkt 2 og 3, må oppheves.*

(33) Punkt 2 i domsslutningen gir guttens tante en selvstendig, men tidsbegrenset, samværsrett. Leses dette punktet i sammenheng med punkt 3, fremgår det at samværet er ment som et ledd i guttens tilvenning til faren og farens familie. Tantens samvær med gutten skal etter lagmannsrettens dom starte før farens samvær med ham. Deretter skal det eksistere ved siden av farens samvær, for så å fases ut.

(34) Lagmannsretten har gitt slik begrunnelse for ordningen:

”Lagmannsretten har på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering funnet at det er til C’ beste at det etableres alminnelig samvær med faren, og at dette igangsettes forholdsvis snarlig. Dersom det tar for lang tid før kontakt mellom far og sønn reetableres, kan det medføre at situasjonen blir enda vanskeligere.

Lagmannsretten mener det er viktig å finne løsninger som ikke innebærer bruk av tvang.

På grunn av det lange tidsforløpet, og de reaksjoner C har rundt faren, bør det være en gradvis opptrapping frem til alminnelig samvær er etablert.

Begge parter har samtykket til at D, fars søster og C’ tante, har samvær. D ønsket på selvstendig grunnlag å ha samvær med C. Begge parter har tillit til henne, og hun har hatt et godt forhold til C. Lagmannsretten anser slikt samvær som positivt for C, og det vil være en naturlig og god introduksjon til samvær med faren, og farens øvrige familie etter hvert.

...

Lagmannsretten finner at samvær mellom D og C bør igangsettes umiddelbart, men slik at også dette samværet økes gradvis fra formiddagsbesøk over noen timer, til overnattingsbesøk etter hvert.

Lagmannsretten legger til grunn at D lojalt følger lagmannsrettens intensjon om at samvær med faren og øvrig familie ligger lenger frem i tid.”

(35) Etter barneloven § 45 kan andre enn en forelder gis samværsrett der den ene eller begge foreldrene er døde, eller der en forelder er nektet samvær. Det er imidlertid ikke gjort gjeldende at denne bestemmelsen er anvendelig i vår sak. Dette er jeg enig i.

(36) Lagmannsretten har lagt til grunn at partene har samtykket i å gi selvstendig samværsrett til D. Den ankende part har bestridt at hun har gitt noe slikt samtykke. Det er vanskelig å ta stilling til denne anførselen, men jeg finner ikke å kunne å se bort fra at det her foreligger en misforståelse fra lagmannsrettens side. Uansett må en samværsrett etablert ved dom ligge innenfor den ramme for samværsrett som er trukket opp i barneloven § 43.

- (37) Ankemotparten har også vist til at det kunne vært inngått rettsforlik om en slik samværsordning. Holdbarheten av denne anførselen – som jeg ikke kan se har betydning for rettsvirkningen av et eventuelt samtykke utenfor rettsforlik – går jeg ikke inn på.
- (38) Barneloven § 43 første ledd bestemmer at den av foreldrene som barnet ikke bor sammen med, har rett til samvær med barnet om ikke annet er avtalt eller fastsatt. Etter bestemmelsens tredje ledd første punktum kan det ”setjast vilkår for gjennomføringa av samværsretten”. Ordlyden tilsier at det siktes til vilkår knyttet til gjennomføringen av samværsretten etter § 43 første ledd.
- (39) Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen, jf. Ot.prp. nr. 56 (1996–97) side 66, at det særlig siktes til vilkår om tilsyn under samvær. I Ot.prp. nr. 103 (2004–2005), på side 30, blir det fremholdt:
- ”Samvær under tilsyn innebærer at en annen person er til stede, fordi det på grunn av samværsforelderens egenskaper ikke er ønskelig at han eller hun er alene med barnet, eller i en overgangsperiode hvis barnet ikke kjenner samværsforelderens særlig godt.”**
- (40) Tilsyn under samvær er således et vilkår som kan benyttes der barnet ikke har hatt videre kontakt med den samværsberettigete. At det heller ikke er uvanlig at det stilles vilkår om tilsyn under samvær i slike tilfeller, fremgår av Smith og Lødrup, Barn og foreldre, 7. utgave, side 177, hvor det også er videre henvisninger til praksis.
- (41) Den mulighet at en slektning gis en selvstendig samværsrett ved siden av foreldrenes – en samværsrett som kan tvangsfullbyrdes etter barneloven § 65 annet ledd – er ikke omtalt i lovforarbeidene.
- (42) En slik ordning representerer et inngrep i foreldrenes samværsrett. Også hensynet til barnets beste reiser særlige spørsmål i slike tilfelle. Som nevnt gir barneloven § 45 adgang til å fastsette samværsrett for andre enn foreldrene der den ene eller begge foreldrene er døde, eller der en forelder er nektet samvær. I det sistnevnte tilfellet kan det fastsettes samvær for foreldrene til den som er nektet samvær, men bare på det vilkår at vedkommende ikke får møte barnet. En samværsrett som løper ved siden av begge foreldres samværsrett, åpner § 45 ikke for. Dette er i Ot.prp. nr. 56 (1996–97) side 62, begrunnet med at det ”synes vanskelig forenlig med prinsippet om barnets beste å tillate at det fastsettes to samværsordninger som løper parallelt”.
- (43) Dersom det var lovgivers intensjon at barneloven § 43 tredje ledd likevel skulle hjemle vilkår om slike ordninger, hadde det derfor vært nærliggende at dette var blitt omtalt nærmere i forarbeidene.
- (44) Jeg kan etter dette ikke se at barneloven § 43 tredje ledd gir adgang til å gi barnets tante en slik samværsrett som lagmannsretten har fastsatt, selv om den er tidsbegrenset.
- (45) Lagmannsrettens domsslutning punkt 2 må derfor oppheves.
- (46) Jeg føyer likevel til at barneloven § 43 ikke er til hinder for at partene seg i mellom avtaler andre løsninger enn dem loven gir domstolene adgang til å fastsette.

- (47) Etter domsslutningens punkt 3 starter farens samvær med gutten først om lag fire måneder etter oppstarten for tantens samvær, for så å løpe parallelt med tantens i fire måneder. Deretter har ikke tanten samværsrett.
- (48) Lagmannsretten har begrunnet samværsordningen i behovet for en gradvis tilvenning til farens familie og opptrapping til vanlig samvær mellom faren og gutten. Når domsslutningens punkt 2 oppheves, faller en viktig premiss for utformingen av domsslutningens punkt 3 bort. Jeg finner derfor at sammenhengen mellom punkt 2 og punkt 3 tilsier at også domsslutningens punkt 3 må oppheves.
- (49) Anken har ført frem. Etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 har da A krav på full erstatning for sine sakskostnader i ankesaken fra motparten. Saken har imidlertid reist prinsipielle spørsmål, og tungtveiende grunner tilsier at sakskostnader ikke blir tilkjent.
- (50) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 2 og 3, oppheves.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

- (51) Dommer **Noer:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (52) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (53) Dommer **Bårdsen:** Likeså.
- (54) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (55) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punkt 2 og 3, oppheves.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: