



NORGES HØYESTERETT

Den 17. april 2012 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Matningsdal, Noer og Bull i

HR-2012-00758-U, (sak nr. 2012/620), sivil sak, anke over kjennelse:

A (advokat Einar With
v/adv.flm. Christina Marie Bjørge)

mot

B (advokat Per Øyvin Andersen
v/adv.flm. Kjetil Hauan Andersen)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder foreløpig avgjørelse etter barnelova § 60 første ledd, og reiser spørsmålet om lagmannsretten hadde adgang til å realitetsbehandle anken over tingrettens kjennelse.
- (2) Ektefellene A og B har ett felles barn, C, født 8. september 2009. Etter et samlivsbrudd flyttet A 5. november 2011 med datteren fra X til Y og senere til Z, som er As barndomshjem i Sogn og Fjordane.
- (3) Den 8. november 2011 fremmet B begjæring til Æ tingrett om foreløpig avgjørelse om at C skulle ha fast bosted hos henne og samvær med A, jf. barnelova § 60 første ledd tredje punktum. A innga tilsvaer og påsto begjæringen forkastet.
- (4) Æ tingrett avsa 1. desember 2011 kjennelse med slik slutning:

 ”1. Begjæring om foreløpig avgjørelse forkastes.

 2. Saksomkostninger tilkjennes ikke.”
- (5) B innga 28. desember 2011 anke til Agder lagmannsrett. Den 12. januar 2012 tok hun også ut stevning for Æ tingrett med krav om at C skulle ha fast bosted hos henne og samvær med A.
- (6) Agder lagmannsrett avgjorde anken ved kjennelse 5. mars 2012. Lagmannsretten fant at den midlertidige avgjørelsen nå skulle treffes etter barnelova § 60 første ledd første punktum istedenfor tredje punktum, og at det ikke var grunnlag for heving av ankesaken. Lagmannsrettens kjennelse har slik slutning:

”1. C, fødd 8. september 2009, skal bu fast hos B inntil saka er endeleg avgjort.

2. C og A skal – inntil saka er endeleg avgjort – ha samvær med kvarandre tredje kvar helg, frå torsdag ettermiddag til måndag morgon.

3. Erstatning for sakskostnader vert ikkje tilkjend.”

- (7) A har i rett tid anket avgjørelsen til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens forståelse av barnelova § 60 første ledd. Det anføres at anken til lagmannsretten skulle ha vært avvist etter at stevning i saken var tatt ut, jf. Rt. 1999 side 1255. Det er lagt ned slik påstand:

”1. Anken tas inn til behandling.

2. Agder Lagmannsretts kjennelse av 5. mars 2012 oppheves.

3. A tilkjennes sakens omkostninger.”

- (8) B har tatt til motmæle og anført at anken må avvises på grunn av manglende rettslig interesse. Subsidiært anføres det at rettsoppfatningen som kommer til uttrykk i Rt. 1999 side 1255, i dag neppe er riktig. De beste grunner taler for ikke å oppstille noe prosessuelt skille mellom saker etter første og tredje punktum i barnelova § 60 første ledd. Det er lagt ned slik påstand:

”1. Anken avvises.

2. Agder lagmannsretts kjennelse av 05.03.2012 stadfestes.

3. B / det offentlige tilkjennes sakens omkostninger.”

- (9) Det er opplyst at C nå bor hos sin mor og har samvær med sin far i henhold til slutningen i lagmannsrettens kjennelse.
- (10) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at anken gjelder lagmannsrettens forståelse av barnelova § 60. Denne kan ankeutvalget prøve, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav c.
- (11) Ankeutvalget behandler først spørsmålet om den ankende part – A – mangler rettslig interesse i få anken over lagmannsrettens kjennelse behandlet. Ankemotparten har anført at en opphevelse av lagmannsrettens kjennelse ikke vil gi A noe krav på å få den daglige omsorgen overført til seg. Etter samlivsbruddet vil han nemlig ikke ha noen større rett enn ankemotparten – B – til å ha barnet boende hos seg. Det anføres at A derfor ikke har rettslig interesse i saken.
- (12) Til dette er å bemerke at lagmannsrettens avgjørelse, om den blir stående, innebærer en endring i As rettslige stilling. En eventuell begjæring fra A om å få omsorgen midlertidig overført til seg, vil da måtte ta form av en begjæring om endring av lagmannsrettens avgjørelse. En slik begjæring vil bare kunne tas til følge dersom det foreligger ”særlege grunnar” etter barnelova § 64 annet ledd tredje punktum jf. annet punktum. Dette er et strengere vilkår enn det som gjelder dersom det på forhånd ikke foreligger en slik avgjørelse. Den ankende part har derfor en reell interesse i å få en prøving av lagmannsrettens avgjørelse.
- (13) Spørsmålet er videre om B, som var ankende part for lagmannsretten, hadde rettslig interesse i å få realitetsbehandlet anken over tingrettens midlertidige avgjørelse etter at det var reist søksmål for tingretten om fastsettelse av fast bosted og samvær.

- (14) Begjæring om foreløpig avgjørelse om fast bosted og samvær kan etter barnelova § 60 første ledd tredje punktum tas til følge før det er tatt ut stevning i saken dersom ”særlege grunnar” taler for det. Begjæringen til tingretten på dette grunnlag ble ikke tatt til følge i nærværende sak. Tingrettens avgjørelse ble anket til lagmannsretten, men før lagmannsretten hadde avgjort saken, ble det tatt ut stevning for tingretten. Etter barnelova § 60 første ledd første punktum kreves det ikke ”særlege grunnar” for å ta til følge en begjæring om foreløpig avgjørelse etter at stevning er tatt ut. Spørsmålet er om dette betyr at den ankende part da har mistet sin rettslige interesse i få anken behandlet og er henvist til å fremsette en ny begjæring for tingretten, nå basert på § 60 første ledd første punktum.
- (15) Høyesteretts kjæremålsutvalg kom i Rt. 1995 side 1071 til at en part som ikke har fått medhold i sin begjæring om foreløpig avgjørelse basert på de materielle vilkår som gjelder før stevning er tatt ut, ikke lenger har rettslig interesse i få overprøvd dette etter at stevning er tatt ut, og det følgelig gjelder andre materielle vilkår. Kjæremålsutvalget så det slik at saken var kommet inn i en annen fase etter saksanlegget. Begjæringen kunne nå fremmes for byretten på grunnlag av de materielle kriterier som gjaldt etter at stevning var tatt ut. Kjæremålsutvalget tok imidlertid forbehold for tilfelle hvor begjæringen var tatt til følge og så påkjært av motparten – da måtte motparten fortsatt ha rettslig interesse i et videre kjæremål. Det siste synspunktet er fulgt opp i Rt. 1997 side 1247, selv om spørsmålet der ikke var problematisert, og videre i Rt. 2003 side 1496 og Rt. 2008 side 1150. I sistnevnte avgjørelse fastholdt imidlertid ankeutvalget standpunktet om manglende rettslig interesse i ankeomgangen når en begjæring om foreløpig avgjørelse før stevning ikke er tatt til følge av underinstansen, og stevning så tas ut før anken er avgjort.
- (16) Lagmannsretten har i nærværende sak likevel realitetsbehandlet anken over tingrettens nektelse av å ta begjæringen om foreløpig avgjørelse til følge. Den har da anvendt de materielle krav som følger av barnelova § 60 første ledd første punktum, ikke § 60 første ledd tredje punktum. Vurderingen har altså ikke tatt utgangspunkt i om det foreligger ”særlege grunnar” som krevd i tredje punktum.
- (17) Lagmannsretten har lagt vesentlig vekt på at Bs begjæring kom som en reaksjon på at A på egenhånd og uten avtale hadde tatt barnet med seg fra det som hadde vært barnets bolig frem til da.
- (18) Ankeutvalget vil bemerke at i slike saker må spørsmålet om rettslig interesse – her kravet til en situasjon som innebærer et reelt behov for saksøker for å få sin begjæring avgjort – skje på grunnlag av prinsippet om barnets beste, jf. barnelova § 48 som gjør det klart at dette også gjelder for saksbehandlingsspørsmål. Dette prinsippet ligger til grunn for barnelova § 59 første ledd, der det heter at ”[d]ommaren skal påskunde saka så mykje som mogeleg”.
- (19) Slik lagmannsretten har gjort, må det i denne sammenheng kunne legges vekt på at begjæringen er fremsatt som reaksjon på at motparten har tatt seg til rette. Ettersom man i disse sakene, for øvrig også av hensyn til barnets beste, tenderer mot å ville opprettholde en situasjon som har ”satt seg”, vil vedkommende i praksis få styrket sin sak jo lengre tid det går før begjæringen kan avgjøres. Det ville være uheldig om rettsordenen skulle legge til rette for dette. Det tilsier at man velger den raskeste behandlingsmåten fremfor den mindre raske – og altså lar lagmannsretten behandle anken fremfor å kreve at begjæringen må fremsettes på ny for tingretten.
- (20) Rett nok var det også i Rt. 2008 side 1150 tale om et tilfelle der motparten etter samlivsbruddet på egenhånd hadde tatt barnet med seg fra det som til da hadde vært familiens

felles hjem. Men i det tilfellet var barnet ført ut av landet. Selv om det var fremmet krav om tilbakeføring av barnet til Norge i henhold til barnebortføringskonvensjonen, må det ha vært klart at dette uansett ville ta noen tid å gjennomføre. Dermed fikk tidsaspektet nødvendigvis en annen betydning enn i nærværende sak.

- (21) Også i Rt. 1995 side 1071 var situasjonen i så måte annerledes. Der forelå det i utgangspunktet et rettsforlik om at den ene av foreldrene skulle ha foreldreansvaret og den daglige omsorgen. Så flyttet sønnen på et tidspunkt av eget tiltak til den andre av foreldrene, som deretter begjærte foreløpig avgjørelse om delt foreldreansvar og daglig omsorg. Noe element av selvtekt forelå følgelig ikke, og tidsaspektet hadde heller neppe samme betydning som i nærværende sak.
- (22) Ankeutvalget mener derfor at lagmannsretten har forstått barnelova § 60 første ledd riktig ved å realitetsbehandle anken i dette tilfellet.
- (23) Ankeutvalget tilføyer at det i denne situasjonen også var riktig av lagmannsretten å avgjøre saken basert på barnelova § 60 første ledd første punktum. Utvalget finner en viss støtte for dette i Rt. 1999 side 1255, der det ble fremhevet at etter at søksmål var reist, kunne sakens utfall ikke lenger bero på om det forelå "særlege grunner" etter den bestemmelsen som nå finnes i § 60 første ledd tredje punktum.
- (24) Anken blir etter dette å forkaste.
- (25) Ankemotparten har dermed vunnet frem. Hun har krevd seg/det offentlige tilkjent sakskostnader. Hun har fri sakførsel og sakskostnader må eventuelt tilkjennes det offentlige. Ankeutvalget finner ikke grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd og tilkjenner det offentlige 7 000 kroner i sakskostnader.
- (26) Kjennelsen er enstemmig.

S L U T N I N G :

1. Anken forkastes.

2. A betaler i sakskostnader til det offentlige 7 000 - syvtusen - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

Ragnhild Noer
(sign.)

Magnus Matningsdal
(sign.)

Henrik Bull
(sign.)

Riktig utskrift: