



NORGES HØYESTERETT

Den 3. oktober 2022 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Indreberg, Falch og Thyness i

HR-2022-1859-U, (sak nr. 22-130721SIV-HRET), sivil sak, anke over beslutning og (sak nr. 22-131239SIV-HRET), sivil sak, anke over kjennelse:

A (advokat Morten Engesbak)

mot

B (advokat Henning Brath)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder anke over lagmannsrettens avgjørelse om å nekte en anke fremmet i medhold av tvisteloven § 29-13 andre ledd i sak om fast bosted og samvær etter barneloven.
- (2) A (far) og B (mor) er foreldre til C, født 00.00.2015. Foreldrene skilte lag i 2016. Etter samlivsbruddet har de hatt felles foreldreansvar og inngått flere samværsavtaler. Den sist fremlagte avtalen er fra 1. oktober 2018, og ifølge denne skulle barnet bo halvparten av tiden hos hver av foreldrene.
- (3) Den 14. november 2020 innga B stevning til Oslo tingrett med krav om å få foreldreansvar alene for C, samt fast bosted hos seg. A ga tilsva 14. januar 2021, der han krevde felles foreldreansvar og delt bosted for C.
- (4) I forbindelse med det første saksforberedende møtet den 20. januar 2021 ble psykolog Elwira Magdalene Fiecko oppnevnt som sakkyndig etter barneloven § 61 nr. 1. Foreldrene ble i dette møtet enige om en midlertidig avtale som gikk ut på at C skulle bo hos far torsdag til mandag i uke 1 og onsdag til fredag i uke 2.
- (5) Den 26. april 2021 ble det igjen avholdt saksforberedende møte. Partene avtalte at den midlertidige avtalen fra forrige rettsmøte skulle videreføres. I forkant av rettsmøtet uttrykte den sakkyndige at C burde utredes av BUP med tanke på mulig utviklingsforstyrrelse, men etter samtale med foreldrene fant ikke BUP grunnlag for å igangsette utredning.
- (6) I saksforberedende møte 28. september 2021 kom partene ikke til enighet, og det ble berammet hovedforhandling. Partene inngikk en ny midlertidig avtale som skulle gjelde frem til hovedforhandlingen. Denne gikk ut på at C skulle bo hos far annenhver tirsdag til mandag,

og deretter hos mor fra mandag til neste tirsdag. Det kom ingen innsigelser til at retten oppnevnte psykolog Fiecko til å utrede saken etter barneloven § 61 nr. 3. Den sakkyndige avga rapport 23. januar 2022.

- (7) Hovedforhandling ble avholdt 14. og 15. februar 2022. Under hovedforhandlingen ba A om at saken skulle utsettes, jf. tvisteloven § 16-4. Det ble anført at rapporten til den sakkyndige hadde åpenbare svakheter og at retten derfor ikke hadde et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Retten tok ikke begjæringen til følge. Oslo tingrett avsa 28. februar 2022 dom med slik domsslutning:

- «1. B og A skal ha felles foreldreansvar for C, født 00.00.15.
- 2. C skal bo fast hos sin mor B.
- 3. C skal ha følgende samvær med sin far A:
 - Fredag ettermiddag til tirsdag morgen annenhver uke.
 - Hver onsdag ettermiddag uten overnatting.
 - Tre uker i sommerferien.
 - Annenhver høst-, jule-, vinter-, og påskeferie. C skal være hos far i påsken 2022. C skal være hos mor høstferien 2022. Juleferien 2022 skal C være hos far. Vinterferien 2023 skal C være hos mor. Deretter skal disse feriene rulleres mellom foreldrene
- 4. Hver av partene betaler egne sakskostnader.»

- (8) A anket tingrettens dom, slutningen punkt 2-4, til Borgarting lagmannsrett. B tok til motmæle og begjærte midlertidig avgjørelse om at tingrettens dom skulle gjelde frem til rettskraftig avgjørelse i saken.

- (9) I brev 22. april 2022 varslet lagmannsretten at den vurderte å nekte anken fremmet. Partene utvekslet deretter prosesskriv der de redegjorde for sitt syn på spørsmålet om ankenektelse. Borgarting lagmannsrett avsa 13. juni 2022 beslutning og kjennelse med slik slutning:

«I beslutning:

Anken nektes fremmet.

I kjennelse:

Tingrettens dom, slutningen punkt 2, 3 og 4, skal gjelde frem til det foreligger rettskraftig dom i hovedsaken.

I begge tilfeller:

Sakskostnader erstattes ikke.»

- (10) A har anket til Høyesterett og anført at lagmannsretten har begått saksbehandlingsfeil. Den sakkyndige erklæringen lider av alvorlige mangler. Vurderingene står i skarp kontrast til samtlige vitneforklaringer, og erklæringen ble kritisert i tingrettens dom. Det var da klart uforsvarlig av lagmannsretten å nekte anken fremmet. Som saksbehandlingsfeil anfører A også at C skulle vært hørt av lagmannsretten, tatt i betraktning at han var fylt sju år.

- (11) B anfører at det ikke foreligger saksbehandlingsfeil ved lagmannsrettens avgjørelse. Den sakkyndige har gjort en samvittighetsfull, grundig og faglig forsvarlig jobb. Lagmannsretten hadde et omfattende beslutningsgrunnlag. Det var korrekt å nekte anken fremmet. Det er

heller ingen feil at barnet ikke ble hørt i forkant av beslutningen. B har nedlagt påstand om at anken prinsipalt nektes fremmet, subsidiært forkastes, og at hun i alle tilfeller tilkjennes sakskostnader.

- (12) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at anken gjelder lagmannsrettens beslutning om å nekte samtykke til anke, jf. tvisteloven § 29-13 andre ledd. Utvalgets kompetanse er da begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling, jf. § 29-13 femte ledd. Dette omfatter blant annet om det foreligger brudd på lovfestede saksbehandlingsregler og om saksbehandlingen tilfredsstillende de krav som følger av Grunnloven og menneskerettskonvensjonene. Høyesteretts ankeutvalg kan i den forbindelse også prøve om saksbehandlingen samlet sett – herunder skjønnsutøvelsen – har vært forsvarlig, jf. Rt-2009-1118 avsnitt 61.
- (13) Lagmannsrettens nektelse av ankebehandling etter tvisteloven § 29-13 andre ledd er en realitetsavgjørelse som avgjør hvor barnet skal bo og hvilket samvær som skal fastsettes. Ved slike avgjørelser har barnet egne prosessuelle rettigheter som lagmannsretten må oppfylle av eget tiltak, jf. tvisteloven § 11-4 og HR-2017-18-U avsnitt 15.
- (14) Etter barneloven § 31 annet ledd har barn som er fylt sju år, rett til å få informasjon og til å si sin mening før det blir tatt avgjørelse om personlige forhold for barnet, blant annet om hvor det skal bo fast og om samvær. Før barnet fyller sju år er denne retten betinget av at barnet er i stand til å danne seg egne synspunkt. Barnets mening skal tillegges vekt etter barnets alder og modenhet. Bestemmelsen gir et mer konkret uttrykk for det som følger av Grunnloven § 104 første ledd annet punktum, barn «har rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling». Det samme følger av barnekonvensjonen artikkel 12.
- (15) Bestemmelsen i barneloven § 31 inneholder ikke unntak når det gjelder barn som er fylt sju år. I HR-2019-2301-A, som gjaldt den tilsvarende bestemmelsen i barnevernloven § 6-3, kom Høyesterett likevel til at bestemmelsen ikke skal praktiseres helt unntaksfritt. Men skal barnet overhodet ikke høres, må det foreligge en helt spesiell situasjon, se avsnitt 75. Noen lavere terskel kan ikke være aktuell for avgjørelser etter barneloven.
- (16) I saken her inngikk det i den sakkyndiges mandat for tingretten å informere barnet og gi det mulighet til å uttale seg i spørsmålene om fast bosted og samvær. Det fremgår imidlertid av den sakkyndige erklæringen at den planlagte samtalen ikke ble gjennomført fordi gutten var i karantene og avtalen ble avlyst av far. Den sakkyndige var dessuten usikker på barnets kognitive modenhet og kapasitet til å uttale seg. Tingretten kom til at det ikke var nødvendig å innhente Cs syn siden han ikke hadde fylt sju år, og heller ikke hadde den modenhet som tilsier at han skulle høres, jf. barneloven § 31 andre ledd.
- (17) Lagmannsretten var kjent med at tingretten ikke hadde hørt barnet, men la til grunn at barnet var blitt hørt av den sakkyndige. Dette er uriktig. Det fremgår heller ikke av lagmannsrettens beslutning at den var opptatt av hva barnet skulle ha uttalt. I sin begrunnelse for at det ikke var nødvendig at barnet skulle høres før lagmannsretten traff sin avgjørelse, pekte retten på at barnet ikke har den modenhet som gjør at det bør høres, og at det klart var til barnets beste ikke å bli ytterligere involvert i konflikten mellom foreldrene. Barnet var imidlertid før lagmannsrettens behandling fylt sju år, og retten til å bli hørt, iallfall hvis det ikke er hørt tidligere, er da nærmest unntaksfri.

- (18) Lagmannsrettens saksbehandling på dette punktet bygger følgelig på uriktig faktisk utgangspunkt. Det tas dessuten uriktig rettslig utgangspunkt. Retten skal gjøre seg kjent med hva barnet har ment, hvis det har ønsket å uttale seg om det, og deretter vurdere vekten av dette i lys av barnets alder og modenhet. Beslutningen om å nekte anken fremmet blir på dette grunnlaget å oppheve.
- (19) I og med at lagmannsrettens midlertidige avgjørelse etter barneloven § 60 første ledd annet punktum om at tingrettens dom skal gjelde frem til rettskraftig dom foreligger, bygger på dens konklusjon om ankenektelse, oppheves også kjennelsen.
- (20) Ankende part har krevd tilkjent sakskostnader. Etter utvalgets syn foreligger imidlertid tungtveiende grunner for å frita ankemotparten for å erstatte ankende parts sakskostnader for Høyesterett, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Saken har stor velferdsmessig betydning for begge parter, og heller ikke ankende part tok overfor lagmannsretten opp at barnet skulle høres.
- (21) Kjennelsen er enstemmig.

S L U T N I N G

1. Lagmannsrettens beslutning og kjennelse oppheves.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Ingvald Falch
(sign.)

Hilde Indreberg
(sign.)

Erik Thyness
(sign.)