



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 27. april 2022 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster
dommer Aage Thor Falkanger
dommer Ingvald Falch
dommer Kine Steinsvik
dommer Knut Erik Sæther

HR-2022-847-A, (sak nr. 21-146181SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 6. august 2021

A (advokat Mette Yvonne Larsen)

mot

B (advokat Anders Westeng – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Falch:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder spørsmålet om en tidligere far til et barn, kan kreve del i foreldreansvaret, bosted hos seg og samvær med barnet etter at det er fastslått at han ikke er faren. Saken reiser også spørsmålet om norske domstoler har jurisdiksjon til å behandle saken.
- (3) A og B (mor) traff hverandre i Guatemala i 2012. A er norsk statsborger, mens B er guatemalansk statsborger. De giftet seg i juni 2013 og reiste til Norge.
- (4) B fødte 00.00.2014 en datter, C, i Guatemala. C har Downs syndrom og er født med en hjertefeil, som hun ble operert for i Norge i juli 2014.
- (5) I desember 2014 tok B med seg C tilbake til Guatemala. A kom etter i februar 2015. I mars 2015 tok han med seg C til Norge. Samlivet mellom B og A var da avsluttet, og A returnerte ikke til Guatemala. B kom til Norge i august 2015.
- (6) B fremsatte 2. oktober 2015 begjæring om tilbakelevering av C etter barnebortføringsloven, jf. Haagkonvensjonen 1980 om internasjonal barnebortføring. Oslo byfogdembete avsa kjennelse 4. desember 2015, der begjæringen ikke ble tatt til følge. Byfogdembetet kom til at C hadde hatt vanlig bosted i Norge etter at A kom hit med henne i mars 2015. Bs anke ble forkastet ved Borgarting lagmannsretts kjennelse 17. mars 2016.
- (7) Høsten 2016 ga B uttrykk for at A antakeligvis ikke er Cs biologiske far. Det har senere vært en lang rettsprosess om dette spørsmålet. På bakgrunn av DNA-prøve tatt av B, A og barnet, avsa Oslo tingrett 17. desember 2019 dom for at A ikke er Cs far. Ingen annen mann er fastslått å være faren hennes. Dommen ble rettskraftig ved Høyesteretts ankeutvalg kjennelse 21. juli 2020 i sak HR-2020-1497-U.
- (8) Mens farskapssaken pågikk, reiste B 5. desember 2018 søksmål ved Oslo tingrett med krav om foreldreansvar alene for C, at C skulle ha fast bosted hos henne, og at A skulle ha samvær etter rettens skjønn. I mai 2019 ble det avtalt stansing av saken frem til farskapssaken var endelig avgjort. Samtidig inngikk partene en midlertidig avtale om at C skulle ha delt bosted hos partene, og at hun skulle være folkeregistrert hos A.
- (9) Da farskapssaken var endelig avgjort, kom behandlingen av saken om foreldreansvar, bosted og samvær i gang igjen. Tingretten oppnevnte sakkyndig, og hovedforhandling ble holdt i desember 2020. Oslo tingrett avsa 5. februar 2021 dom og kjennelse med disse slutningene:

«Domsslutning:

1. B skal alene ha foreldreansvaret for C.
2. C skal ha fast bosted hos B.

3. A skal ha samvær med C fra onsdag til fredag i partallsuker, og fra torsdag til mandag i oddetallsuker. C hentes og leveres i barnehagen.
4. Hver av partene bærer sine saksomkostninger.

Slutning i kjennelse:

1. As begjæring om midlertidig avgjørelse tas til følge så langt den gjelder samvær med C (punkt 3 i domsslutningen). For øvrig forkastes den.
 2. Hver av partene bærer sine saksomkostninger.»
- (10) Både A og B anket til lagmannsretten. As anke gjaldt foreldreansvaret og fast bosted, mens Bs anke gjaldt samværsspørsmålet. Under forberedelsen til ankeforhandlingen kom det frem at B i januar 2021 hadde reist med C til Guatemala, og at de meldte flytting dit 25. mai 2021.
- (11) A søkte 18. juni 2021 Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir) om bistand til tilbakeføring av barnet til Norge. Bufdir avviste begjæringen 10. august 2021 fordi A ikke er barnets far.
- (12) Borgarting lagmannsrett avsa dom og kjennelse 6. august 2021 med disse slutningene:

«Domsslutning

1. As anke over tingrettens domsslutning punkt 1 (foreldreansvar) og 2 (fast bosted) forkastes.
2. A har rett til fysisk samvær med C, født 00.00.2014, i Guatemala eller der C til enhver tid måtte være bosatt, to ganger i året, i to uker av gangen, i fire timer hver dag. Partene må avklare tidspunkt for samværet innen 1. februar hvert år. A dekker kostnadene ved gjennomføring av samvær, inklusive reiseutgifter t/r samværsstedet og oppholdet der.

I tillegg gis A rett til kontakt med C via telefon og annen elektronisk kommunikasjon én gang i uken i inntil 30 minutter.
3. Partene dekker egne saksomkostnader for lagmannsretten.
4. Det gjøres ingen endringer i tingrettens saksomkostnadsavgjørelse.

Slutning i kjennelse

1. A gis midlertidig rett til samvær i tråd med punkt 2 i domsslutningen. For øvrig forkastes anken over tingrettens kjennelse.
 2. Partene dekker egne saksomkostnader for lagmannsretten.
 3. Det gjøres ingen endringer i tingrettens saksomkostnadsavgjørelse.»
- (13) Lagmannsretten kom til at norske domstoler har jurisdiksjon til å behandle saken, selv om barnet bor i Guatemala. Videre kom lagmannsretten til at barneloven ikke gir grunnlag for å tildele A foreldreansvar, fast bosted eller samvær med barnet. Lagmannsretten tilkjente

ham imidlertid samvær med grunnlag i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8.

- (14) A har anket dommen og kjennelsen til Høyesterett. Anken over dommen gjelder rettsanvendelsen og knytter seg til avgjørelsen av foreldreansvar, fast bosted og samvær. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 21. oktober 2021 å tillate anken fremmet. Samme dag ble anken over kjennelsen nektet fremmet.
- (15) Høyesterett har oppnevnt psykologspesialist Aina Frydenlund som sakkyndig. Hun har også vært oppnevnt for de tidligere instansene. Frydenlund avga erklæring 28. februar 2022 og forklarte seg for Høyesterett.
- (16) Ankeforhandling ble avholdt 15. og 16. mars 2022. Etter ankeforhandlingen fant Høyesterett at det var nødvendig med ytterligere forhandlinger om spørsmålet om norske domstoler har jurisdiksjon. Dette skjedde 1. april 2022, jf. tvisteloven § 9-17 andre ledd.
- (17) Etter at B flyttet med C til Guatemala januar 2021, har A hatt ukentlig kontakt med henne på videolink. Men han har ikke hatt fysisk samvær med C. Ellers står saken i hovedsak i samme stilling som for lagmannsretten.

Partenes syn på saken

- (18) Den ankende parten – A – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (19) Spørsmålet om norsk *jurisdiksjon* reguleres av barneloven § 82 første ledd. Haagkonvensjonen 1996 får ikke anvendelse fordi Guatemala ikke er part i den. Barnet var vanlig bosatt i Norge da mor saksøkte A i desember 2018, og domsmyndigheten bortfaller ikke under sakens gang, jf. domstolloven § 34 første ledd. Mors flytting med barnet til Guatemala var dessuten en ulovlig barnebortføring, og da overføres jurisdiksjonen under enhver omstendighet ikke til Guatemala. Også Norges menneskerettslige forpliktelser hindrer at jurisdiksjonen overføres dit.
- (20) Til spørsmålet om *foreldreansvar* anføres prinsipielt at As foreldreansvar ikke bortfalt ved at det ble endelig fastslått at han ikke er barnets biologiske far. Det eksisterer dessuten et etablert familieliv mellom A og barnet, som har vern etter EMK artikkel 8. En fratakelse av foreldreansvaret vil dermed være et inngrep i familielivet. For det tilfellet at As foreldreansvar skulle anses bortfalt etter barneloven, har staten og domstolene en positiv plikt etter EMK artikkel 8 til å tilkjenne ham del i foreldreansvaret. Det er til barnets beste at foreldreansvaret er delt mellom A og B.
- (21) Til spørsmålet om *fast bosted* anføres at det vil være til Cs beste at hun bor hos A. As samvær vil ellers ikke bli fulgt opp av mor. Bosted hos A vil sikre at barnet får ivaretatt sine særskilte omsorgsbehov på en helhetlig måte, og det vil gi henne best samlet foreldrekontakt.
- (22) Til det subsidiære spørsmålet om *samvær* mellom barnet og A anføres at samværet fastsatt i lagmannsrettens dom langt fra er tilstrekkelig til å ivareta As rett til familieliv. Et så begrenset samvær er ikke til barnets beste.

(23) A har fremsatt denne påstanden:

«Prinsipalt:

1. A og B skal ha felles foreldreansvar for C.
2. C skal bo fast hos A.
3. C skal ha samvær med sin mor fastsatt etter rettens skjønn.

Subsidiært:

1. A og B skal ha felles foreldreansvar for C.
2. C skal bo fast hos sin mor.
3. C skal ha samvær med A minimum 6 ganger i året. Ferien skal legges til skoleferier, familiens reiser til Skandinavia og høytider. Utgifter til samvær skal fastsettes etter gjeldende regelverk i Norge.
4. C skal ha telefonkontakt/videokontakt med A ukentlig.

Atter subsidiært:

1. C skal ha samvær med A minimum 6 ganger i året. Ferien skal legges til skoleferier, familiens reiser til Skandinavia og høytider. Utgifter til samvær skal fastsettes etter gjeldende regelverk Norge.
2. C skal ha telefonkontakt/videokontakt med A ukentlig.

I alle tilfeller:

A tilkjennes sakskostnader for alle instanser.»

(24) Ankemotparten – B – har i korte trekk gjort gjeldende:

(25) En rekke argumenter tilsier at norsk *jurisdiksjon* bortfalt da C fikk vanlig bosted i Guatemala. Dette har støtte i lovforarbeidene og er hovedregelen i Haagkonvensjonen 1996. Det foreligger under enhver omstendighet ingen barnebortføring, og menneskerettighetene gir ikke støtte for norsk jurisdiksjon. Det er likevel mulig at Høyesterett kan behandle samværs spørsmålet etter reglene om nødverneting.

(26) Til de *materielle* spørsmålene anføres det at lagmannsrettens dom er riktig.

(27) Barneloven åpner ikke for å tilkjenne A *foreldreansvar* og *fast bosted* fordi han ikke er barnets far. Heller ikke EMK artikkel 8 pålegger staten noen plikt til å gjøre det. Det er under enhver omstendighet ikke til barnets beste at A får del i foreldreansvaret og/eller får tilkjent fast bosted. Barnet har det bra hos sin mor i Guatemala, hvor hun er vel integrert. Å flytte barnet bort fra sin biologiske mor vil dessuten krenke Bs rett til familieliv med barnet.

(28) Det bestrides imidlertid ikke at den sosiale relasjonen mellom A og barnet utgjør et familieliv som er beskyttet av EMK artikkel 8. Dette rekker imidlertid ikke lenger enn til at A kan tilkjennes samværsrett, slik lagmannsretten har gjort. B har ikke anket samværsfastsettelsen, som balanserer de kryssende hensyn godt.

- (29) B har fremsatt denne påstanden:
- «1. Prinsipalt: Anken forkastes.
 2. Subsidiært: Samvær fastsettes etter Høyesteretts skjønn.
 3. I begge tilfeller: A dømmes til å betale sakens omkostninger til det offentlige for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Jurisdiksjon og lovvalg

Jurisdiksjon

- (30) Spørsmålet om norske domstoler har myndighet – jurisdiksjon – til å behandle saken, reguleres av barneloven § 82, som har denne ordlyden:
- «Sak om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, kven barnet skal bu fast saman med eller samvær kan reisast for norsk domstol dersom barnet har vanleg bustad i Noreg. Det same gjeld i sak som statsforvaltaren skal handsame etter § 55.
- Sak om førebels avgjerd kan handsamast av norsk domstol i alle tilfelle der barnet har opphald i Noreg.
- Første og andre stykket gjeld ikkje dersom anna følgjer av overeinskomst med annan stat.»
- (31) Guatemala er ikke part i Haagkonvensjonen 1996 om jurisdiksjon, lovvalg, anerkjennelse, fullbyrdelse og samarbeid vedrørende foreldremyndighet og tiltak for beskyttelse av barn. Den får derfor ikke anvendelse. Norge har heller ikke inngått annen relevant overenskomst med Guatemala.
- (32) Jurisdiksjonsspørsmålet reguleres derfor av § 82 første ledd første punktum, hvor det fremgår at sak «kan reisast for norsk domstol dersom barnet har vanleg bustad i Noreg». Avgjørende er med andre ord barnets vanlige bosted på stevningstidspunktet.
- (33) Da B 5. desember 2018 anla rettssak om foreldreansvar, fast bosted for og samvær med C, hadde C utvilsomt «vanleg bustad» i Norge. Den gang hadde hun bodd sammenhengende i Norge, og da sammen med A på hans adresse i Oslo, siden de kom hit fra Guatemala i mars 2015.
- (34) Spørsmålet er derfor hvilken betydning det skal få at barnets vanlige bosted er *endret etter* saksanlegget. C reiste til Guatemala i januar 2021 og har hatt vanlig bosted der siden våren 2021. Hvilken betydning en slik endring skal få, er ikke direkte regulert i barneloven § 82 første ledd første punktum. Men svaret følger etter min mening av domstoloven § 34 første ledd, som har denne ordlyden:
- «Naar en sak lovlig er bragt ind for en domstol, vedblir denne, hvis ikke andet er bestemt, at være domsmyndig i saken, selv om der senere indtræder saadanne forandringer, at retten ikke da kunde tat saken til behandling.»

- (35) Her fremgår at dersom en norsk domstol er domsmyndig ved saksanlegget, «vedblir» den å være domsmyndig så lenge saken verserer. Dette omfatter også tilfeller hvor norsk jurisdiksjon endrer seg mens saken verserer. I Bøhn, Domstoloven kommentarutgave, kommentar til § 34, Juridika, bekreftet à jour per 6. september 2021, sies det at med uttrykket domsmyndighet menes «avgjørelsesmyndighet i sin alminnelighet, jf. Indst. 1912 side 12». Også Rt-2011-1285 avsnitt 23 bygger på denne rettsoppfatningen. I NOU 2020: 14 Ny barnelov heter det på side 339:

«I norsk rett vurderes jurisdiksjonsspørsmålet på tidspunktet for saksanlegget. Dersom norsk domstol har jurisdiksjon på dette tidspunktet, forblir norske domstoler kompetente, jf. domstoloven § 34.»

- (36) Også ankeinstansen vil da være domsmyndig. Dens kompetanse springer ut av hvilken underinstans som har truffet den avgjørelsen det ankes over.
- (37) Domstoloven § 34 første ledd tar imidlertid forbehold for de tilfellene hvor «andet er bestemt». Som nevnt kan jeg ikke se at barneloven § 82 bestemmer noe annet, og jeg kan heller ikke se at dens forarbeider forutsetter en annen løsning:
- (38) Barneloven § 82 ble endret med virkning fra 2016, da Haagkonvensjonen 1996 ble gjennomført i Norge. Tidligere hadde foreldrenes bosted til dels vært avgjørende. Departementet uttalte i forarbeidene, Prop.102 LS (2014–2015) punkt 8.2.4.1:

«Haagkonvensjonen 1996 innebærer at det må gjøres endringer i barneloven § 82 om når en sak om foreldreansvar, fast bosted eller samvær kan behandles i Norge. Hovedregel etter konvensjonen er at saker behandles der barnet har vanlig bosted. Departementet foreslår at 'vanlig bosted' innføres/videreføres som generelt (alminnelig) jurisdiksjonsgrunnlag i slike saker.»

- (39) Omtrent det samme fremgår av proposisjonens spesialmerknader til § 82:

«Endringer i barneloven § 82 er nødvendig for å ratifisere Haagkonvensjonen 1996. Haagkonvensjonen 1996 fastsetter at avgjørelser etter konvensjonen skal treffes der barnet har vanlig bosted. Dette innebærer at jurisdiksjonsgrunnlagene i § 82 tidligere første ledd bokstavene a (saksøkte er bosatt) og c (spørsmål om foreldreansvar, bosted og samvær er tidligere avgjort i Norge) må utgå for saker etter konvensjonen, og at saksøktes opphold må utgå tilsvarende som jurisdiksjonsgrunnlag i annet ledd. For å styrke barneperspektivet i lovgivningen og for å forenkle reglene om jurisdiksjon, er endringene gjort gjeldende også for saker utenfor konvensjonen.»

- (40) Disse uttalelsene kan etter min mening ikke forstås annerledes enn de er skrevet: Kriteriet er barnets vanlige bosted, også i de tilfellene Haagkonvensjonen 1996 ikke får anvendelse. Konvensjonens unntak fra denne regelen er ikke tatt inn i loven. De gis derfor ikke anvendelse utenfor konvensjonens anvendelsesområde.
- (41) Slik jeg leser forarbeidene, er det ikke spor av at meningen var å gjøre jurisdiksjonen avhengig av barnets vanlige bosted *til enhver tid*, selv om dette er ordningen etter konvensjonen. I så fall burde § 82 første ledd fått en annen ordlyd enn «kan reisast» for norsk domstol. Jeg kan heller ikke se at forarbeidene tilsier at domstoloven § 34 første ledd skal fravikes. Spørsmålet berøres ikke.

- (42) Jeg er likevel enig med B i at det byr på særlige vanskeligheter å behandle en foreldretvist hvor barnet befinner seg i utlandet. Dersom barnet også befinner seg utenfor anvendelsesområdene til Haagkonvensjonene 1980 og 1996, kan det være spesielt vanskelig å fremskaffe et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, typisk om barnets aktuelle situasjon. Som en reell betraktning kan dette tilsi at norske domstoler ikke bør ha jurisdiksjon til å behandle saker hvor barnet er bosatt utenfor Norge.
- (43) Men hensynet krysses – helt generelt – av at det er uheldig å gi én av partene muligheten til å hindre behandlingen av en lovlig igangsatt foreldretvist ved simpelthen å ta barnet med seg ut av landet. Dette hensynet har særlig vekt hvis utreisen må karakteriseres som barnebortføring, og særlig hvis bortføringen skjer til et land som ikke deltar i noen av de nevnte Haagkonvensjonene. Og hvis utreisen skjer under ankebehandlingen, blir konsekvensen i tilfelle neppe bare at ankesaken må heves. Også underinstansdommen må nok da oppheves, selv om den er avsagt på et fullt ut betryggende avgjørelsesgrunnlag.
- (44) Det er etter min mening ikke åpenbart hvordan de kryssende hensynene bør avveies i ulike tilfeller hvor barnet har flyttet ut av landet mens saken verserer. Slik jeg ser det, åpner ikke barneloven § 82 første ledd for å gjøre slike avveininger i den enkelte sak.
- (45) For meg blir derfor bestemmelsens ordlyd sett i sammenheng med domstolloven § 34 første ledd første punktum avgjørende: Når barnet hadde vanlig bosted i Norge da rettsaken ble igangsatt, har norske domstoler myndighet – jurisdiksjon – til å fortsette behandlingen av saken helt til den er avsluttet. Noe annet er ikke fastsatt.
- (46) Jeg konkluderer derfor med at Høyesterett har jurisdiksjon til å behandle ankesaken.

Lovvalg

- (47) Når norske domstoler har avgjørelsesmyndighet, skal saken «avgjerast etter norsk rett», jf. barneloven § 84.
- (48) Dette innebærer at alle norske lover får anvendelse, også EMK. Den gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2. At barnet er bosatt i Guatemala endrer ikke dette.

Barnelovens regulering – farskapets betydning

- (49) Barneloven kapittel 2 regulerer «[k]ven som er foreldra til barnet». Foreldre er «mor» etter § 2 og «far» eller «medmor» etter § 3. Av § 3 første ledd følger at «[s]om far til barnet skal reknast den mannen som mora er gift med ved fødselen».
- (50) A var gift med B da C ble født 00.00.2014. Etter loven var han derfor faren hennes fra fødselen.
- (51) Barneloven § 6 jf. § 9 inneholder regler om «[e]ndring» av det farskapet som blant annet følger av § 3. Ved Oslo tingretts dom 17. desember 2019 ble det i farskapsak fastsatt at «A er ikke far til C». Dommen ble rettskraftig 21. juli 2020, og den skal etter § 8 legges opprøvd til grunn i andre saker. Dette innebærer at det i saken her skal legges til grunn at A *ikke* lenger er far – og dermed ikke forelder – til C.

- (52) Reglene om foreldreansvar og barnets faste bosted fremgår av barneloven kapittel 5, og reglene om samværsrett fremgår i kapittel 6. I alle disse reglene er det *foreldrene* som gis myndighet, rettigheter og plikter. For eksempel følger det av barneloven § 34 første ledd at gifte «foreldre» har foreldreansvaret sammen. Andre ledd har denne ordlyden:
- «Foreldre som separerer eller skil seg, kan avtale at dei skal ha foreldreansvaret saman eller at ein av dei skal ha det aleine. Inntil avtale eller avgjerd om foreldreansvaret ligg føre, har dei ansvaret saman.»
- (53) Det følger av det jeg har sagt, at denne bestemmelsen ikke lenger regulerer As forhold til C. Grunnen er at han ikke lenger er faren hennes, og dermed ikke er en av hennes «foreldre». Barneloven har ingen regler som gir domstolene mulighet til å tildele ham foreldreansvaret igjen.
- (54) Tilsvarende gir barneloven heller ikke mulighet til å bestemme at C skal bo fast hos A, se § 36, eller mulighet til å bestemme at han skal ha samværsrett, se § 42.
- (55) Barneloven § 45 og §§ 64–64 d har riktignok regler som gir rett til å bestemme at andre enn foreldrene kan tildeles henholdsvis samværsrett med og foreldreansvar for barnet. Men forutsetningen er at én eller begge foreldrene er døde. Når dette ikke er situasjonen i saken her, går jeg ikke nærmere inn på disse reglene.
- (56) Jeg nevner likevel at NOU 2009: 5, Farskap og annen morskap, på side 118 foreslo å gi domstolene mulighet til å fastsette samvær «for en mann som har vært barnets juridiske far, men hvor farskapet senere er blitt endret». Men departementet fant det ikke «hensiktsmessig» å følge opp forslaget i den påfølgende Prop.105 L (2012–2013), se side 8.
- (57) Konsekvensen er at de krav A har fremsatt i saken – foreldreansvar, fast bosted og samvær – ikke kan tilkjennes ham i medhold av barneloven.
- (58) For orden skyld nevner jeg også at barnelovens § 56 gir «foreldra» adgang til å reise søksmål, og da forutsetningsvis mot den andre forelderen. Regelen må etter min mening, i tilfeller som i denne saken, suppleres med tvisteloven § 1-3. Den som pretenderer å ha slike rettigheter til barnet som barneloven regulerer, typisk etter EMK som jeg straks kommer til, må ha adgang til å anlegge sak for domstolene for å få avgjort om slike rettigheter eksisterer.
- (59) Vår sak anla B da A ennå var far etter barnelovens regler. All den stund A har fastholdt sine pretensjoner etter at farskapet bortfalt, er det ikke grunnlag for å heve ankesaken og avvise saken fra domstolene uten realitetsbehandling. Det er heller ikke påstått.

Tidligere fars rettigheter etter EMK artikkel 8

Får artikkel 8 anvendelse?

- (60) EMK artikkel 8 har denne ordlyden:
- «1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
 - 2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»
- (61) Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) viser at det kan være etablert et familieliv med barn som er beskyttet av artikkel 8 nr. 1, også for andre enn de biologiske foreldrene. Av EMDs dom 9. april 2019 *V.D. mfl. mot Russland* fremgår:
- «90. The Court reiterates that the notion of ‘family life’ under Article 8 of the Convention is not confined to marriage-based relationships and may encompass other *de facto* ‘family’ ties where the parties are living together outside marriage or where other factors demonstrated that the relationship had sufficient constancy (see ...). The existence or non-existence of ‘family life’ for the purpose of Article 8 is essentially a question of fact depending on the real existence in practice of close personal ties (see ...).
 - 91. The Court has found in previous cases that the relationship between a foster family and a foster child who had lived together for many months had amounted to family life within the meaning of Article 8 § 1, despite the lack of a biological relationship between them. ...»
- (62) Saksforholdet i EMDs dom 16. juli 2015 *Nazarenko mot Russland* er ikke ulikt vår sak. Også der hadde en manns foreldrestatus falt bort etter at det var blitt fastslått at han ikke var far til barnet. EMD kom i avsnitt 58 til at «their relationship amounts to family life within the meaning of Article 8 § 1».
- (63) I saken her er partene enige om at forholdet mellom C og A utgjør et familieliv i EMK artikkel 8s forstand. Dette er også jeg enig i.
- (64) C ble født under As ekteskap med B, og han har oppfostret henne som sin datter frem til B tok henne med seg til Guatemala i januar 2021. Da var C nesten syv år, og hun hadde bodd sammen med A i store deler av livet sitt. Etter at C reiste, har A og C fortsatt hatt jevnlig kontakt på videolink. C og A har derfor tette personlige bånd – «close personal ties», som er EMDs formulering.
- (65) Det er for øvrig ikke tvilsomt at også forholdet mellom C og B utgjør et familieliv i EMK artikkel 8s forstand. B har alltid vært, og vil i fremtiden fortsatt være, Cs mor. De to har dessuten hatt omfattende samvær og kontakt gjennom hele Cs liv. De siste to årene har B også hatt eneansvaret for C.

Innholdet i avveiningen

- (66) I den beslutningen som førte til at farskapsdommen ble rettskraftig, sluttet Høyesteretts ankeutvalg seg i HR-2020-1497-U til at EMK artikkel 8 «kan ikke forstås slik at [den] oppstiller krav om at farskap må opprettholdes på uriktig biologisk grunnlag». Konsekvensen må være at As rettigheter etter EMK artikkel 8 må behandles i denne saken, hvor han har fremsatt krav om foreldreansvar, bosted og samvær.
- (67) Det faktum at A har mistet alle de posisjoner og rettigheter til barnet som han tidligere hadde hatt, kan betraktes som et *inngrep* i hans rett til familieliv med barnet. I så fall måtte lovligheten av inngrepet vurderes etter artikkel 8 nr. 2.
- (68) Slik gjorde EMD vurderingen i den nevnte dommen *V.D. mfl. mot Russland* avsnitt 110. Der ble myndighetenes tilbakeføring av et fosterbarn til de biologiske foreldrene betraktet som et inngrep i fostermorens rett til familieliv med barnet. Spørsmålet var med andre ord om staten hadde brutt sin *negative* plikt i artikkel 8 nr. 2 til å avstå fra inngrepet. Men samtidig vurderte EMD, så vidt jeg forstår, spørsmålet om fostermoren hadde krav på samvær med barnet etter artikkel 8 nr. 1. EMD pekte her på at artikkel 8 også inneholder en *positiv* plikt for statene til å sikre retten til respekt for familielivet, se avsnitt 125.
- (69) Også i den nevnte dommen *Nazarenko mot Russland*, som bare gjaldt spørsmålet om samvær for den tidligere faren, vurderte EMD saken under artikkel 8 nr. 1, se avsnittene 60–62. Men i avsnitt 63 uttrykkes:
- «In the context of both the negative and the positive obligations, a fair balance has to be struck between the competing interests of the individual and the community as a whole; in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see ...). Article 8 requires that the domestic authorities strike a fair balance between the interests of the child and those of the parents and that, in the balancing process, primarily importance should be attached to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parents (see ...).»
- (70) Dersom *vår sak* helt eller delvis skulle bli vurdert etter artikkel 8 nr. 2, må inngrepet i familielivet ha grunnlag i *lov*. Inngrepet i As rett til familieliv med barnet har utvilsomt hjemmel i barneloven, slik jeg har vist. Men i den grad han tilkjennes rettigheter til barnet, kan dette oppfattes som et inngrep i Bs rett til familieliv med barnet. As og Bs interesser står her mot hverandre. Som jeg har vist, gir ikke barneloven hjemmel til å innskrenke Bs rett til familieliv i samsvar med As krav. Den åpner verken for å tilkjenne A, som tidligere far, rett til foreldreansvar, bosted hos seg eller samvær.
- (71) Dette innebærer at lovskravet i EMK artikkel 8 nr. 2 kan være til hinder for å gjøre inngrep i Bs rett, med den følge at As krav i tilfelle ikke kan føre frem etter den bestemmelsen. Tvisten har imidlertid ikke oppstått i forlengelsen av en myndighetshandling, men i forlengelsen av at A og B skilte lag. Når barnet nå bor hos B, som etter barneloven har foreldreansvaret alene, er spørsmålet om det skal skje en endring i den situasjonen. For meg er det derfor naturlig å vurdere alle As krav etter artikkel 8 nr. 1, hvor spørsmålet blir om statens positive plikt til å respektere hans rett til familieliv med barnet, er brutt. Artikkel 8 nr. 1 oppstiller ikke noe særskilt lovskrav.

- (72) Om den nærmere vurderingen skal gjøres etter artikkel 8 nr. 1 eller nr. 2, har imidlertid neppe praktisk betydning. Som det fremgår av det jeg nettopp siterte fra dommen *Nazarenko mot Russland*, skal de konkurrerende interessene uansett balanseres. I den avveiningen har hensynet til *barnets beste* stor vekt. Også Grunnloven § 104 andre ledd fastslår at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved avgjørelsen.
- (73) Jeg kan ikke utelukke at hensynet til barnets beste i enkelte tilfeller vil måtte lede til at domstolene må fastsette at barnet skal bo fast hos en tidligere far. Tilsvarende kan det nok tenkes situasjoner der en tidligere far gis «foreldreansvar». Men noe eksempel på at dette skulle vært gitt i medhold av artikkel 8, er jeg ikke kjent med fra EMDs praksis.
- (74) I avsnitt 114 i saken *V.D. mfl. mot Russland* fremhever EMD også at hensynet til «natural parents» har vekt. I barnevernsaker, som den saken var, påhviler det staten en særlig plikt til å tilrettelegge for gjenforening med de biologiske foreldrene.
- (75) Norsk lovgivning bygger, med enkelte unntak som jeg ikke går inn på, på det biologiske prinsipp ved fastleggingen av farskapet. Det er i egenskap av å være far at han har ansvar, rettigheter og plikter overfor barnet. Dette innebærer at det bare er aktuelt å tilkjenne en tidligere far rettigheter til barnet etter EMK artikkel 8 i den utstrekning noe annet vil være et brudd på bestemmelsen.

De konkrete vurderingene

Faktiske forhold – sakkyndig vurdering

- (76) Avgjørelsen av om A skal gis medhold i de krav han har fremsatt, må skje etter forholdene på avgjørelsestidspunktet. Slik avgjøres de ordinære foreldretvistene, jf. HR-2020-1843-A avsnitt 34 med videre henvisninger. Jeg kan ikke se at løsningen kan være en annen i en sak som denne.
- (77) C er nettopp fylt åtte år og fremstår for den sakkyndige «som en energisk, stort sett blid og sosial jente». Hun går på en privat skole i Guatemala med funksjonsfriske barn og har tilpasset læreplan og undervisning. Hun bor sammen med sin mor – B – hennes forlovede og deres to felles barn, som er små. Mor har familie i nærheten, og C har etter det opplyste mye kontakt med særlig mormor og en tante.
- (78) På grunn av Cs utviklingshemning har den sakkyndige ikke spurt henne om hennes syn på de spørsmål Høyesterett nå behandler. Den sakkyndige opplyser at C ikke har forutsetninger for å kunne redegjøre for sitt syn.
- (79) I den sakkyndiges rapport til tingretten, som ble utarbeidet i april 2019, fremgår:
- «X barneverntjeneste har vurdert at begge foreldrene utøver god omsorg og at det ikke er knyttet bekymring til deres omsorgskompetanse. Det er ikke noe i sakkyndiges møte med foreldrene eller andre i forbindelse med denne prosessen som gjør at [den] sakkyndige vurderer dette annerledes.»

(80) Dette er gjentatt i den sakkyndiges rapport til Høyesterett, hvor det også uttrykkes:

«Det er sakkyndiges oppfatning at begge parters omsorgsbase og ramme fremstår som god nok når det gjelder ivaretagelse av Cs grunnleggende og særskilte behov. Dette med forbehold om at de opplysninger som er gitt i denne omgang medfører riktighet.

Begge har åpenbare ressurser og et godt nettverk slik det blir presentert for [den] sakkyndige.

Det er ikke i denne sammenheng gjort observasjoner av C sammen med partene. Ved tidligere observasjoner av samspill mellom C og partene synes mye godt samspill. Slik sakkyndige har observert samspillet tidligere har partene en lekenhet, evne til nærvær, oppmerksomhet og adekvate responser når C viser initiativ, har spørsmål og ber om hjelp.»

(81) A er godt etablert i fast jobb i Oslo, hvor han bor sammen med sin samboer og deres felles barn.

(82) Ifølge den sakkyndige er C knyttet både til B og A:

«Det vil som regel være en form for hierarki hvem barnet er aller tryggest med og først søker ved opplevd utrygghet. Dette hierarkiet kan naturlig endre seg gjennom et barns oppvekst som følge av ytre omstendigheter, barnets behov og utvikling og de voksnes fysiske og emosjonelle tilgjengelighet.

Det er å anta at A i perioder av C sin oppvekst har vært 'øverst i hierarkiet' og at det nå er B som er den C opplever som den mest tilgjengelig og tryggeste.»

(83) Det er en svakhet ved beslutningsgrunnlaget at den sakkyndige ikke fullt ut har kunnet fremskaffe oppdatert og pålitelig informasjon om Cs situasjon i Guatemala. Riktignok har den sakkyndige hatt kontakt med C og partene helt siden 2019, og hun har i forbindelse med Høyesteretts behandling hatt videosamtaler med C, B og hennes samboer. Men den sakkyndige har ikke fått direkte tilgang til Cs lege og skole i Guatemala, og hun har heller ikke kunnet besøke Cs hjemmemiljø eller kunnet observere C sammen med verken B eller A nå. Selv om det gjennom den sakkyndiges arbeid ikke har fremkommet noen urovekkende opplysninger, tilfører dette en viss usikkerhet til de vurderingene som skal gjøres.

(84) C har på grunn av sin utviklingshemning og mulige følgetilstander av Downs syndrom særskilte behov for oppfølging. A har i den forbindelse vært bekymret for særlig den medisinske og pedagogiske oppfølgingen C får i Guatemala. Om dette uttrykker lagmannsretten:

«Bevisførselen rundt dette har vært begrenset. Lagmannsretten legger imidlertid til grunn mors forklaring om at C er under medisinsk tilsyn av en barnelege, at hun tilbringer to timer med en spesialpedagog tre ganger i uken og at hun til høsten vil begynne på en skole som tilbyr tilpasset undervisning for barn med Downs syndrom. Lagmannsretten legger også til grunn at C har en særskilt forsikring for barn med denne diagnosen. Selv om oppfølgingen trolig ikke vil være den samme som i Norge, er det etter lagmannsrettens syn ikke sannsynliggjort at den vil være mangelfull på en måte som gjør at det er i strid med barnets beste å tildele foreldreansvaret til B alene.»

- (85) Det er for Høyesterett fremlagt to nyere rapporter fra Cs skolegang i Guatemala, som beskriver et adekvat fungeringsnivå. På dette punktet er det derfor ikke grunnlag for en annen vurdering enn lagmannsrettens.

Foreldreansvar og fast bosted

- (86) Den sakkyndiges vurdering er at det vil være best for C å forbli *bosatt* hos B i de etablerte rammer som er lagt for henne i Guatemala. I den forbindelse peker den sakkyndige særlig på at B nå sannsynligvis er Cs nærmeste omsorgsperson, på de særskilte behov C har for stabilitet og ro, og på at C allerede har gjennomgått mange flyttinger og endringer i sin livs- og omsorgssituasjon. Det C i tilfelle vil komme tilbake til i Norge, vil dessuten langt på vei være noe annet enn det hun forlot.
- (87) A har særlig fremholdt at hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt tilsier at Cs bosted blir hos ham. Begrunnelsen er frykten for at B ikke vil legge til rette for samvær, som uansett vanskelig lar seg gjennomføre i Guatemala.
- (88) Mitt syn er at dette hensynet ikke gjør seg sterkt gjeldende i denne saken. Én ting er at reiseavstanden fører til at Cs samvær med den hun ikke bor hos, vil måtte lide uansett hvor hun bor. Men dertil kommer at hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt vil måtte stå svakere i en situasjon som denne, hvor A ikke er barnets far i barnelovens forstand, sammenlignet med hvordan dette hensynet vektlegges ellers.
- (89) I den balanseringen av partenes interesser som skal skje etter EMK artikkel 8, er mitt syn at med mindre barnets interesser klart taler for det, skal det mye til for å pålegge flytting av barnet fra sin forelder til en som ikke er forelder i lovens forstand, selv om personen tidligere har vært far.
- (90) Cs bosted skal derfor fortsatt være hos B.
- (91) De samme vurderingene gjør seg langt på vei gjeldende også ved avgjørelsen av *foreldreansvaret*, som A har krevd å få sammen med B. Også dette skal det etter min mening mye til for å kunne tilkjenne A.
- (92) Til denne vurderingen kommer, i tillegg til det jeg allerede har pekt på, at B og A har vært i sammenhengende konflikt om C siden de skilte lag i 2015. Det ligger derfor ikke godt til rette for et slikt konstruktivt samarbeid om C som et felles foreldreansvar i praksis forutsetter. Også den fysiske avstanden mellom partene bidrar til at det ikke ligger til rette for å tilkjenne felles foreldreansvar.
- (93) B skal derfor ha foreldreansvar alene for C.

Samvær

- (94) Derimot mener jeg at det ligger godt til rette for å fastsette samvær mellom C og A. B har heller ikke anket lagmannsrettens samværsfastsettelse, som hun etter det hennes prosessfullmektig har opplyst, stiller seg positiv til. Om det i vurderingen under EMK

artikkel 8 nr. 1 har særskilt betydning at det er spørsmål om fastsettelse av samvær i et land som ikke er tilsluttet EMK, har jeg da ikke funnet grunn til å gå inn på.

- (95) I vurderingen peker jeg på det EMD fremhever i avsnitt 60 i den omtalte dommen *Nazarenko mot Russland*. Der uttrykkes at i de tilfellene det eksisterer slike familiebånd som er beskyttet av EMK artikkel 8, «the State must in principle act in a manner calculated to enable that tie to be maintained».
- (96) Som jeg allerede har beskrevet, var A Cs psykologiske far helt fra hun ble født og i alle fall frem til hun flyttet til Guatemala. Den sakkyndige fremholder at C «antakelig [vil] profitere på å opprettholde kontakt med A og hans familie». Men forutsetningen er ifølge den sakkyndige at dette gjøres på en måte «som ikke er til belastning for noen av partene for eksempel ved hjelp av C sin mormor og tante».
- (97) Jeg slutter meg til denne vurderingen. For meg er det avgjørende at det sannsynligvis vil være i Cs beste interesse å opprettholde god kontakt med A. Slik kontakt vil også gi C mulighet til å vedlikeholde minnene om den delen av oppveksten sin som skjedde i Norge.
- (98) Lagmannsretten fastsatte samværet dels til fysisk dagsamvær i to uker to ganger i året, og dels til ukentlige telefon- eller videokontakt. Begrunnelsen er delvis praktisk, knyttet til reiseavstanden, og delvis knyttet til hva som er tilrådelig i Cs situasjon, med den diagnosen hun har.
- (99) A har krevd at samværet utvides, slik at han kan ha henne på overnatting og på besøk i Norge. I lys av den sakkyndiges vurdering mener jeg et så omfattende samvær ikke vil være til Cs beste, slik situasjonen nå er. Etter min mening vil et samvær i tråd med det lagmannsretten fastsatte, gi et godt og tilstrekkelig grunnlag for at C og A kan opprettholde sine familiebånd.
- (100) Partene har i sine prosedyrer gått lite inn på om det bør gjøres mindre justeringer eller presiseringer i den samværsordningen som lagmannsretten fastsatte. Jeg finner derfor ikke grunn til å gjøre det.

Konklusjon og sakskostnader

- (101) Jeg har etter dette kommet til at anken må forkastes.
- (102) B har krevd erstattet sine sakskostnader for alle instanser. Saken har reist flere prinsipielle spørsmål som tidligere ikke har vært avklart. Også i lys av at dette er en tvist om et barn som begge parter har familiebånd til, mener jeg at tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta A for å dekke Bs sakskostnader i alle instanser, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Partene har hatt fri sakførsel for Høyesterett.
- (103) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

(104) Dommer **Steinsvik:**

Dissens

- (105) Jeg er kommet til en annen konklusjon på spørsmålet om jurisdiksjon.
- (106) Etter mitt syn falt norsk jurisdiksjon bort da C etablerte *vanlig bosted* i Guatemala, etter at hun flyttet dit sammen med sin mor våren 2021. Jeg bygger dette på en tolkning av barneloven § 82 første ledd første punktum, som etter lovendringen i 2016 bare angir *ett jurisdiksjonsgrunnlag*, nemlig barnets vanlige bosted. Dette jurisdiksjonsgrunnlaget må, slik jeg leser forarbeidene til lovendringen, forstås i overensstemmelse med Haagkonvensjonen 1996 artikkel 5. Bestemmelsen slår fast at når barnets vanlige bosted – habitual residence – etableres i en ny stat, er det denne staten som har jurisdiksjon. Jurisdiksjon følger altså barnets vanlige bosted, jf. artikkel 5 nr. 2. Som jeg skal komme tilbake til, er denne løsningen gjort gjeldende også for saker med tilknytning til stater som ikke er tilsluttet Haagkonvensjonen 1996.
- (107) Den faktiske situasjonen i januar 2021, da C forlot Norge sammen med sin mor, var at det var endelig avgjort at A ikke var Cs far. Jeg deler førstvoterendes syn om at A etter dette ikke lenger hadde del i foreldreansvaret for C etter barneloven. As krav i den pågående foreldretvistsaken om å ilegge mor utreiseforbud etter barneloven § 41, ble av denne grunn heller ikke tatt til følge. A kunne ikke motsette seg Bs beslutning om å returnere til Guatemala, og flyttingen innebar ingen ulovlig barne bortføring.
- (108) Barneloven § 82 første ledd første punktum lyder slik:
- «Sak om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, kven barnet skal bu fast saman med eller samvær kan reisast for norsk domstol dersom barnet har vanleg bustad i Noreg.»
- (109) Førstvoterende har ved tolkningen lagt avgjørende vekt på ordlyden «kan reisast» og at C hadde vanlig bosted i Norge ved saksanlegget. Med henvisning til domstolloven § 34 har han videre konkludert med at norske domstoler beholdt jurisdiksjon, selv om C før behandlingen av saken for lagmannsretten flyttet til Guatemala og siden har hatt sitt vanlige bosted der. Jeg er enig i at ordlyden i § 82 og domstolloven § 34 isolert sett taler for denne konklusjonen.
- (110) Jeg har likevel kommet til at spørsmålet om *fortsatt jurisdiksjon* i dette tilfellet ikke reguleres av domstolloven § 34, men må løses ved en tolkning av barneloven § 82. Denne bestemmelsen regulerer etter mitt syn uttømmende norske domstolars jurisdiksjon i foreldretvister etter barneloven.
- (111) Som førstvoterende har redegjort for, ble jurisdiksjonsregelen i barneloven § 82 endret ved gjennomføringen av Haagkonvensjonen 1996. I Prop.102 LS (2014–2015) punkt 3.3 om jurisdiksjon redegjør departementet for hovedregelen i Haagkonvensjonen artikkel 5 om at det er «rettslige eller administrative myndigheter i konvensjonsstaten der barnet har ‘habitual residence’ [som] har jurisdiksjon til å treffe tiltak for å beskytte barnets person eller formue», og at «[j]urisdiksjonen følger barnet dersom barnet flytter til en annen

konvensjonsstat, jf. artikkel 5 nr. 2». Departementet klargjør videre at begrepet habitual residence «er den viktigste tilknytningsfaktoren i moderne internasjonal barnerett, og er et sentralt begrep i alle de moderne Haagkonvensjonene».

- (112) Om innholdet i begrepet «habitual residence», som ikke er nærmere definert i Haagkonvensjonen selv, viser jeg til avgjørelsen i HR-2022-207-A avsnitt 51–53. Jurisdiksjonsgrunnlaget tar sikte på å utpeke den staten som er best egnet til å ivareta barnets interesser og beskytte barnet, samt å unngå konkurrerende jurisdiksjoner.
- (113) I saken her er det ikke tvilsomt at C etablerte vanlig bosted i Guatemala ved flyttingen dit våren 2021, noe som heller ikke er omtvistet mellom partene. Innenfor konvensjonsområdet ville det da, slik jeg ser det, følge direkte av Haagkonvensjonen artikkel 5 nr. 2 at myndighetene i staten der nytt vanlig bosted etableres, overtar jurisdiksjon. Med andre ord krever artikkel 5 at jurisdiksjon foreligger på det tidspunktet det skal fattes tiltak for beskyttelse av barnet, altså *på avgjørelsestidspunktet*. Konvensjonen avviker her fra løsningen i domstoloven § 34. Under forhandlingene om Haagkonvensjonen 1996 ble det for øvrig drøftet om det skulle gis en regel om fortsatt jurisdiksjon ved endring av vanlig bosted etter saksanlegg, men forslag om dette ble avvist, jf. den forklarende rapport til Haagkonvensjonen, Lagarde-rapporten, paragraf 42–44. Innenfor konvensjonens anvendelsesområde er løsningen derfor klar. Det gjelder riktignok enkelte unntak, som jeg kommer kort tilbake til.
- (114) Haagkonvensjonen 1996 regulerer ikke situasjonen der et barn med vanlig bosted i en konvensjonsstat etablerer nytt vanlig bosted i en *ikke-konvensjonsstat*. Jurisdiksjonsspørsmålet må derfor i slike tilfeller løses etter intern rett, og konvensjonen er ikke til hinder for nasjonale prosessregler om fortsatt jurisdiksjon.
- (115) Den løsningen som ble valgt i barneloven § 82, innebærer imidlertid – slik jeg leser lovforarbeidene – at den løsningen som følger av Haagkonvensjonen 1996 artikkel 5 også ble gjort til intern norsk rett med virkning for alle saker med tilknytning til flere land. Jeg finner ikke holdepunkter i proposisjonen for at jurisdiksjonsgrunnlaget «vanleg bustad» i § 82 skal gis et ulikt innhold, i saker innenfor og utenfor konvensjonsområdet. Tvert imot leser jeg proposisjonen slik at departementet bevisst gikk inn for en full harmonisering.
- (116) Jeg viser for det første til departementets drøftelse av nødvendige lovendringer i barneloven som følger av gjennomføringen av Haagkonvensjonen. I Prop. 102 LS (2014–2015) punkt 8.2.2 fremgår det at departementet i høringsnotatet som ett av flere alternativer, foreslo at «barnets bosted blir det eneste jurisdiksjonsgrunnlaget for saker etter Haagkonvensjonen 1996», og at departementet videre gikk inn for «at barnets bosted bør være jurisdiksjonsgrunnlag i alle saker, ikke bare for saker etter konvensjonen». Det kom ikke innvendinger mot dette i høringsrunden, og i særmerknaden til § 82, som førstvoterende har gjengitt, fremgår det at endringen ble gjort gjeldende også for saker utenfor konvensjonen «[f]or å styrke barneperspektivet i lovgivningen og for å forenkle reglene om jurisdiksjon».
- (117) Om innholdet i § 82 første ledd heter det samme sted:
- «Hovedregelen om jurisdiksjon følger av første ledd der vilkåret er at barnet ‘har vanlig bustad’. Det vises til merknader til lov om Haagkonvensjonen 1996 § 8.»

- (118) De nevnte merknadene til lov om Haagkonvensjonen 1996 § 8 klargjør at «[b]egrepet 'vanlig bosted' skal forstås på samme måte som begrepet 'habitual residence' i Haagkonvensjonen 1996».
- (119) Jeg leser dette slik at tilknytningsfaktoren «vanlig bosted» også internrettslig er gjort til jurisdiksjonsgrunnlag, og at innholdet er ment å være det samme for saker i og utenfor Haagkonvensjonens anvendelsesområde. Innholdet skal videre forstås i samsvar med Haagkonvensjonen. Når barnets vanlige bosted på det tidspunktet det skal treffes tiltak for barnet er det avgjørende for jurisdiksjon etter Haagkonvensjonen, må dette etter mitt syn også gjelde generelt etter barneloven § 82. Prinsippet om at jurisdiksjon *følger barnets bosted*, inngår som et helt sentralt element i jurisdiksjonsgrunnlaget «vanlig bosted», og er viktig for å nå konvensjonens formål om at avgjørelser om et barn bør tas i den staten som er best egnet til å vurdere barnets beste, og ivareta barnets interesser. Som jeg har nevnt, ble hensynet til «å styrke barneperspektivet» trukket frem som en overordnet målsetting i Prop. 102 LS (2014–2015).
- (120) Det som reiser en viss tvil, er at barneloven § 82 – i saker utenfor konvensjonen – ikke regulerer nærmere enkelte situasjoner der konvensjonen gjør unntak fra hovedregelen i artikkel 5. Konvensjonens mekanismer for overføring av jurisdiksjon og artikkel 14 om kontinuitet, er for eksempel ikke tilgjengelige. Det er en svakhet ved lovproposisjonen at slike spørsmål ikke er drøftet nærmere.
- (121) Dette kan på den ene siden trekke i retning av å konkludere med fortsatt jurisdiksjon for norske domstoler, når jurisdiksjon forelå ved saksanlegget. På den andre siden veier hensynet til at den staten som er best egnet til å vurdere barnets beste og ivareta barnets interesser i foreldretvister, tungt. Domstolen skal avgjøre spørsmålene om foreldreansvar, fast bosted og samvær ut fra hva som er barnets beste på avgjørelsestidspunktet, og må sikre at det foreligger oppdatert informasjon om barnets situasjon. Barnets rett til å bli hørt inngår som et sentralt element av dette. Der barnet har vanlig bosted i et land utenfor Haagkonvensjonens anvendelsesområde, vil det bero på tilfeldigheter om det lar seg gjøre å sikre et oppdatert og forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.
- (122) Førstvoterende har fremholdt at disse hensynene må avveies mot det uheldige ved å gi én av partene mulighet til å hindre behandlingen av en lovlig igangsatt sak gjennom å ta barnet med seg til utlandet. Generelt er jeg enig i at også slike hensyn etter omstendighetene må ha betydelig vekt. Slik jeg ser det, reduseres likevel vekten av dette hensynet betraktelig gjennom den beskyttelsen som ligger i barnelovens regler om flytteforbud, varsling mv, samt reglene om barnebortføring. Det er fratakelsen av As farskap som i saken her leder til at disse reglene ikke er anvendelige. Når det gjelder saker om ulovlig barnebortføring, antar jeg dessuten at intern norsk rett i all hovedsak er i samsvar med det som følger av unntaket i konvensjonen artikkel 7, som altså angir at barnets vanlig bosted i slike situasjoner ikke uten videre endres.
- (123) Jeg har ut fra dette – under tvil – kommet til at norsk jurisdiksjon i saken falt bort før lagmannsrettens behandling av saken. Jeg stemmer derfor for at lagmannsrettens og tingrettens dom i saken oppheves, og saken avvises.
- (124) Da jeg er i mindretall vedrørende spørsmålet om jurisdiksjon, skal jeg ta del i avgjørelsen av de realitetsspørsmålene saken reiser, jf. tvisteloven § 19-3 tredje ledd tredje punktum. Her kan jeg i det vesentlige og i resultatet slutte meg til førstvoterende.

(125) Dommer **Falkanger:**

Dissens

- (126) Også jeg er kommet til at lagmannsretten ikke hadde jurisdiksjon til å behandle ankesaken, og til at Høyesterett derved ikke har myndighet til å avsi dom. I likhet med andrevoterende mener jeg at norsk jurisdiksjon falt bort da B og C flyttet til Guatemala våren 2021. I motsetning til henne bygger jeg imidlertid ikke på at en slik løsning kan innfortolkes i barneloven, men snarere på at prinsippet i domstolloven § 34 om fortsatt jurisdiksjon ikke kan gi grunnlag for norsk domsmyndighet.
- (127) Som førstvoterende legger til grunn, er det ikke tvilsomt at tingretten hadde jurisdiksjon til å behandle saken, jf. barneloven § 82 første ledd om at sak kan reises i Norge dersom barnet har vanlig bosted her. Spørsmålet om lagmannsrettens jurisdiksjon til å behandle ankeanken, løses imidlertid ikke av § 82 første ledd – som ikke sier annet enn at saken må «reisast» der barnet bor – men må eventuelt forankres i andre rettskilder.
- (128) Jeg er enig med førstvoterende i at domstolloven § 34 i alminnelighet hjemler såkalt fortsatt jurisdiksjon. Når saken riktig er anlagt ved et verneting, vil dette vernetinget gjelde også ved anke, uavhengig av hvor en ny sak mellom partene måtte ha vært anlagt. Men som fremhevet i NOU 2001: 32 Bind B, side 692 er de alminnelige vernetingsregler først og fremst «utformet med henblikk på hvor i Norge søksmål bør kunne anlegges». Så vidt jeg kan skjønne, gjelder dette også nevnte § 34.
- (129) Jeg er likevel enig i at § 34 som det klare utgangspunkt må gjelde i saker der parter flytter ut av landet. Bestemmelsen sikrer forutberegnelighet og innebærer at parter ikke kan unndra seg sakens realiteter eller vanskeliggjøre prosesser ved å flytte etter at søksmål er tatt ut. Disse hensynene gjør seg naturligvis også gjeldende der parter flytter ut av landet. Men som vår sak illustrerer, vil forholdene i denne typen saker kunne ligge slik an at disse hensynene i liten grad gjør seg gjeldende, og hensynene som taler mot norsk jurisdiksjon kan da være så sterke at utgangspunktet må fravikes.
- (130) Etter min mening er det tilfellet i vår sak. Den skiller seg markant fra ordinære foreldretvister, ved at det gjennom farskapsaken – avgjort før vår sak ble anket til lagmannsretten – rettskraftig ble fastslått at A ikke er far. Som førstvoterende fremholder, var virkningen av dommen i farskapsaken at B fra da var eneste kjente forelder til barnet, og at hun derved hadde foreldreansvaret alene.
- (131) B var derfor i sin fulle rett da hun valgte å flytte til Guatemala med barnet. Kravet i barneloven § 40 om samtykke for å flytte barnet ut av landet, gjaldt ikke lenger. As begjæring om å pålegge B utreiseforbud etter barneloven § 41, ble ikke tatt til følge av retten. Kravene i § 42 a om varsel og megling før flytting, kom heller ikke til anvendelse. At norsk jurisdiksjon fortsatt skulle gjelde i en slik situasjon, hadde lovgiver neppe sett for seg ved vedtakelsen av domstolen § 34. De knappe uttalelsene i NOU 2020: 14 Ny barnelov, som førstvoterende gjengir, tar nok heller ikke høyde for det saksforhold vi her står overfor.

- (132) Etter at C flyttet til Guatemala er sakens tilknytning til Norge i flere henseender blitt svært beskjeden. Dette gir seg flere utslag.
- (133) Ett aspekt er at det praktisk sett vil være svært vanskelig å tvangshåndheve en dom i As favør. Dette er imidlertid ikke alene til hinder for norsk jurisdiksjon. Det samme gjelder praktiske vanskeligheter knyttet til hvilke regler som fremover skal regulere eventuelt delt foreldreansvar og samvær for A.
- (134) Derimot er det etter mitt syn et meget tungtveiende argument mot norsk jurisdiksjon at muligheten for å oppnå den sentrale målsettingen i barneloven – barnets beste – vil være svært vanskelig for en norsk domstol. Jeg viser særlig til de store problemene som knytter seg til å få saken tilfredsstillende opplyst. Avgjørelsen av foreldreansvar og samvær skal skje ut fra forholdene på domstidspunktet. De langt fleste bevis og faktiske omstendigheter av relevans befinner seg nå – etter at anke til lagmannsretten ble tatt ut – i Guatemala, og norske domstolers forutsetninger for å belyse dem, er klart begrenset. B har riktignok – til en viss grad – sagt seg villig til å bidra til sakens opplysning, særlig ved å ha samtale over videolink med den sakkyndige. Hun har imidlertid blant annet ikke vært villig til å gi den sakkyndige adgang til å snakke med ansatte ved Cs skole eller helsestasjon. Hvis hun hadde ønsket det, kunne B i praksis ha avstått fra ethvert samarbeid med norske domstoler og de involverte aktører.
- (135) I saker der barnets beste er det sentrale vurderingstema, fremstår det for meg som lite hensiktsmessig at norske domstoler i en slik situasjon skal ha jurisdiksjon. Saken bør heller underlegges det lands jurisdiksjon som har de beste forutsetninger for å vurdere hva som er til barnets beste. I vår sak vil det utvilsomt være Guatemala.
- (136) At B på en eller annen måte vil kunne anlegge sak i Guatemala om at A ikke skal ha samvær, anser jeg som sannsynlig. I så fall går jeg ut fra at guatemalanske rettsregler blir lagt til grunn. At en guatemalansk domstol skulle avvise saken fordi den hører hjemme i Norge, kan man nok se bort fra. Hensynet til å unngå konflikt mellom jurisdiksjoner tilsier da at norske domstoler ikke har domsmyndighet. Særlig gjelder det her, hvor saken har langt sterkere tilknytning til Guatemala enn Norge. At saken rettmessig ble anlagt i Norge, kan – slik saken nå står – ikke ha avgjørende betydning.
- (137) Så vidt jeg kan forstå, er det nettopp slike betraktninger som ligger bak hovedregelen i Haagkonvensjonen 1996 artikkel 5 nr. 1 om at barnets bosted til enhver tid skal være avgjørende for hvilket land som har jurisdiksjon. Guatemala er ikke part i denne, men de hensynene som ligger bak hovedregelen, slår uansett til i vår sak. Som andrevoterende fremhever, tar jurisdiksjonsgrunnlaget i Haagkonvensjonen 1996 sikte på å utpeke den staten som er best egnet til å ivareta barnets interesser og beskytte barnet, samt unngå konkurrerende jurisdiksjoner.
- (138) Barneloven har som nevnt et krav om samtykke ved flytting av barnet ut av landet dersom det foreligger felles foreldreansvar, jf. § 40. Har en av foreldrene samværsrett, stiller loven dessuten krav om forutgående varsel og megling, jf. § 42 a. Dersom slike regler brytes, vil de særlige hensyn som ligger bak domstoloven § 34, gjøre seg gjeldende med styrke. Dersom B ved å flytte til Guatemala hadde brutt disse reglene, ville jurisdiksjonsspørsmålet ha stått annerledes. I en slik situasjon ville norske domstoler hatt jurisdiksjon selv om Guatemala hadde vært part i Haagkonvensjonen 1996, jf. dens artikkel 7. Det er klart at noe annet ikke kan gjelde når landet ikke er konvensjonspart.

- (139) A har gjort gjeldende at det vil innebære en krenkelse av EMK om norske domstoler ikke skulle ha jurisdiksjon som følge av flyttingen av Cs vanlige bosted. Jeg har imidlertid vanskelig for å se at en løsning som er helt i tråd med systemet i Haagkonvensjonen 1996, skulle ha en slik virkning.
- (140) Jeg er etter dette kommet til at norsk jurisdiksjon i saken hadde falt bort da saken ble anket til lagmannsretten. Lagmannsrettens og tingrettens dom i saken må da oppheves, og saken avvises.
- (141) Siden jeg er i mindretall i spørsmålet om jurisdiksjon, følger det av tvisteloven § 19-3 tredje ledd tredje punktum at jeg skal ta del i avstemningen over sakens realitetsspørsmål. I disse er jeg i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (142) Dommer **Sæther:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Falch.
- (143) Dommer **Webster:** Likeså.
- (144) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.