



NOREGS HØGSTERETT

Den 12. mai 2004 sa Høgsterett dom i

HR-2004-00882-A, (sak nr. 2004/104), sivil sak, anke,

A (advokat Tore Angen)

mot

B (advokat Venil Katharina Thiis –
til prøve)

R Ø Y S T I N G :

- (1) Dommar **Utgård**: Saka gjeld spørsmålet om det var ein saksbehandlingsfeil når eit barn ikkje vart spurt om å uttale seg i sak om endring av dom om omfanget av samværsrett.
- (2) A, fødd 1957, og B, fødd 1963, vart sambuarar hausten 1989. Dei budde først i X, og flytta deretter i 1996 til Y. Paret har to barn: C som er fødd 00.00.1991, og D som er fødd 00.00.1996.
- (3) Samlivet tok slutt 20. februar 2001, då B flytta ut og til annan bustad like ved. Partane praktiserte deretter tilnærma delt omsorg for barna fram til B 22. august 2001 tok dei med seg og flytta inn i huset til mor si i Z. Det er opplyst at det er 60 mil mellom Y og Z.
- (4) A reiste 24. august 2001 sak ved Orkdal heradsrett med påstand om at barna skulle bu fast hos han, og han kravde samtidig mellombels avgjerd for dette fram til rettskraftig dom. Etter skriftleg behandling tok Orkdal heradsrett 10. september 2001 mellombels avgjerd om at barna skulle bu hos A til det låg føre dom i heradsretten. Oppfyltingsfristen vart sett til 16. september. Retten avgjorde samstundes at B skulle ha samværsrett med barna ei langhelg fjerde kvar veke, og dessutan i heile haustferien, heile jule- og nyttårsferien og heile vinterferien.
- (5) Orskurden vart påkjært av B, men før kjæremålet var avgjort kravde A orskurden tvangsfullført ved Drammen namsrett. Namsretten tok kravet til følgje 20. september 2001. Barna flytta då til A. Frostating lagmannsrett heldt 26. september 2001 munnlege forhandlingar for å behandle kjæremålssaka. I rettsmøtet vart partane einige om rettsforlik med hovudsakleg dei same løysningane som det heradsretten hadde kome til, men med ei

meir detaljert fastlegging av utstrekninga på dei einskilte samværa. I tillegg godtok partane å rette seg etter avgjerda i heradsretten straks denne kom.

- (6) Sjølv søksmålet vart avgjort av Orkdal heradsrett ved dom 20. desember 2001 med slik domsslutning:

- ”1. C, født 00.00.1991 og D, født 00.00.1996 skal bo fast hos B.
2. A og B skal ha felles foreldreansvar for D.
3. A har rett til samvær med C og D slik:
 - a) Annen hver nyttårshelg, fra 4. juledag til siste dag før skolestart etter nyttår. I nyttårshelga 2001/2002 skal barna være hos far.
 - b) Annen hver siste helg i februar fra onsdag etter skoletid til søndag ettermiddag. I 2002 skal barna denne helgen være hos far.
 - c) Annen hver vinterferie, i henhold til skoleplanen. I vinterferien 2002 skal barna være hos mor. Dersom samværet etter punkt c kolliderer med punkt b, gjelder punkt c.
 - d) Annen hver påskeferie, i henhold til skoleplanen. I påskeferien 2002 skal barna være hos far.
 - e) Annen hver siste helg i april fra torsdag etter skoletid til tirsdag ettermiddag. I 2002 skal barna denne helgen være hos mor. Dersom samværet etter punkt d kolliderer med punkt e, gjelder punkt d.
 - f) Hver pinsehelg fra torsdag etter skoletid til mandag ettermiddag.
 - g) Tre uker i sommerferien. I 2002, 2004 osv. skal far ha barna de tre første ukene av skolens sommerferie. I 2003, 2005 osv. skal far ha barna de tre siste ukene av skolens sommerferie.
 - h) Annen hver høstferie, i henhold til skoleplanen. I høstferien 2002 skal barna være hos far.
 - i) Annen hver siste helg i oktober fra onsdag etter skoletid til mandag ettermiddag. I 2002 skal barna denne helgen være hos mor. Dersom samværet etter punkt h kolliderer med punkt i, gjelder punkt h.
 - j) Annen hver julehelg fra siste skoledag før jul til 4. juledag om ettermiddagen. I julehelgen 2001 skal barna være hos mor.
4. Saksomkostninger tilkjennes ikke.”

- (7) Det går fram av dommen at hovudspørsmålet var kven barna skulle bu fast hos. Partane var einige om omfanget på samværsretten for den barna ikkje skulle bu hos, likevel slik at dei overlet den detaljerte utforminga til retten.
- (8) A anka til Frostating lagmannsrett over spørsmålet om kven barna skulle bu fast hos, men ikkje over omfanget av samværsretten. Lagmannsretten har omtala hans synsmåtar for det tilfelle at han fekk medhald i at barna skulle bu fast hos han, til at då skulle ”Bs samvær ha samme omfang som fastsatt av heredsretten for A”.

(9) Frostating lagmannsretts dom av 28. juni 2002 har slik domsslutning:

”1. Orkdal herredsretts dom, domsslutningens pkt 1 stadfestes.

2. Saksomkostninger for lagmannsretten tilkjennes ikke.”

(10) Anke frå A til Høgsterett vart nekta fremja 8. oktober 2002.

(11) Nokre dagar etter nektinga frå Høgsteretts kjæremålsutval – 15. oktober 2002 – sette A fram krav overfor B om meir omfattande samværsrett enn det domstolane hadde fastsett. Då ho ikkje gjekk med på det, reiste A søksmål om dette ved Drammen tingrett 18. desember 2002. A gjorde særleg gjeldande at C hadde kome med klare utsegner om at han ville bu hos faren på Y, og meinte at samværet måtte utvidast ut frå C sine ønskjemål. Han la til grunn at ”det blir – på en eller annen måte – foretatt samtaler med C, hvor hans syn kommer til uttrykk”. B tok til motmæle, og gjorde gjeldande at det ikkje låg føre særleg grunn til endring av dommen.

(12) Drammen tingrett kom til at det ikkje var særlege grunnar for å endre avgjerda om samværsrett. Dette skjedde utan at retten tok opp med C om han ønskte å gi uttrykk for noko standpunkt til spørsmålet om samværsrett. Tingretten fann resultatet openbert, slik at det ikkje var nødvendig med hovudforhandling, jf. barnelova § 47, jf. § 39 tredje ledd, og sa 12. juni 2003 dom med slik domsslutning:

”1. B frifinnes.

2. A betaler saksomkostninger til B med kr. 12.617,- innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.”

(13) A anka dommen til Borgarting lagmannsrett. Heller ikkje lagmannsretten høyrde C. Også lagmannsretten kom til at det ikkje låg føre særlege grunnar for å endre domsavgjerd om samværsrett, og at dette var openbert. Det vart ut frå dette ikkje halde hovudforhandling. Lagmannsretten sa 19. november 2003 dom med slik domsslutning:

”1. Drammen tingretts dom stadfestes.

2. Innen to uker fra dommens forkynnelse betaler A til B kroner 6 000 – sekstusen – i saksomkostninger for lagmannsretten.”

(14) Dommen vart anka til Høgsterett av A. Berre anken over saksbehandlinga når det gjaldt spørsmålet om C skulle ha vore gitt høve til å seie meininga si, er vist til behandling i Høgsterett.

(15) Ankeparten, A, har særleg halde fram:

(16) Det er ein saksbehandlingsfeil at C ikkje har fått sagt meininga si om omfanget av det samværet han ønskjer å ha med far. Slik barnelova § 31 lydde fram til 1. april i år, skulle eit barn som etter utvikling og mogning var i stand til det og i alle fall frå det hadde fylt 12 år, få seie meininga si før det vart teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet. Etter lovendringa gjeld det same når eit barn har fylt 7 år.

(17) FNs barnekonvensjon er frå 1. oktober 2003 norsk rett gjennom menneskerettslova § 2 nr. 4. Barnekonvensjonen har i artikkel 12 reglar om rett for barnet til å bli høyrte. I

artikkel 12 nr. 1 er det ein allmenn regel om at eit barn som er i stand til det skal ha rett til å gi uttrykk for eigne synsmåtar i alle saker som gjeld barnet. Dette må gjelde barn som er i stand til å uttrykke ei meining. I artikkel 12 nr. 2 går det uttrykkjeleg fram at barnet skal ha rett til å uttale seg anten direkte, eller gjennom t.d. ein sakkunnig, i ei rettssak av dette slaget.

- (18) C har ikkje fått høve til å uttale seg. Under ankeforhandlingane for Frostating lagmannsrett hadde eit vitne referert ei utsegn C hadde kome med til ein lærar om at C ønskte å bu hos far. Ønsket om at C skulle få høve til å uttale seg, har vore eit tema i saksbehandlinga både for Drammen tingrett og Borgarting lagmannsrett. Det er viktig at C får høve til å uttale seg, fordi det er eit svært sentralt punkt for å krevje endring at C no så sterkt har gitt uttrykk for at han ønskjer meir samvær med far.
- (19) Det er også eit viktig punkt i vurderinga av kravet om ”særlege grunnar” for å endre eit fastsett samvær at far no disponerer ei leilegheit arbeidsgivaren har i Oslo, slik at det er mogeleg å gjennomføre oftare samvær utan at det blir så tyngjande for barna.
- (20) Manglande høyring av C representerer ein saksbehandlingsfeil, som kan ha hatt innverknad på resultatet. Feilen må føre til oppheving av lagmannsrettsdommen og heimvising til ny behandling.
- (21) A har sett fram slik påstand:
 - ”1. **Borgarting lagmannsretts dom av 19.11.03 i sak nr. 03-03132 A/02 oppheves og hjemvises til fortsatt behandling for lagmannsretten.**
 - 2. **A tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett.”**
- (22) *Ankemotparten, B, har særleg halde fram:*
- (23) Artiklane 3 og 12 i FN-konvensjonen om rettar for barn regulerer i kva grad barn skal høyrast ved avgjerd om samværsrett. Dei inneber ikkje noka absolutt plikt til å høyre barn. Det gjer heller ikkje dei aktuelle reglane i barnelova § 31. Ved vurderinga av om C skal høyrast må det leggjast vekt på alder, mogning og særlege behov. Det må også vurderast i kva grad C ved å måtte forklare seg eller ved å bli spurd om han vil forklare seg, vil kome i ei vanskeleg lojalitetskonflikt.
- (24) Saka gjeld endring av det samværet som vart fastsett av Orkdal heradsrett med grunnlag i semje mellom partane. Dette talar mot at det no, rett etter at denne dommen vart endeleg, skal fastsetjast ei plikt for retten til å høyre C. I dette tilfellet er det også uklart kva C skal høyrast om.
- (25) Vurderinga av om barnet skal høyrast må skje ut frå ei alminneleg bevisvurdering, mellom anna på grunnlag av opplysningar frå foreldra om kva barnet gir uttrykk for. Avgjerda om å høyre barnet må takast ut frå kva som må reknast å vere til beste for barnet. Det må skje ei vurdering av risikoen for at ei høyring kan vere til skade for barnet opp mot verdien av det som kan opplysast ved ei høyring. Det følgjer ikkje minst av kravet både i barnekonvensjonen og barnelova om at barnets beste er det grunnleggjande omsynet.

(26) Det var ikkje noko brot verken på barnekonvensjonen eller dågjeldande føresegner i barnelova om å høyre barnet. Avgjerda kan heller ikkje vere i strid med gjeldande lov. Dersom det skulle vere ein saksbehandlingsfeil, kan denne ikkje reknast å ha verka inn på innhaldet i lagmannsrettsdommen. Denne ville ha vorte den same utan omsyn kva C hadde sagt, ut frå dei opplysningane som elles ligg føre i saka.

(27) B har sett fram slik påstand:

- ”1. Borgarting lagmannsretts dom av 19.11.03 i sak nr. 03-03132A/02 stadfestes.**
2. A dømmes til å betale saksomkostninger for Høyesterett til det offentlige.”

(28) *Eg er komen til at anken ikkje fører fram.*

(29) Saka gjeld overprøving av saksbehandlinga ved Borgarting lagmannsretts dom av 19. november 2003. Lovreglane på domstidspunktet må då leggjast til grunn. Når eg nemner det særskilt, er det fordi det har vore ein del endringar i regelverket under behandlinga av endringssaka.

(30) Noreg ratifiserte i 1991 FN-konvensjonen om rettar for barnet av 20. november 1989. Ved ei endring i menneskerettslova § 2 der det vart gitt eit nytt punkt 4, er konvensjonen gjort til norsk lov. Lovendringa vart sett i kraft frå 1. oktober 2003 – før dommen i Borgarting lagmannsrett. Det er særleg to artiklar i barnekonvensjonen som er viktige i saka. Etter artikkel 3 nr. 1 skal barnets beste vere eit grunnleggjande omsyn ved alle handlingar som gjeld barn. Retten for barnet til å ytre seg er regulert særskilt i artikkel 12, som har to punkt. I artikkel 12 nr. 1 er det fastsett ei plikt for statane til å sikre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt, retten til å uttrykkje desse fritt i alle saker som gjeld barnet. Statane skal også sikre at synspunkta blir gitt tilbørleg vekt ved avgjerder i samsvar med barnet sin alder og mogning. Derneft inneheld artikkel 12 nr. 2 reglar om at barnet sin rett til ytring særleg skal gjelde ved administrativ og rettsleg saksbehandling som gjeld barnet.

(31) Barnelova vart endra ved lov 20. juni 2003 nr. 40, men denne endringa vart først sett i kraft frå 1. april 2004, jf. forskrift av 24. februar 2004 nr. 471. Det er lova før denne endringa som skal nyttast i saka her. Eg legg til at eg ikkje kan sjå at det ville ha noko å seie for utfallet om dei nye reglane hadde vore nytta. Med mindre anna er sagt, er det lova slik ho var før lovendringa som det blir vist til og som eg omtalar som barnelova.

(32) Barnelova § 31 gir rett for barnet til å vere med på avgjerd. I første ledd er det sagt at etter ”kvart som barnet utviklast og mognast, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjerd om personlege tilhøve for barnet”. Det skal leggjast vekt på det barnet meiner. Dette gjeld også for andre enn foreldra, jf. sluttorda i første ledd. For barn som har fylt 12 år er det ei særskilt regulering i § 31 andre ledd:

”Når barnet er fylt 12 år, skal det få seie si meining før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, herunder i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Det skal leggjast stor vekt på kva barnet meiner.”

(33) Frå 1. april 2004 er det, som før peika på, gjort nokre endringar i denne paragrafen. Første ledd er ført nærare opp til teksten i barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 enn den tidlegare teksten. Og i andre ledd er det sagt at barnet når det har fylt 7 år, skal få seie si meining

før det blir teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet. Reglane for barn over 12 år er førte vidare.

- (34) I barnelova § 44a om omfanget av samværsrett heiter det i tredje ledd fjerde punktum at avgjerda ”skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet”. Sjølv om dette direkte tek sikte på *omfanget* av samværsretten, har dette vore eit grunnprinsipp i barnelova, som etter mitt syn måtte gjelde også når det gjaldt *saksbehandlinga* i høve til omfanget av samværsretten. At det omfattar saksbehandlinga, er då også sagt uttrykkeleg i den nye § 48 i barnelova, slik denne lyder etter 1. april 2004.
- (35) Saka i dag er spesiell fordi det ikkje er tale om ei vanleg sak om omfanget av samvær, men om ei sak om endring med grunnlag i barnelova § 39 andre ledd andre punktum. Vilkåret for at ein part kan krevje endring er at ”særlege grunnar talar for det”. Denne føresegna står i kapitlet om foreldreansvar og kvar barnet skal bu fast, men etter barnelova § 47 tredje ledd gjeld ho på tilsvarande måte for saker om samværsrett. Etter same paragrafen tredje ledd trengst det ikkje haldast hovudforhandling dersom det er ”openbert” at det ikkje ligg føre særlege grunnar. På dette viset må avgjerda av om C skulle høyrast, skje ut frå den litt spesielle situasjonen som ligg føre der det er tale om ny vurdering av ein samværsrett som følgjer av ein dom.
- (36) Temaet for Borgarting lagmannsrett var om det låg føre særlege grunnar til å endre den samværsretten som såleis var fastsett i tidlegare dom. I Rt. 1997 side 442 gav kjæremålsutvalet si tilslutning til lagmannsretten si lovforståing om at det ikkje var noko krav om sterke grunnar, men snarare om ”konkrete og påviselige grunner” og der det likevel må ”kreves mer til endring enn man vil gjøre for å vinne frem i første sak”. Eg finn det ikkje nødvendig å gå nærare inn på korleis vilkåra i barnelova § 39 må forståast. I tillegg til det som her er nemnt, vil eg likevel peike på at det klart må vere grunnar av ei viss vekt dersom ein samværsrett fastsett i dom skal kunne endrast kort tid etter at dommen er rettskraftig. Det må også gjelde i eit tilfelle som i vår sak, der spørsmålet om kven barna skulle bu fast hos vart anka vidare, medan partane ikkje anka vidare med omsyn til den tvisten om samværsrett som frå først av var ein del av den same saka.
- (37) Som eg alt har vist til, er det slik at eit barn skal ha rett til å uttale seg om eit spørsmål som det om omfanget av samværsretten, ut frå alder, mogning og dei føresetnadene barnet har for å ha sjølvstendige synspunkt om dette. Heller ikkje før endringa av barnelova § 31 frå 1. april 2004, oppfattar eg det slik at det her var noka absolutt grense ved 12 år. I alle tilfelle må det skje ei vurdering av barnet sine personlege føresetnader. Og til grunn for denne vurderinga må, både etter barnelova og etter barnekonvensjonen, barnets beste vere styrande. Når det er slik, er det også klart nok at det vil ha innverknad kva interesser det er som det er tale om. Dette kjem eg tilbake til.
- (38) Ei slik sak kan ikkje avgjerast utan å sjå på dei konkrete spørsmåla som gjeld barnet og som også gjeld oppløysinga av samlivet mellom foreldra. Som før nemnt gjekk partane frå kvarandre 20. februar 2001. Det er likevel på det rene at det då hadde vore eit konfliktfylt samliv i mange år.
- (39) Dei første konkrete opplysningane om C finst i ei fråsegn datert 9. november 2000 frå nevropsykolog Per Næss. I denne fråsegna heiter det mellom anna:

”Pas. viser betydelig diskrepans på generelle ikke-verbale kognisjoner, godt utviklede perseptuelle funksjoner som deltalj-persepsjon samt sekvensiering av visuelle stimuli,

men subnormale visuospatiale og -konstruktive funksjoner (tilsvarende mental alder på 6-årsstadiet).

...

Pas. er en snart 9 år gammel gutt som siden småbarns-alderen har hatt sosiale vansker, vist mye engstelig atferd og har på skolen fått lese- og skrive-vansker.

...

Det er positivt, også mht. videre prognose at pas. har gjort framgang både faglig og sosialt på skolen de siste månedene. Hjemme-situasjonen er fortsatt vanskelig – etter hva jeg forstår på foreldrene; viser mye engstelig atferd med tendenser til katastrofe- og separasjons-angst, gjerne knyttet til sin mor som han er svært avhengig av. Lekse-situasjonene er også vanskelige, viser mye negativ atferd før han evt. får gjort leksene.”

- (40) Psykologen reiste spørsmålet om C kunne ha Aspergers syndrom.
- (41) Eg går til Frostating lagmannsretts dom av 28. juni 2002 om kven barna skulle bu fast hos. Lagmannsretten var sett med to psykologar som meddommarar. Lagmannsretten tok utgangspunkt i fråsegna frå nevropsykolog Næss, og viste deretter til at Barne- og ungdomspsykologisk klinikk hadde kome til at C hadde bruk for tilrettelagt undervisning. Deretter heiter det om C i dommen:

”Ut fra vitneførselen for lagmannsretten kan det legges til grunn at C har hatt en god utvikling i den senere tid. Han takler skolesituasjonen rimelig bra, og har etablert kontakt med jevnaldrende. Etter det som foreligger er det lite som tilsier diagnosen Aspergers syndrom. Mye taler derimot for at han i stor grad har vært symptombæreren for de konflikter som har vært i familien, særlig for konfliktene mellom foreldrene. Dette tilsier også at konfliktene har vært av alvorlig karakter.

Slik lagmannsretten ser det er det helt nødvendig for en videre positiv utvikling for C at han får en stabil og forutsigelig tilværelse, med trygghet og nærhet. Det er vesentlig at foreldrene reduserer konfliktnivået, og er tydelige og lojale i forhold til de bestemmelser som gjøres. Det er særlig viktig at den nærmeste omsorgspersonen har innsikt i og gir aksept for det hjelpebehov han har.”

- (42) I dommen er det også gitt opplysningar som ikkje berre viser det vanskelege forholdet mellom partane, men som også gir opplysningar om dei konfliktane barna – ikkje minst C – har stått i.

”A synes videre å undervurdere konfliktnivået mellom partene under samlivet, og den betydning det har hatt, bl a for C. Han synes heller ikke å ha full forståelse for betydningen av faste avtaler for å unngå konflikter. Det vises til at han etter samlivsbruddet på tvers av Bs vilje kontaktet henne til stadighet, til dels flere ganger i løpet av dagen. Han har også i samværsperioden tatt kontakt med barna og skapt forventninger om samvær/aktiviteter utenom avtale med moren. På denne måten ivolveres barna i nye konflikter, og det kan stilles visse spørsmål ved As evne til å se sin rolle i dette.”

- (43) Det går fram av dokumenta i saka at A i urimeleg grad har teke kontakt både med B og med C. Desse vart mellom anna stilt overfor spørsmål eller tilbod om å delta i opplegg i ulike samanhengar som gjaldt A og hans familie, utanom dei fastsette tidspunkta for samvær. På det meste var det tale om 12 telefonar eller SMS meldingar på ein dag.
- (44) Saka må som nemnt vurderast også opp mot dei interessene som endringssøksmålet skal fremje.
- (45) Situasjonen er spesiell ved at A kravde endring i samværsretten berre få dagar etter at dommen om kven barna skulle bu fast hos var rettskraftig. Som det går fram av det eg har

sagt om gangen i dei ulike sakene, var det ikkje egentleg nokon tvist om omfanget på samværsretten då denne i si tid vart fastsett av Orkdal heradsrett. Trass i ei sak som heilt tydeleg heile tida var både konfliktfylt og vanskeleg, var partane ikkje usamde om at den andre skulle ha samværsrett. Dei var også samde om omfanget av samværsretten, slik at det berre var den detaljerte utforminga som stod att for retten. Eg tek med det heradsretten uttala som grunnlag for denne detaljeringa:

”Også ved fastsettelsen av samvær er hensynet til barnets beste det avgjørende.

Avstanden mellom foreldrene setter visse begrensninger for samværsordningen, og samværet bør derfor ikke bli for oppstykket. Både økonomiske forhold og hensynet til at barna får ro tilsier at reisingen begrenses. På den annen side er det svært viktig at barna beholder forholdsvis hyppig og omfattende kontakt med sin far. Partene er enige om at et samværsforslag fra B legges til grunn. Retten finner at forslaget gir en rimelig avveining som det ikke er grunn til å fravike i betydelig grad. Retten legger derfor dette til grunn og har forsøkt å utforme en rimelig tilpasning mellom de hensyn som er nevnt.”

- (46) Som før nemnt vart det ikkje anka vidare over omfanget av samværsretten. For min del oppfattar eg det slik at det var tale om ei tilpassing av ei vanleg ordning av samværsretten til ein situasjon der partane budde så langt frå kvarandre at det sette grenser, og at det på ingen måte var tale om ein minimumsrett.
- (47) Det er ingen tvil om at utgangspunktet etter så vel barnelova § 31 som barnekonvensjonen artikkel 12 er at C skulle høyrast. Etter mitt syn står likevel ikkje dette synspunktet så sterkt der det er tale om endring av samværsordninga i ein ny dom, som det ville ha stått ved den opphavlege prøvinga. Saka må også i alle tilfelle vurderast i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, slik det er slått fast både i barnelova og i barnekonvensjonen. Dette gjeld som nemnt også for saksbehandlinga.
- (48) I stemninga til Drammen tingrett med krav om endring av samværsretten vart kravet grunnlagt med at C ”alltid [har] sagt at han vil bo hjemme hos meg på Y”. Han sette samtidig fram krav om at C skulle høyrast som vitne. Det var ikkje gjort for Orkdal heradsrett eller Frostating lagmannsrett i den første saka. Og vinklinga i stemninga til Drammen tingrett var kvar barna skulle bu, og det var berre i påstanden det kom fram krav om at C og D skulle ha samværsrett etter rettens skjønn.
- (49) Eit slikt reint allment krav, som nærast gjekk på omprøving av dei tidlegare rettsavgjerdene og ikkje på nye opplysningar eller omstende, må i seg sjølv stå svakt med tanke på å tilfredsstille kravet til særlege grunnar. Og i alle fall må dette vere for svakt til at retten kunne ha plikt til å kalle inn C for å finne ut om han ønskte å forklare seg, og i tilfelle høyre kva han hadde å seie. I seg sjølv ville berre det å skulle ta standpunkt til om han burde eller måtte uttale seg, vere svært vanskeleg for C. I denne vurderinga må det ha vekt at kravet er fremja i ein sterk konfliktsituasjon mellom foreldra, og der barna har vorte trekte sterkt inn. Han ville kunne bli utsett for eit press. Utan omsyn til det ville han kome i ei lojalitetskonflikt. Her kjem C sine særlege problem inn med tyngde, og med det behovet for å verne han i ein slik situasjon. Det synest også å vere treffande når Frostating lagmannsrett har sett på C som symptomberar av konfliktane i familien.
- (50) Det må leggjast til at det var kjent for Borgarting lagmannsrett korleis C sine ønskjemål var refererte i dommen frå Frostating lagmannsrett. Det heiter i denne:

”C har overfor sin klasseforstander uttalt at han ønsker å flytte til sin far. Slik lagmannsretten ser det kan det ikke legges avgjørende vekt på dette. Den egentlige foranledningen til dette er ikke helt klarlagt. Hans uttalelse må dessuten ses på bakgrunn av den lojalitetskonflikt han ganske sikkert opplever.”

- (51) Før saka gjekk til doms i Borgarting lagmannsrett kom A med ytterlegare ein grunn for at han burde ha meir samvær. I prosesskrift 7. oktober 2003 opplyste såleis A at han i samband med jobben disponerer ei leilegheit i Oslo ”så ofte som han selv ønsker”. Dette punktet har ikkje vore klarlagt nærare; heller ikkje for Høgsterett. I ei SMS-melding frå A den 4. september 2003 heitte det såleis:

**”Blir nok østlending i løpet av høsten, rent temporært. Regner m at du blir gla da!
Avs. A.”**

- (52) Eg kan vanskeleg sjå at eit slikt mellombels husvære for A når han er i Oslo, kan gi grunn til å endre eit fastsett samvær.
- (53) Min konklusjon etter dette er at det ikkje var nokon saksbehandlingsfeil når C ikkje vart høyrte.
- (54) Anken kan såleis som før nemnt ikkje føre fram. Eg finn ikkje grunn til å endre sakskostnadsavgjerd for tingrett og lagmannsrett. For Høgsterett har B som har fri sakførsel, påstått A tilplikta å betale sakskostnader til det offentlege. Sjølv om anken ikkje har ført fram, meiner eg at saksbehandlingsanken har reist spørsmål av slik prinsipiell interesse at sakskostnader ikkje bør tilkjennast.
- (55) Eg røystar etter dette for slik

D O M :

1. Anken blir forkasta.
2. Sakskostnader for Høgsterett blir ikkje tilkjende.

- (56) Dommer **Stang Lund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (57) Dommer **Gjølstad:** Likeså.
- (58) Dommer **Tjomsland:** Likeså.
- (59) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (60) Etter røystinga sa Høgsterett slik

D O M :

1. Anken blir forkasta.
2. Sakskostnader for Høgsterett blir ikkje tilkjende.