



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 24. september 2020 av Høyesterett i avdeling med

dommer Erik Møse
dommer Ragnhild Noer
dommer Henrik Bull
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Kine Steinsvik

HR-2020-1843-A, (sak nr. 20-059574SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 2. mars 2020

A (advokat John Christian Elden)

mot

B (advokat Morten Engesbak – til prøve)

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

(1) Dommer **Bull:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder fastsettelse av fast bosted for felles barn og reiser blant annet spørsmål om konsekvensene av brudd på plikten til å varsle den andre av foreldrene før flytting med barna innenlands.
- (3) A og B er foreldre til tvillingene C og D, født 00.00.2012. Barna har bodd hos mor siden fødselen. Inntil X tingretts dom 18. juni 2019 hadde hun foreldreansvaret alene. Jentene er mors første barn. Far har tre barn som nå er voksne, fra et tidligere ekteskap.
- (4) Foreldrene var samboere i perioden fra 2008 til begynnelsen av 2012. De var bosatt i X, der far fortsatt bor. De hadde ulikt syn på å få barn sammen. Da mor likevel ble gravid, førte uenigheten til at de flyttet fra hverandre om lag et halvt år før barna ble født.
- (5) Etter fødselen ønsket far samvær med barna. Det kom etter noe tid til et begrenset samvær gjennom avtaler inngått ved familievernkontoret. Far har hele tiden ønsket mer samvær med barna enn det han har fått.
- (6) Konflikten mellom foreldrene tilspisset seg etter hvert. Mor har ved flere anledninger når hun har funnet kommunikasjonen med far vanskelig, gitt uttrykk for at hun ønsket å flytte med barna til det stedet på Vestlandet der hun er vokst opp.
- (7) Far reiste 23. oktober 2018 søksmål mot mor med krav om del i foreldreansvaret og nærmere fastsettelse av samværsomfanget. Han hadde da noe tidligere kjøpt et hus på en eiendom som grenser til mors hus, uten å orientere henne om dette. Mor ble klar over huskjøpet i begynnelsen av november 2018 og reagerte svært negativt. Da far holdt fast ved kjøpet av huset, som han ennå ikke hadde flyttet inn i, valgte mor i julen 2018 å flytte med barna til sin familie på Vestlandet. Hun skrev barna midlertidig inn på den lokale skolen, og hun gjorde det klart for far at fortsatt samvær mellom ham og barna måtte forhandles på nytt.
- (8) Far utvidet etter dette påstanden i saken for tingretten til også å gjelde krav om fast bosted for barna hos ham. Han ba samtidig om midlertidig avgjørelse etter barneloven § 60 første ledd om fast bosted og samvær for perioden frem til endelig avgjørelse i saken.
- (9) Mor hadde tidligere sagt seg villig til å flytte tilbake til X dersom far unnlot å flytte inn i nabohuset. Under hovedforhandlingen i tingretten opplyste hun at hun hadde besluttet å bli boende med barna på Vestlandet.
- (10) X tingrett avsa 18. juni 2019 dom der domsslutningen punkt 1 og 2 lyder slik:
- «1. B og A skal ha felles foreldreansvar for barna C og D, begge født 00.00.2012.
 2. C og D skal bo fast hos sin mor, A.»

- (11) Tingretten fastsatte samtidig en samværsordning og traff midlertidig avgjørelse om at så lenge saken varte, skulle far ha slikt samvær med barna som beskrevet i domsslutningen.
- (12) Sakskostnader ble ikke tilkjent, hverken i hovedsaken eller i saken om midlertidig avgjørelse.
- (13) Far anket tingrettens dom for så vidt den gjaldt fast bosted og samvær til Borgarting lagmannsrett, som 2. mars 2020 avsa dom med slik domsslutning:
- «1. C og D, begge født 00.00.2012, skal bo fast hos sin far B.
 2. A skal ha slikt samvær med C og D:
 - En helg hver sjetten uke, fra fredag ettermiddag til søndag ettermiddag, eventuelt utvidet med tilstøtende skolefriday(er).
 - Jul/nyttår
 - Annethvert år fra skoleslutt til 26. desember (første gang 2021).
 - Annethvert år fra 26. desember til dagen før skolestart (første gang 2020).
 - Annenhver vinterferie og høstferie, første gang høsten 2020 og vinteren 2021.
 - Annenhver påskeferie fra fredag før palmesøndag til onsdag i påskeuken. Annenhver påskeferie fra onsdag i påskeuken til ettermiddagen 2. påskedag. I 2020 skal samværet være fra fredag ettermiddag før palmesøndag til onsdag ettermiddag i påskeuken.
 - Fire uker i sommerferien, fordelt på to ganger hver à 14 dager. Foreldrene velger periode annethvert år med beskjed til den andre senest 15. mai hvert år. A velger sommerferie først for sommerferien 2020.
 3. Sakskostnader tilkjennes ikke.»
- (14) Mor anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjaldt lagmannsrettens saksbehandling i form av mangelfulle domsgrunner, bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 7. mai 2020 å fremme anken for så vidt gjaldt bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. For øvrig ble anken nektet fremmet.
- (15) Høyesterett har oppnevnt psykologspesialist Bjørn Solbakken som sakkyndig i saken med mandat etter barneloven § 61 første ledd nr. 3. Han er bedt om å utrede mulige konsekvenser av de to alternativene i saken: fast bosted hos far eller hos mor. Solbakken var også oppnevnt som sakkyndig for tingretten og lagmannsretten, men da med mer begrensede mandater. For tingretten var mandatet gitt i medhold av barneloven § 61 første ledd nr. 1 og gikk ut på å bidra til opplysning av barnas situasjon, avklare hva partene kunne bli enige om, eventuelt megle og bidra til avklaring av hvordan saken best kunne behandles videre. Lagmannsretten ga Solbakken i oppdrag å gjennomføre samtaler med barna, jf. barneloven § 61 første ledd nr. 4.
- (16) For Høyesterett er det innhentet skriftlige forklaringer fra partene og fra flere personer innenfor familie og omgangskrets på begge sider.

- (17) Det er opplyst at mor nå venter barn med en ny kjæreste som er gårdbruker, og at hun er i ferd med å bygge bolig på eiendommen til sine foreldre. Hun og barna har til nå bodd i foreldrenes hus. Mor og den nye kjæresten tar sikte på å gifte seg våren 2021 og bo i det nye huset.

Partenes syn på saken

- (18) Den ankende part – A – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (19) Barna bør ha fast bosted hos mor. En konkret vurdering av alle forhold i saken leder frem til at dette er til barnets beste, slik barneloven krever.
- (20) Barna har bodd hele livet hos mor. De er lykkelige og veltilpassede barn uten spesielle utfordringer, og de takler dagens samværsordning godt. Mor vil kunne gi dem en fortsatt god og stabil oppvekst i et lokalmiljø der jentene nå har bodd i snart to år, og der de trives godt både på skolen og i fritiden. Barna selv har gitt uttrykk for at de ønsker å bo hos mor. Hensynet til status quo – å la en velfungerende ordning få fortsette – må i en slik situasjon tillegges stor vekt.
- (21) Far har i utgangspunktet god omsorgskompetanse, men den sakkyndige har pekt på at han ikke har de beste forutsetninger for å hjelpe barna med å takle de følelsesmessige utfordringene en flytting til ham vil innebære.
- (22) Hensynet til best samlet foreldrekontakt betyr lite i denne saken. Mor har lojalt fulgt opp alle samværsavtaler. Det er uaktuelt for mor å flytte fra stedet der hun nå bor. Mor og far er enige om den samværsordningen som lagmannsretten fastsatte, uansett hvor barna skal ha fast bosted. Samværsordningen vil dermed bli lik enten barna bor hos mor og har samvær med far, eller omvendt.
- (23) Mor oppfylte varslingsplikten før hun flyttet med barna til Vestlandet. Barneloven oppstiller ingen formkrav. Et betinget varsel må holde. Det pågikk allerede megling i saken, og mor hadde flere ganger tatt opp at hun ville flytte om far fastholdt kjøpet av nabohuset. Å bli boende med far tett innpå seg ville i vesentlig grad ha gått ut over hennes omsorgsevne og ville ikke ha vært til barnas beste. Far var selv skyld i den situasjonen som oppstod. Under enhver omstendighet kan unnlatt varsling ikke sanksjoneres med at barna flyttes, når dette ikke vil være til barnas beste.
- (24) A har nedlagt slik påstand:
- «1. C og D, begge født 00.00.2012, skal bo fast hos mor, A.
 2. Far, B, skal ha samvær med C og D fastsatt etter rettens skjønn.
 3. A / det offentlige tilkjennes sakens omkostninger for alle instanser.»

- (25) Ankemotparten – *B* – har i det vesentlige anført:
- (26) Det er til barnas beste at de bor fast hos far og har samvær med mor som fastsatt av lagmannsretten.
- (27) Begge foreldre har gode omsorgsevner. Den sakkyndiges vurdering om at far vil ha problemer med å møte barnas følelsesmessige reaksjoner på en flytting, bygger på et sviktende faktagrunnlag og kan lett tenkes å være utslag av metodiske utfordringer ved slike sakkyndigvurderinger.
- (28) Barna er godt kjent med fars familie og i fars lokalmiljø, der de har samvær og har bodd tidligere. De har familie og et stort nettverk der. Det er ikke tale om noe utfordrende miljøskifte.
- (29) Hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt tilsier fast bosted hos far og samvær med mor. Mor har helt siden barna ble født, gitt far mindre samvær enn han har ønsket, og hun har praktisert inngåtte avtaler på en rigid måte. Best mulig foreldrekontakt er ikke bare et spørsmål om avstander, men også om foreldrenes egenskaper – hvordan de praktiserer inngåtte avtaler.
- (30) Mor misligholdt varslingsplikten da hun flyttet med barna til Vestlandet. Det er et relevant moment i vurderingen av hva som her er til barnas beste. Hensynet til status quo får mindre vekt når det er etablert ved mislighold av varslingsplikten.
- (31) Barneloven åpner uansett for å kunne legge vekt på unnlatt varslings selv om en isolert vurdering av barnas beste skulle tilsi fast bosted hos den som har misligholdt varslingsplikten. I et videre perspektiv er denne plikten også et utslag av hensynet til barnets beste, nemlig interessen til barn som gruppe i å ha best mulig foreldrekontakt. Når man som her står overfor to veltilpassede barn med foreldre som begge har gode omsorgsevner, må denne gruppeinteressen få avgjørende vekt og barna få fast bosted hos far.
- (32) *B* har nedlagt slik påstand:
- «Prinsipalt:
Anken forkastes.
- Subsidiært:
Samvær fastsettes etter Høyesteretts skjønn.
- I begge tilfeller:
B og det offentlige tilkjennes sakens omkostninger.»

Mitt syn på saken

Rettslige utgangspunkter

- (33) Det følger av barneloven § 36 at når foreldrene ikke kan bli enige om hvor barnet skal bo, skal retten som hovedregel avgjøre at barnet skal bo fast hos en av dem. Barneloven

§ 48 fastsetter at denne avgjørelsen «først og fremst» skal rette seg etter det som er «best for barnet». Barneloven følger her opp prinsippet om hensynet til barnets beste, som er nedfelt i Grunnloven § 104 annet ledd og barnekonvensjonen artikkel 3.

- (34) Som fremholdt i Rt-2005-682 avsnitt 32 skal denne vurderingen foretas på grunnlag av forholdene på avgjørelsestidspunktet og ta sikte på å finne den løsningen som må antas å være best for barnet i tiden fremover. I HR-2019-1230-A avsnitt 36, 37 og 39 er det fremhevet at det må gjøres en konkret vurdering av alle relevante omstendigheter. Det er ikke tale om en vanlig bevisvurdering, men om en bred, fremtidsrettet vurdering av de alternativene som foreligger: Hvilket alternativ vil best trygge barnets oppvekst og utvikling? Man kan ikke se bort fra konkrete risikofaktorer selv om de måtte være mindre sannsynlige.
- (35) Etter barneloven § 31 annet ledd skal barn som er fylt syv år, og yngre barn som er i stand til å danne egne synspunkter, få informasjon og anledning til å si sin mening, og barnets mening skal vektlegges etter alder og modning. Retten har imidlertid et selvstendig ansvar for å vurdere hva som tjener barnet best – man kan ikke legge ansvaret for å velge mellom foreldrene på barnet selv.
- (36) Det følger videre av barneloven § 42 at barn har rett til samvær med begge foreldre, og foreldrene har et gjensidig ansvar for at samværsretten blir oppfylt. Når det foreligger avtale eller avgjørelse om samvær, pålegger § 42 a derfor den av foreldrene som vil flytte, enten det er i Norge eller til utlandet, en plikt til å varsle den andre av foreldrene senest tre måneder før flytting. Ved flytting innenlands kreves det etter barneloven § 37 ikke samtykke fra den av foreldrene som bare har samværsrett, men motsetter denne seg flytting, må den andre kreve megling.

Den konkrete vurderingen

Bakgrunn

- (37) Far er født i 1966 og har tre barn, som nå er voksne, fra et tidligere ekteskap. Mor er født i 1979. De traff hverandre i 2002. Forholdet varte i første omgang til 2004. Etter noen år traff de hverandre igjen og var samboere i perioden fra 2008 til begynnelsen av 2012. Det ble etter hvert et stridstema mellom dem at hun sterkt ønsket å få barn, mens han hadde et klart ønske om det motsatte. De var i ferd med å drive fra hverandre da mor i begynnelsen av 2012 fant ut at hun var gravid med tvillinger. Hun reagerte meget sterkt på fars negative reaksjon på graviditeten og hans uttalte ønske om at hun skulle avslutte svangerskapet. De flyttet fra hverandre, og kontakten mellom dem opphørte. Far fikk se barna for første gang en drøy måned etter at de ble født. Han har siden ønsket å fylle farsrollen og ha samvær med dem i større grad enn mor har vært innstilt på.
- (38) Fars reaksjon på svangerskapet har senere preget mors forhold til ham og til hans ønske om samvær. Hun har etter hvert opparbeidet en aversjon mot ham.
- (39) Fars tilnærming til foreldretvisten har ifølge den sakkyndige vært preget av hva far mener er rasjonelle løsninger, og av hans vektlegging av rettferdighet og maktbalanse. Han kan for eksempel ikke se rasjonelle grunner til at det skulle være vanskelig for mor å akseptere

hans kjøp av nabohuset i X, en løsning han mener var hensiktsmessig både for barna og ham, og han vil ikke finne seg i at hun skal diktere hvor han skal bo.

Mors og fars omsorgsevner

- (40) Det kan stilles spørsmål ved om det var et heldig valg for barna som mor foretok da hun flyttet fra X til Vestlandet i julen 2018, etter fars huskjøp høsten 2018. Når mor først har den innstillingen til far som hun har, kan man imidlertid også sette et spørsmålstegn ved klokskapen i fars huskjøp, og ved at han siden ikke har villet gå fra det. Spørsmålet om hvor barna skal bo, må imidlertid foretas ut fra en bred og sammensatt vurdering av hvilket alternativ som nå må antas å ville trygge barnets oppvekst og utvikling best. Foreldrenes tidligere handlinger kan si noe om dette, men ut over dette må man være varsom med å tillegge handlingene betydning.
- (41) Mor har hatt den daglige omsorgen siden barna ble født, og som jeg kommer tilbake til, har de utviklet seg til trygge og velfungerende barn. Den sakkyndige har pekt på at mors argumenter for å begrense samværet mellom far og barn kan virke tynne. Han har imidlertid fremholdt at når man tar i betraktning hennes opplevelse av far, kan den negative holdningen til samvær likevel forstås som motivert fra hennes side av hensynet til barnas beste.
- (42) Far har aldri hatt den daglige omsorgen for døtrene, men det er ikke grunnlag for å anta annet enn at også han har god omsorgsevne. Han beskrives av den sakkyndige som genuint opptatt og stolt av døtrene sine og som energisk, systematisk og initiativrik. Mor har fremhevet et par episoder der hun mener far ikke har vist nødvendig omsorg, men slik far har forklart hendelsene, virker mors oppfatning av dem å basere seg på misforståelser.
- (43) Den sakkyndiges syn på fars evne til å gi døtrene den særlige omsorgen de antas å ville trenge dersom de endrer fast bosted, kommer jeg tilbake til. Det samme gjelder betydningen av mors flytting i lys av varslingsregelen i barneloven § 42 a.

Barnas situasjon

- (44) Barna, som er toeggede tvillinger, er nå åtte år gamle. De er sosiale, omsorgsfulle og godt tilpassede barn som har utviklet seg i samsvar med sin alder på alle områder. Foreldrene har i stor grad klart å skjerme barna fra konflikten dem imellom, selv om det ikke har vært til unngå at døtrene har oppfattet noe av striden etter hvert som den har utviklet seg i rettsapparatet. De forstår at foreldrene håper på barnas støtte for sine syn, og at utfallet av saken har stor betydning for dem. Denne situasjonen setter dem under et kraftig press.
- (45) Tvillingene begynte først å gråte da de ble fortalt at de ikke skulle tilbake til X etter juleferien i 2018, men bli boende i mors hjembygd – de ville ikke miste vennene sine. De har imidlertid begge sagt til den sakkyndige at det «har gått fint likevel». Ettersom de har nokså forskjellig lynne, har de likevel reagert ulikt på situasjonen. C var den av jentene som etter flyttingen var tydeligst på at hun helst ville bo i X, men hun har senere endret mening til at hun helst vil bo hos mor, selv om det ikke blir i X. Det holdt hun fast ved under siste samtale med den sakkyndige, som fant sted i X. D slites mer mellom foreldrene. Hun var først rask med å mene at hun ville bo hos mor på Vestlandet, men har

senere hatt en tendens til å skifte mening avhengig av om hun for øyeblikket er hos mor eller far, noe hun selv innser at hun gjør. Den sakkyndige har derfor gjennomført en ekstra samtale med henne. Da ga hun uttrykk for at hun egentlig helst ville bo hos mor. Den sakkyndiges inntrykk er at hun er mest komfortabel med å snakke om dette når hun er hos mor.

- (46) Den sakkyndige har snakket med dem begge flere ganger. Det er ikke grunn til å tvile på at det barna har sagt om hvor de helst vil bo, har grunnlag i deres egen oppfatning av situasjonen og er uttrykk for deres egen mening.
- (47) Ved skifte av fast bosted fra mor til far vil barna oppleve et brudd med sin primære omsorgs- og tilknytningsperson, som de har bodd hos hele livet. Den sakkyndige mener dette vil påføre barna en betydelig emosjonell belastning som vil øke risikoen for skadevirkninger på sikt. Denne risikoen er etter hans syn større enn risikoen for skadevirkninger ved den begrensede kontakten med far ved fortsatt fast bosted hos mor.
- (48) Slik den sakkyndige ser det, har far begrensninger i sin evne til emosjonell omsorg som reiser tvil om han vil kunne imøtekomme det særlige omsorgsbehovet som barna vil ha dersom fast bosted flyttes fra mor til far. Han konkluderer med at «risikoen og usikkerheten mht. prognose for barna på kort og lang sikt [er] klart størst ved flytting til far». Far har sterkt imøtegått den sakkyndiges konklusjon om hans omsorgsevne, som han mener bygger på et for spinkelt grunnlag og ikke stemmer med skusmålet som han får fra kolleger og andre som har avgitt skriftlig forklaring for Høyesterett i saken. Den sakkyndige har for Høyesterett presisert at det ikke er tale om en evne man enten har eller mangler helt, men grader innenfor et normalspekter, og at han bygger sin vurdering på fars opptreden i denne saken. Slik det fremstår for meg, er det nærliggende å anta at fars svært rasjonelle tilnærming til livets utfordringer kan bli en ulempe i en situasjon der han skal ivareta døtrenes særlige følelsesmessige behov ved en eventuell flytting fra mor etter å ha bodd åtte år sammen med henne.

Best samlet foreldrekontakt

- (49) Når spørsmålet om fast bosted skal avgjøres, vil det også ha betydning om den samlede foreldrekontakten blir best med den ene eller andre løsningen.
- (50) Både tingretten og lagmannsretten tar opp dette i sine avgjørelser. Tingretten bemerket at «den beste løsningen for barna ville være om begge foreldre ble boende i X – da med noe større avstand til hverandre enn fars huskjøp innebærer», men at dette var noe retten ikke kunne gi dom for.
- (51) Også lagmannsretten, som under tvil kom til at barna skulle ha fast bosted hos far og samvær med mor, synes å ha lagt vesentlig vekt på at alt lå til rette for at mor kunne flytte tilbake til X dersom far fikk den daglig omsorgen, og at den samlede foreldrekontakten da ville bli større; far hadde uttalt at han så for seg en 50/50-løsning. Det ble vist til at mor hadde beholdt hus og stilling i X, og at hun fortsatt hadde familiemedlemmer og venner der. Lagmannsretten uttalte:

«I denne situasjonen må mor velge om hun vil prioritere egne interesser, eller barnas interesser. Alt burde ligge godt til rette for at hun flytter tilbake til X eller omegn. Men dette er selvfølgelig helt opp til henne.»

- (52) Ved avgjørelsen av hvem barna skal bo fast hos, må det være mulig å ta hensyn til hvilken løsning som på sikt legger best til rette for økt samvær med begge foreldre ut fra de nærliggende handlingsalternativene som foreligger. Slik situasjonen var, ble samværsordningen likevel – naturlig nok – fastsatt ut fra en forutsetning om at foreldrene fortsatt ville bo på hver sin kant av landet.
- (53) Mor venter som nevnt nå barn med sin nye kjæreste, som er gårdbruker, og hun er i ferd med å bygge hus i nærheten av sine foreldre. Hun har sagt opp stillingen hun hadde i X. Det er ikke realistisk å tro at hun i en slik situasjon vil flytte til X, selv om døtrene skulle få fast bosted hos far. Da kan det etter mitt syn ikke legges vekt på at samlet samvær nok ville bli større om mor flytter til fars hjemsted som følge av at han får den daglige omsorgen. For Høyesterett er foreldrene enige om den samværsordningen som lagmannsretten fastsatte, uavhengig av om barna skal bo fast hos mor eller far.
- (54) Mor har overholdt inngåtte samværsavtaler, men har vært lite innstilt å på utvise noen form for fleksibilitet når far har ønsket det. Som nevnt har far på sin side gitt uttrykk for at han ser for seg en ordning der barna i større grad deler tiden mellom foreldrene enn i dag, også om de bor fast hos ham. Dette kan tilsi at dersom barna får fast bosted hos far mens mor blir boende på Vestlandet, vil det kunne bli en noe mer fleksibel praktisering av samværsordningen og større muligheter for justeringer av selve avtalen enn dersom barna fortsatt skal bo hos mor. Det er i utgangspunktet til fordel for barna.
- (55) Etter hvert som barna blir eldre og – som barn flest – kan komme til å prioritere samvær med venner og egne fritidsaktiviteter i helgene høyere enn samvær med foreldrene, kan det bli viktig å motivere dem til å gjennomføre samvær. Med sin innstilling til samvær vil far kanskje ha lettere for dette enn mor. Det er imidlertid vanskelig å si hvordan foreldrenes ulike innstilling til samvær vil slå ut i det lange løp.
- (56) Den sakkyndige antar at dersom barna blir boende fast hos mor, vil relasjonen til far kunne svekkes noe over tid. Ettersom de har hatt en relasjon til far i åtte år, er det imidlertid etter den sakkyndiges syn ikke fare for at relasjonen mellom døtrene og far skal «forvitre», slik far har fryktet.
- (57) Hensynet til best samlet foreldrekontakt trekker vel etter dette noe i retning av at barna bør bo fast hos far og ha samvær med mor. Med den reiseavstanden det er mellom mors og fars bosted – i beste fall flere timers reisetid inkludert en flyreise – er det imidlertid klare grenser for hvor ofte det i praksis kan være samvær ut over den ordningen man nå er enige om, selv med fleksibilitet og velvilje på begge sider. Dette hensynet har derfor ikke samme vekt som det ville ha hatt om reiseavstanden hadde vært kortere.

Nærmere om varslingsplikten etter barneloven § 42 a

- (58) Barneloven § 42 a lyder slik:

«Dersom ein av foreldra vil flytte i Noreg eller ut av landet, og det er avtale eller avgjerd om samvær, skal den som vil flytte, varsle den andre seinast tre månader før flyttinga.

Er ikkje foreldra samde om flytting, må den av foreldra som vil flytte med barnet krevje mekling etter § 51.»

- (59) Som tidligere nevnt bestemmer barneloven § 37 at det er den som barnet bor fast hos, som avgjør hvor i Norge barnet skal bo. Hensikten med § 42 a – tidligere § 42 første ledd tredje punktum – er å gi foreldrene tid og anledning til å tenke gjennom situasjonen før flytting skjer, drøfte hvordan flyttingen vil virke inn på samværet, og om det bør foretas en ny vurdering av hvem barnet skal bo fast hos – eventuelt foreta megling om de ikke blir enige. Tidsfristen gjør det også mulig å innlede en rettslig prøving av spørsmålet om fast bosted og be om midlertidig avgjørelse før flytting kan finne sted. Jeg viser til Rt-2011-1564 avsnitt 36 med henvisning til Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) side 43–44.
- (60) Som nevnt i Prop. 102 LS (2014–2015) side 113 oppstiller ikke bestemmelsen noe formkrav til varselet. Det følger imidlertid av formålet at varselet må gi den andre av foreldrene klar og tydelig beskjed om flytteplanene, slik at det gir en tilskyndelse til å drøfte de spørsmålene som flyttingen aktualiserer.
- (61) I dette tilfellet har mor fra 2012 og fremover ved flere anledninger sagt at hun ville flytte til Vestlandet med barna. I rettsboken fra saksforberedende møte i tingrettssaken 29. november 2018 er det notert – trolig som gjengivelse av noe fars advokat har sagt – at det er spesielt at mor truer med å flytte til en annen landsdel dersom far ikke følger det hun vil med hensyn til ordninger. Det fremgår også at mors advokat tok opp at det var uholdbart for mor at far flyttet inn i huset han hadde kjøpt på nabotomten til hennes hus, og at den sakkyndige burde gripe tak i denne problematikken før neste møte 11. januar 2019. Fars advokat svarte i prosesskriv 13. desember 2018 at det ikke var aktuelt for far å flytte inn før våren 2019, og minnet om varslingsplikten etter barneloven § 42 a. Etter juleferie hos sine foreldre sammen med barna besluttet så mor å bli boende på Vestlandet. I prosesskriv 4. januar 2019 fra mors advokat, der det blant annet ble vist til huskjøpet som begrunnelse, ble far underrettet om dette.
- (62) Jeg finner det klart at mor ikke har overholdt varslingsplikten etter § 42 a. Som lagmannsretten skriver, fratok hun dermed far muligheten til å få spørsmålet nærmere belyst gjennom megling, eventuelt å få spørsmålet prøvd rettslig. I motsetning til det mor har anført, kan det ikke ha betydning at megling allerede pågikk, så lenge denne konkrete flytteplanen ikke hadde vært på dagsordenen og fristen heller ikke ble overholdt.
- (63) Spørsmålet er så hvilke konsekvenser dette skal ha. Barneloven inneholder ingen sanksjonsregler ved brudd på varslingsplikten. Det er et bevisst valg fra lovgivers side, se Prop. 102 LS (2014–2015) side 113 og Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) side 45. I sistnevnte proposisjon uttales det imidlertid at unnlatt varsling kan si noe om hvor godt vedkommende er egnet til å ivareta barnets behov for kontakt med begge foreldre. Videre heter det:

«Retten må selvfølgelig legge avgjørende vekt på hva som er barnets beste, men unnlatt varsling kan være ett av flere momenter som får betydning ved vurderingen av hva som er til barnets beste.»

- (64) Far har anført at ordlyden i barneloven § 48 – fast bosted skal «først og fremst» rette seg etter det som er best for barnet – i visse tilfeller kan åpne for å flytte fast bosted fra den av foreldrene som ikke har overholdt varslingsplikten, selv om dette i den konkrete saken ikke skulle være til barnets beste. Det er vist til at varslingsplikten også er begrunnet i hensynet til barnets beste, nemlig hensynet til barns beste som gruppe: Det er i barns interesse at varslingsplikten overholdes slik at man i flest mulig saker der flytting er et spørsmål, legger forholdene til rette for å finne en løsning som er best mulig for barnet.
- (65) Selv om ordlyden i § 48 for så vidt kan sies å åpne for det, er jeg sterkt nølende til å anvende barneloven § 48 på den måten som sanksjon ved unnlatt varsling etter § 42 a. Forarbeidene til det som nå er § 42 a, gir ikke holdepunkter for at en slik praktisering av prinsippet om barnets beste i § 48 har vært overveid.
- (66) Jeg er enig med lagmannsretten i at mor i dette tilfellet nødvendigvis må ha forstått at hun ved å flytte så langt unna far sterkt begrenset barnas kontakt med ham. Gjennom flyttingen har hun også vanskeliggjort fars utøvelse av sin del av foreldreansvaret – som han på flyttetidspunktet hadde bedt om å bli tilkjent, og som han også fikk ved tingrettens dom. Det dreier seg blant annet om å kunne følge opp barnas skolegang. At mor flyttet uten å overholde varslingsplikten, taler ikke til hennes fordel ved vurderingen av hvor det vil være best for barna å ha fast bosted.

Samlet vurdering

- (67) Dette bringer meg frem til en samlet vurdering. Jeg har funnet avgjørelsen vanskelig.
- (68) Som nevnt er hovedinntrykket at vi står overfor to foreldre som begge har gode omsorgsevner, men som er nokså ulike. Det dreier seg videre om to harmoniske barn uten problemer ut over at de nå tynges av konflikten mellom foreldrene – slik det gjerne vil være når foreldre er i tvist om fast bosted og samvær.
- (69) I rettspraksis er det fremholdt at når man i utgangspunktet står overfor to foreldre med gode omsorgsevner og friske, harmoniske og aldersadekvate barn, må det kreves at en flytting vil medføre fordeler for barna. Jeg viser til Rt-2007-376 avsnitt 22 med henvisning til tidligere praksis. At nåværende ordning er etablert ved brudd på varslingsplikten, kan etter mitt syn ikke i seg selv føre til at man forlater dette utgangspunktet. Det avgjørende er uansett hensynet til barnets beste – men som tidligere nevnt kan flytting uten påbudt varsling si noe om omsorgsevnen til den av foreldrene det gjelder.
- (70) Hensynet til best samlet foreldrekontakt kan tilsi fast bosted hos far og samvær med mor i denne saken. Særlig mors flytting uten å overholde varslingsplikten taler mot henne i denne sammenheng. Men gitt at mor og far nå vil bli boende langt fra hverandre, er det likevel begrenset hvilken betydning dette vil ha i praksis. Avstanden setter klare grenser for hvor ofte det vil kunne være samvær, uansett hvem barna bor hos.
- (71) Barna har hatt mor som sin primære omsorgsperson gjennom hele livet. Hun har gitt dem en trygg og god oppvekst. Begge barna har gitt uttrykk for at de ønsker å bo hos mor og ha samvær med far, selv om særlig den ene datteren er plaget av en lojalitetskonflikt. Som

tidligere nevnt mener den sakkyndige at en flytting til far vil påføre barna en betydelig emosjonell belastning og øke risikoen for skadevirkninger på sikt, og at denne risikoen er langt høyere enn risikoen for skadevirkninger knyttet til redusert kontakt med far med bosted hos mor.

- (72) Gitt at barna i utgangspunktet er velutviklede og harmoniske med et godt forhold både til mor og far og med god kjennskap til fars hjemmemiljø fra før, kan det spørres om hvor stor risikoen egentlig er. Jeg synes likevel det er vanskelig å se bort fra de risikomomentene som den sakkyndige har pekt på etter å ha snakket med begge barna flere ganger under sakens gang for domstolene. Denne risikoen må sammenholdes med de karaktertrekk ved far som – slik jeg også har vært inne på – lett kan bli en ulempe i møtet med døtrenes økte emosjonelle omsorgsbehov ved en flytting av fast bosted. Samlet sett viker jeg derfor tilbake fra å flytte barnas faste bosted fra mor, som de har bodd hos hele livet, til far.

Samvær

- (73) Mor og far har begge nedlagt påstand om samvær fastsatt etter rettens skjønn. I skranken for Høyesterett er det imidlertid opplyst at de er enige om den samværsordningen som lagmannsretten har fastsatt, uansett om barna får fast bosted hos mor eller far. Det er ikke grunn for Høyesterett til å overprøve foreldrenes vurdering av dette spørsmålet. Det må imidlertid gjøres visse tekniske justeringer som følge av at lagmannsretten også har fastsatt samvær på datoer som nå ligger bak oss. Jeg nevner at samværet i vinterferien og høstferien her gjelder hele skolens ferie, inkludert tilstøtende helger på begge sider.
- (74) For øvrig slutter jeg meg til tingrettens ord om at det ikke er noe i veien for at partene avtaler andre løsninger seg imellom dersom det er praktisk. Denne oppfordringen har gitt seg et særlig utslag i en formulering i domsslutningen i de tidligere instanser om helgesamvær «eventuelt utvidet med tilstøtende skolefriday(er)». Jeg viderefører oppfordringen.

Sakskostnader

- (75) Mor har vunnet frem med sin anke. Hun har påstått seg og det offentlige tilkjent sakskostnader for alle instanser. Dette betyr at sakskostnadene for Høyesterett i så fall skal tilkjennes det offentlige fordi hun her har vært innvilget fri sakførsel, og for øvrig tilkjennes henne. Etter tvisteloven § 20-2 første ledd har den part som har vunnet, i utgangspunktet krav på å bli tilkjent sakskostnader. Etter bestemmelsens tredje ledd kan det imidlertid gjøres unntak, blant annet hvis saken har budt på tvil, eller hvis den vinnende part kan bebreides for at det kom til sak. Jeg finner det åpenbart at sakskostnader ikke tilkjennes for noen instans. Saken har for det første budt på tvil. For det andre utvidet far saken til også å gjelde spørsmålet om fast bosted først etter at mor hadde flyttet uten å overholde varslingsplikten. Det er forståelig at han gjorde det.

Konklusjon

- (76) Jeg er altså kommet til at anken fører frem, men at sakskostnader ikke tilkjennes for noen instans. Jeg stemmer etter dette for denne

D O M :

1. C og D, begge født 00.00.2012, skal bo fast hos mor, A.
2. B skal ha slikt samvær med C og D:
 - En helg hver sjettede uke, fra fredag ettermiddag til søndag ettermiddag, eventuelt utvidet med tilstøtende skolefridager.
 - Jul og nyttår:
 - Annethvert år fra skoleslutt til 26. desember, første gang i 2021.
 - Annethvert år fra 26. desember til dagen før skolestart, første gang i 2020.
 - Annenhver høstferie og vinterferie, første gang høsten 2020 og vinteren 2021.
 - Annenhver påskeferie fra fredag før palmesøndag til onsdag i påskeuken. Annenhver påskeferie fra onsdag i påskeuken til ettermiddagen 2. påskedag. I 2021 skal samværet være fra fredag før palmesøndag til onsdag i påskeuken.
 - Fire uker i sommerferien, fordelt på to ganger hver à 14 dager. Foreldrene velger perioder annethvert år med beskjed til den andre senest 15. mai hvert år. B velger sommerferie først for sommerferien 2021.
3. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Dommer **Østensen Berglund:**

Dissens

- (77) Jeg slutter meg til førstvoterendes redegjørelse for de rettslige utgangspunktene i saken. I den konkrete vurderingen av barnas beste har jeg imidlertid et annet syn på betydningen av bruddet på varslingsplikten og hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt.
- (78) Som påpekt av førstvoterende ble bestemmelsen om varslingsplikt innført for å sikre en dialog som innebærer at den barnet bor hos, skal ta i betraktning mulige innsigelser fra den som har rett til samvær, og eventuelt revurdere sine flytteplaner. Den gir, som førstvoterende understreker, også mulighet for å få en rettslig vurdering av om barnet kan flytte, før det er avgjort hvor barnet skal ha fast bosted etter en eventuell flytting, jf. Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) side 43–44, hvor det fremheves at det må varsles så tidlig at slik midlertid avgjørelse kan treffes. Dette er også gjentatt i Prop. 161 L (2015–2016) side 46. Ved både mekling og rettslig behandling vil også barnets grunnleggende rett til å bli hørt bli ivaretatt.
- (79) Førstvoterende har pekt på at barneloven ikke inneholder sanksjonsregler ved brudd på varslingsplikten, og at det er et bevisst valg fra lovgiver. Jeg er enig i det, men slik jeg oppfatter forarbeidene var lovgiver opptatt av at bestemmelsen skulle være mer enn en

fanebestemmelse. Det fremgår blant annet av Prop. 161 L (2015–2016) side 46 at «[i]en sak for retten om hvor barnet skal bo fast, vil brudd på varslingsplikten og/eller meklingsplikten kunne være et moment som vektlegges i disfavør av den som har flyttet».

- (80) Jeg er videre enig med førstvoterende i at hensynet til barn som gruppe ikke kan avgjøre hva som er best for det enkelte barn i en konkret sak. Bestemmelsen om varslingsplikten ved flytting er likevel et uttrykk for lovgivers oppfatning om at der barn har hatt god kontakt med begge foreldre, vil det normalt etter et brudd være til beste for et barn at foreldrene fortsetter å bo i nærheten av hverandre, slik at kontakten kan videreføres, jf. Prop. 161 L (2015–2016) side 37. Etter mitt syn må dette få betydning for vektingen av de ulike hensynene som inngår i en vurdering av barnets beste.
- (81) Denne konkrete saken gjelder to ressurssterke og velfungerende barn, uten spesielle omsorgsbehov. De har god følelsesmessig tilknytning til begge foreldrene, men tilknytningen til mor er naturlig nok sterkest, ettersom barna har vokst opp hos henne. Det er imidlertid ikke tvilsomt at lengre samvær med far har fungert godt.
- (82) Førstvoterende har gitt en beskrivelse av foreldrene som langt på vei er dekkende for mitt syn. Jeg finner imidlertid grunn til å peke på at de episodene han nevner, som mor har misforstått, synes å ha stått relativt sentralt ved den sakkyndiges vurdering av fars emosjonelle omsorgskompetanse. Innholdet av de aktuelle episodene ble nærmere klarlagt for Høyesterett, og etter mitt syn viser disse at far har forsøkt å ivareta barnas ulike behov.
- (83) Som påpekt av førstvoterende synes mors ønske om å minimere samværet å ha sammenheng med fars reaksjon på graviditeten for åtte år siden. Selv om hennes fortvilelse over hans håndtering den gang er forståelig, er det av hensyn til barna uheldig at hun fortsatt lar dette være styrende for forholdet til barnas far. Far ønsket umiddelbart etter fødselen å ta sin del av ansvaret og har gjennom år forsøkt å få mer samvær ved minnelig løsning. Han tok først ut stevning da barna hadde begynt på skolen. Påstanden om samvær var begrenset til det som etter barneloven § 43 omtales som «vanleg samværsrett», noe mor ikke ville gå med på.
- (84) Mors uvilje mot far kommer tydelig frem gjennom den plutselige flyttingen til Vestlandet. Barna hadde på den tiden bodd hele sitt liv i X, hvor de trives meget godt. De hadde et godt forhold til sin far, samvær fungerte bra, og far tok aktivt del i deres liv gjennom å delta på foreldresamtaler, tilstelninger i barnehage og på skole med videre. De hadde også et godt familienettverk på både mors- og farssiden. Selv om fars kjøp av hus på en tilgrensende eiendom fremstår som lite klokt gitt den konfliktfylte situasjonen, viser den raske flyttingen at mor ikke klarte å sette barnas beste først, men handlet ut fra egne behov og ønsker. Begge barna reagerte med fortvilelse da de ble fortalt at de ikke skulle tilbake til X og sitt vante miljø etter juleferien.
- (85) Varslingsregelen i barneloven § 42 a er nettopp ment å forhindre en slik situasjon som mor her har satt far og barna i. I tillegg kommer at foreldrene allerede var i en rettslig prosess, hvor meklingsmøte var berammet og en sakkyndig oppnevnt. At mor i denne situasjonen velger å flytte uten varsel og uten å benytte tilgjengelige ressurser for å finne en løsning, skaper både tvil om hennes evne til å samarbeide med far videre og hennes evne til å legge til rette for barnas utvikling og beste på sikt. Etter mitt syn innebar flyttingen en klar tilsidesettelse av barnas interesser. Den fratok også far muligheten til å be om en

midlertidig avgjørelse før flytting skjedde, noe som kan ha hatt betydning for det endelige utfallet av saken.

- (86) Førstvoterende har antatt at den samlede foreldrekontakten best kan ivaretas om barna har daglig omsorg hos far. Dette slutter jeg meg til. Selv om partene er enige om en samværløsning, vil barna etter hvert komme i en alder hvor samvær langt på vei vil avhenge av at den de bor hos, oppmuntrer til og sørger for gjennomføring av dette. Særlig gjelder det når reiseavstanden er lang. For å sikre den samlede foreldrekontakten er det derfor viktig at den barnet bor hos, ser verdien av samvær og er villig til å utvise fleksibilitet, slik at samvær kan gjennomføres. Jeg legger betydelig større vekt på det aspektet enn førstvoterende.
- (87) Barna har gitt uttrykk for at de ønsker å bo hos sin mor, slik de har gjort frem til nå. Det er nær sammenheng mellom et barns rett til medvirkning og vurderingen av hva som er til barnets beste. Barnets mening må derfor inngå i den endelige vurderingen av hvilken løsning som er den beste for barnet. Den sakkyndige har vist til at ettersom barna har bodd hos mor hele sitt liv, vil det være en betydelig emosjonell belastning for dem å flytte, med risiko for skadevirkninger. Vurderingen av fars evne til å kompensere for dette er gjort ut fra et faktum som ble nyansert under forhandlingene i Høyesterett, og jeg legger derfor mindre vekt på denne enn førstvoterende. Et skifte av omsorgsbasis vil normalt være krevende for barn, men barna her er velfungerende og trygge, og de har et godt forhold til sin far. De skal også tilbake til miljøet der de er vokst opp.
- (88) Ved vurderingen av barnets beste skal det foretas en individuell behandling av barna. Selv om C og D er forskjellige, og det er nyanser i hva som er fremkommet med hensyn hvor de ønsker å bo, kan jeg ikke se at det er slike ulikheter at vurderingen av hva som er best for hver av dem, avviker fra det som er best for dem begge.
- (89) Jeg har vært i betydelig tvil om hva som vil være Cs og Ds beste i denne saken. På den ene siden har de hele sitt liv bodd hos mor, hvor de har utviklet seg svært godt. De ønsker også selv å bli boende hos henne. På den annen side synes mors aversjon mot far stadig økende, og den har nå ledet til at hun – uten forvarsel – har rykket barna ut av deres vante miljø og fratatt dem fortsatt mulighet til tett og nær kontakt med sin far i det daglige. Det er illustrerende for hennes motvilje at søksmålet om «vanleg samvær» ble besvart med politianmeldelse og en begjæring om besøksforbud som var ubegrunnet. Mor fremstår som svært rigid med tanke på fremtidig samvær, og synes ikke å forstå at kontakt med begge foreldre er av stor verdi for barna. På samme måte som lagmannsretten, som hadde fordelen av umiddelbar bevisføring og har hørt foreldrenes muntlige forklaringer, har jeg etter en samlet vurdering falt ned på at det fremover vil være til barnas beste å bo hos far. Anken over bostedsspørsmålet må derfor forkastes. For så vidt gjelder samvær, er jeg enig med førstvoterende i at det uansett må gjøres visse tekniske justeringer, men jeg går ikke nærmere inn på dette.

- (90) Dommer **Steinsvik:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Østensen Berglund.
- (91) Dommer **Noer:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bull.
- (92) Dommer **Møse:** Likeså.
- (93) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. C og D, begge født 00.00.2012, skal bo fast hos mor, A.
2. B skal ha slikt samvær med C og D:
 - En helg hver sjette uke, fra fredag ettermiddag til søndag ettermiddag, eventuelt utvidet med tilstøtende skolefridager.
 - Jul og nyttår:
 - Annethvert år fra skoleslutt til 26. desember, første gang i 2021.
 - Annethvert år fra 26. desember til dagen før skolestart, første gang i 2020.
 - Annenhver høstferie og vinterferie, første gang høsten 2020 og vinteren 2021.
 - Annenhver påskeferie fra fredag før palmesøndag til onsdag i påskeuken. Annenhver påskeferie fra onsdag i påskeuken til ettermiddagen 2. påskedag. I 2021 skal samværet være fra fredag før palmesøndag til onsdag i påskeuken.
 - Fire uker i sommerferien, fordelt på to ganger hver à 14 dager. Foreldrene velger perioder annethvert år med beskjed til den andre senest 15. mai hvert år. B velger sommerferie først for sommerferien 2021.
3. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.