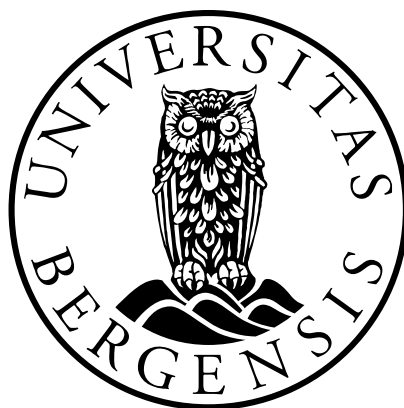


Det biologiske prinsipp i foreldretvister

En redegjørelse for betydningen av det biologiske prinsipp i foreldretvister, i lys av nasjonal og internasjonal rettsutvikling.

Kandidatnummer: 19

Antall ord: 14 762



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Aktualitet.....	4
1.2 Problemstilling	4
1.3 Avgrensning og fremstillingen videre.....	5
1.4 Begrepsavklaring.....	6
1.4.1 Barn	6
1.4.2 Foreldre	6
2 Rettskilder og metode.....	9
2.1 Generelt	9
2.2 Menneskerettighetene i Norge og i folkeretten	9
2.3 Relevant nasjonal lovgivning	11
2.4 Fremmed rett	11
3 Grunnleggende prinsipper i barneretten	12
3.1 Barnets beste	12
3.2 Det biologiske prinsipp	14
3.2.1 Kjennskap til biologisk opphav	14
3.2.2 Det biologiske prinsipp for omsorg og familieliv	15
3.2.3 I denne avhandlingen	17
3.3 Gjenforeningsmålsetningen.....	17
4 Utvalgte menneskerettigheter.....	18
4.1 Menneskerettighetskonvensjonen	18
4.1.1 Sikreplikten	18
4.1.2 EMK artikkel 8.....	19
4.2 Barnekonvensjonen	20
4.2.1 Art. 7: Retten til identitet og å omsorg.....	20
4.2.2 Art. 9: Retten til å ikke separeres fra foreldre	22
5 Samværsretten	24
5.1 Introduksjon	24
5.2 Lovens utgangspunkt i Norge	24

5.3	Rettstilstanden i Menneskerettighetsdomstolen	26
5.3.1	«Family life» og «privacy»	27
5.3.2	Statenes forpliktelser til å sikre rettighetene etter EMK	28
5.3.3	De menneskerettslige skrankene oppsummert	30
5.4	Nordisk rett.....	31
5.4.1	Svensk rett	31
5.4.2	Dansk rett	32
5.4.3	Finsk rett.....	32
5.5	Rettsutviklingen i Norge	33
5.5.1	NOU 2020: 14 Ny barnelov – Til barnets beste.....	33
5.5.2	LB-2020-134645	35
5.5.3	HR-2022-847-A	36
5.6	Rettstilstanden i Norge i dag	38
5.7	Betydningen av det biologiske prinsipp i samværssaker	40
6	Nærliggende rettigheter og avsluttende bemerkninger	43
6.1	Biologisk prinsipp for foreldreansvar og fast bosted	43
6.1.1	Eksempler fra rettspraksis	44
6.1.2	Betydningen av det biologiske prinsipp	46
6.1.3	Utsyn	46
6.2	Avsluttende bemerkninger	47
	Kilderegister	49

1 Innledning

1.1 Aktualitet

Avhandlingens tema er betydningen av det biologiske prinsipp i foreldretvister.

Samfunnsutviklingen og den teknologiske utviklingen har ført med seg en betydelig endring i familiesammensetninger. Tidligere la man til grunn at familien bestod av «mor, far og barn», og lovverket ble utformet etter denne malen. I dag er familiesammensetningene like unike som oss mennesker, og det er nesten umulig å lage én mal som passer alle. Et barn kan ha flere enn to foreldre, biologiske men ikke genetiske foreldre, likekjønnede foreldre, sosiale foreldre, og mye mer. Felles for alle er likevel at de sammen skaper en familie. På mange områder reflekterer loven samfunnsutviklingen og den teknologiske utviklingen, men ikke på alle.

Når barnets rettigheter i tilknytning til foreldrene sine ikke reflekterer familiesituasjonen, utfordres barnets rett til omsorg og stabilitet i oppveksten. Denne dissonansen har blitt synliggjort i rettspraksis tilknyttet foreldretvister over de siste årene, både nasjonalt og internasjonalt. For samværsretten har dette ført til en betydelig rettsutvikling. Våren 2022 avsa Høyesterett en dom som konkluderte med at barneloven¹ ikke oppfyller kravene som våre internasjonale forpliktelser innebærer. Dommen avsagt i HR-2022-847-A illustrerer konsekvensene av en langsom rettsutvikling. Dommen gir verdifulle uttalelser om rettstilstanden for samværsretten. Den berører også spørsmål om andre rettigheter og plikter som følger av barneloven, og aktualiserer utfordringene som samfunnsutviklingen og den teknologiske utviklingen bringer med seg.

1.2 Problemstilling

Det er barneloven som regulerer forholdet mellom foreldre og barn. Rettighetene og pliktene som følger av loven er i hovedsak knyttet til barnet og de som er barnets juridiske foreldre. Andre personer som barnet har nær tilknytning til står som hovedregel uten rettigheter etter barneloven.

¹ Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven, bl.).

Det biologiske prinsipp står som modell for den rettslige reguleringen i barneloven.² Prinsippet baserer seg på en tanke om at biologiske foreldre skal ta omsorg for sine barn, og at barna har godt av omsorg fra sine foreldre.³ For flertallet av familier er det de biologiske foreldrene til et barn som er nærmest å ha ansvar, omsorg og rettigheter overfor barnet. Samfunnsutviklingen medfører likevel at det i noen tilfeller kan være bedre for barnet at også andre nært tilknyttede personer kan ta ansvar for og ha rettigheter og plikter overfor barnet. Med det snevre foreldrebegrepet som loven oppstiller er det flere familiekonstellasjoner som blir urimelig preget av det biologiske utgangspunktet for barnets rettigheter.

Det har vært en betydelig rettsutvikling innenfor spørsmål om barnefordeling i praksis, både nasjonalt og internasjonalt. Det kan virke som at rettsutviklingen flytter seg lenger fra et biologisk utgangspunkt for rettigheter og plikter, mot en helhetlig vurdering av forholdet og hva som er best for barnet, der biologisk tilknytning har mindre vekt. I denne oppgaven vil jeg derfor se på hvordan hensynet til det biologiske prinsipp stiller seg i foreldretvister om barnets rettigheter etter barneloven i dag, med utgangspunkt i rettsutviklingen som har skjedd på samværsrettens område.

1.3 Avgrensning og fremstillingen videre

Problemstillingen berører mange utfordringer, og jeg vil derfor foreta en konkret avgrensning av hvilke utfordringer avhandlingen er ment å omfatte. Avhandlingen tar utgangspunkt i barnets perspektiv, med fokus på barnets beste som grunnleggende hensyn. Forutsetningen for oppgaven er at det foreligger en foreldretvist, slik at partene ikke selv har kommet til enighet, og lovens bestemmelser derfor kommer til anvendelse.

Oppgaven utforsker de familiesammensetningene der det finnes to anerkjente biologiske foreldre, men barnet ser på andre enn de biologiske foreldrene som sine egentlige omsorgspersoner. Eksempelvis vil dette omfatte likekjønnede par som selv ønsker å velge en donor, og derfor ikke gjennomfører befruktning gjennom godkjent helsestell, eller familier der en annen mann enn biologisk far fungerer som omsorgsperson for barnet i det daglige. Jeg tenker i liten grad å problematisere om man skal åpne for å utvide eller endre

² NOU 2009: 5, s. 33.

³ Ibid., s. 32. Dette gjøres rede for inngående i punkt 3.2.

foreldrebegrepet. Avhandlingen vil derimot ta utgangspunkt i et utvalg av barnets rettigheter som følger av barneloven, og det biologiske prinsippets innvirkning på disse. Det vil særlig sees på samværsretten, og avhandlingen vil også kort berøre foreldreansvar og fast bosted.

Oppgaven dreier seg om alminnelige foreldretvister, og jeg vil derfor avgrense mot spørsmål som knytter seg til barnevernloven⁴ og adopsjon. Barnevernretten er likevel et svært nærliggende rettsområde, så visse relevante uttalelser tilknyttet det biologiske prinsippet i barnevernloven vil belyses.

Jeg vil innledningsvis gjøre rede for rettskilder og metode i punkt 2, grunnleggende prinsipper i punkt 3 og relevante menneskerettigheter som gjør seg gjeldende for avhandlingen i punkt 4. Videre vil jeg foreta en inngående presentasjon av rettsutviklingen på området for samværsretten, både nasjonalt og internasjonalt i punkt 5. Avslutningsvis ser jeg på hva denne rettsutviklingen medfører for tvister om foreldreansvar og fast bosted, og kommer med noen avsluttende bemerkninger i punkt 7.

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 Barn

Ordlyden «barn» er ikke definert i barneloven, og ordlyden kan ha flere ulike betydninger ut fra sammenhengen.⁵ Jeg vil i avhandlingen benytte legaldefinisjonen som uttrykt i Barnekonvensjonen⁶ art. 1, som definerer et barn som ethvert menneske under 18 år.

1.4.2 Foreldre

Begrepet «foreldre» er ikke entydig, men assosieres ofte som regel med hvem som er de genetiske eller biologiske foreldrene til et barn. Det er likevel klart at samfunnsutviklingen fordrer et videre foreldrebegrep. I barneloven sikter ordlyden «forelder» til hvem som er de juridiske foreldrene til et barn, uten at dette nødvendigvis er synonymt med at de er barnets biologiske foreldre.

⁴ Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven, bvl.).

⁵ NOU 2020: 14, s. 71-72.

⁶ FNs konvensjon 20. november 1989 om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen, BK).

Barneloven er som nevnt bygget på det biologiske prinsipp, og prinsippet er bærende for hvem som ansees som juridiske foreldre.⁷ Juridiske og biologiske foreldre vil som regel være sammenfallende. Dette illustreres av hvem som ansees som «mor» etter bl. § 2, nemlig «den kvinne som har fødd barnet». Bestemmelsen er uten unntak.⁸ Som følge av at bioteknologiloven⁹ etter 2020 åpner for eggdonasjon, er det riktignok mulighet for at barnet har forskjellig genetisk og biologisk mor.¹⁰ Kvinnen som bærer frem barnet vil følgelig være mor, jf. bl. § 2, mens biologisk mor vil være medmor, jf. §§ 3 annet ledd og 4 fjerde ledd.

For fastsettelse av farskap i ekteskap, er det derimot *pater est*-regelen som kommer til anvendelse.¹¹ I disse tilfellene er det «mannen som mora er gift med ved fødselen» som regnes som far, jf. bl. § 3. Utenom ekteskap fastsettes farskap etter erklæring, jf. bl. § 4. Farskap bestemmes dermed i utgangspunktet ikke av biologisk tilknytning, men en presumsjon om at ektemannen eller den som erklærer seg som det, er faren til barnet. Det kan likevel alltid reises sak om farskap som er stiftet etter reglene i bl. §§ 3 og 4, og dersom det bevises at en annen mann er far gjennom en DNA-test, skal farskapet endres, jf. bl. § 9, jf. §§ 6 og 7. På denne måten går adgangen til endring av farskap svært langt i å sikre gjennomslag for det biologiske prinsipp.¹²

Der det er spørsmål om hvem som er medmor til barnet, er utgangspunktet det samme for medmor som for far ved ekteskap, jf. bl. § 3 andre ledd. I tillegg er det krav om at «barnet er avla ved assistert befruktning innafor godkjent helsestell og med kvinne sitt samtykke til befruktinga», jf. bl. § 3 andre ledd. Ved samboerskap gjelder også det samme for medmor som for far, jf. bl. § 4 fjerde ledd, men med samme forutsetninger som følger for ekteskap. I praksis vil medmorskap avgjøres ut fra viljen til å være medmor for et barn, ikke biologi.¹³

Overfor er det gjort rede for hvem som er barnets juridiske foreldre, slik det er bestemt i barneloven. Det er likevel slik at det i tillegg til juridiske foreldre kan være flere andre som fungerer som foreldre for barnet. Mange barn har sosiale foreldre i tillegg til de juridiske foreldrene, som er en større del av barnets liv enn de juridiske foreldrene. I oppgaven vil jeg

⁷ Dette belyses i avhandlingen punkt 3.

⁸ Forutsatt at det ikke er foretatt adopsjon av barnet, noe jeg ikke vil gå nærmere inn på her.

⁹ Lov 5. desember 2003 nr.100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven).

¹⁰ Innst. 296 L (2019-2020), s. 21.

¹¹ NOU 2020: 14, s. 125.

¹² NOU 2009: 5, s.111.

¹³ Ibid., s. 32.

spesifikt presisere hvilken type forelder det er snakk om når de omtales, fordi oppgaven i stor grad avhenger av en distinksjon mellom disse. Som en fellesbetegnelse for de som ikke er juridiske eller biologiske foreldre for barnet vil jeg i stor grad anvende uttrykket omsorgspersoner. For de typetilfellene oppgaven er ment å omfatte er dette begrepet dekkende.

2 Rettskilder og metode

2.1 Generelt

I oppgaven anvender jeg rettsdogmatisk metode for å besvare problemstillingen. Jeg vil innledningsvis gjøre rede for noen relevante rettskildefaktorer og særskilte metodiske utgangspunkter for oppgaven, spesielt for de internasjonale rettskildefaktorene.

2.2 Menneskerettighetene i Norge og i folkeretten

Oppgaven knytter seg nært til de grunnleggende menneskerettighetene. Disse er fastlagt i Menneskerettighetskonvensjonen¹⁴, og har blitt supplert med flere tilleggskonvensjoner om særskilte rettigheter, derav Barnekonvensjonen.

Gjennom menneskerettsloven¹⁵ er det bestemt at blant annet Menneskerettighetskonvensjonen og Barnekonvensjonen gjelder som norsk lov gjennom inkorporering. Det følger av mrl. § 3 at:

«Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.»

Menneskerettighetskonvensjonen ble inkorporert som norsk lov i 1999, mens barnekonvensjonen først ble inkorporert i 2003. Menneskerettighetene ble videre inntatt i Grunnloven¹⁶ ved Grunnlovsrevisjonen i 2014, i en egen del E. Det ble antatt at en grunnlovsfesting av menneskerettighetene ville bidra til å tydeliggjøre fundamentale kjerneverdier i det norske samfunn.¹⁷ Det er fastslått at Grunnloven § 102 må tolkes med utgangspunkt i EMK art. 8, og at dette vil gjøre seg gjeldende for flere av menneskerettighetene i Grunnloven som har utgangspunkt i EMK.¹⁸ Det er Grunnloven som

¹⁴ Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Menneskerettighetskonvensjonen, EMK).

¹⁵ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, mrl.).

¹⁶ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

¹⁷ Dok. nr. 16 (2011-2012) pkt. 10.2.

¹⁸ HR-2016-2554-P avs. 81, med henvisning til Rt. 2015 s. 93 avs. 57 (*Maria*). Uttalelsen fra 2016-dommen kan sies å være noe unyansert. Den såkalte *Maria-formelen* fra 2015-dommen legger til grunn at Grunnlovsbestemmelsene skal «tolkes i lys av de folkerettslige forbildene», men at «fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning» etter Grunnlovsrevisjonen i 2014. Det

er *lex superior* på området, men Høyesterett er ikke konsekvent på om det er rettigheten etter Grunnloven eller EMK som anvendes som hjemmel.¹⁹

EMK og BK er utarbeidet på flere autoritative språk, mens de norske versjonene som er tatt inn som vedlegg til menneskerettsloven ikke har noen rettslig autoritet. Jeg vil i denne avhandlingen anvende den engelske versjonen av konvensjonene, men til tider bruke visse norske begrep som er i tråd med de norske oversettelsene.

Det naturlige utgangspunktet for tolkning av både BK og EMK er de retningslinjene som følger av Wienkonvensjonen²⁰ art. 31-33, og som ansees som kodifisering av ulovfestede folkerettsprinsipper.²¹ Det er den naturlige forståelsen av ordlyden på opprinnelsestiden som er utgangspunktet for teksttolkning, jf. Wienkonvensjonen art. 31. Bestemmelsen legger videre til grunn at konvensjonene også må tolkes «in their context and in the light of its object and purpose». Følgelig er formålsbetraktninger sentrale for tolkning av konvensjonsbestemmelsene.²²

Menneskerettighetene i EMK er knappe, og praksis fra Menneskerettighetsdomstolen (EMD) vil være en dominerende faktor ved tolkningen.²³ I tilknytning til Barnekonvensjonen gir Barnekomiteen generelle kommentarer tilknyttet tolkningen av rettighetene etter konvensjonen, som ikke er rettslig bindende.²⁴ Disse gir likevel verdifulle retningslinjer for anvendelsen og tolkningen av konvensjonen, og det bør derfor legges relativt stor vekt på disse uttalelsene i praksis.²⁵

EMD må i sine avgjørelser ta hensyn til statenes egen vurdering av hvilke inngrep og positive tiltak som må gjøres for å sikre menneskerettighetene i deres stat. Statene har dermed en skjønnsmargin (margin of appreciation) i sine avgjørelser for hvordan de vil sikre menneskerettighetene, men EMD vil likevel forbeholde seg retten til å ha siste ord i en

er Høyesterett som skal tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser, slik Høyesterett uttaler videre i *Maria-dommen*. Harbo (2018) problematiserer også uttalelsen.

¹⁹ Se Reiertsen (2019) for mer inngående drøftelse av dette.

²⁰ Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969 (Wienkonvensjonen).

²¹ Ot.prp. nr. 3 (1998-1999), s. 66-67. Wienkonvensjonen er ikke ratifisert av Norge.

²² Aall (2018), s. 38.

²³ *Ibid.*, s. 44.

²⁴ Smith (2020), s. 27.

²⁵ Ot.prp. nr. 104 (2008-2009), s. 26. Dommen inntatt i Rt. 2009 s. 1261 modifierer dette utgangspunktet noe i avs. 44, og tar til orde for en vurdering av om uttalelsene er tolkningsuttalelser eller tilråding om optimal praksis på konvensjonens område, og om uttalelsen passer til rettsområdet og saken.

klagesak.²⁶ Hvor vid denne skjønnsmarginen er, varierer fra bestemmelse til bestemmelse og kan også variere innenfor én bestemmelse.²⁷ Dreier saken seg om et moralsk eller rettslig usikkert spørsmål, der det ikke er noen felles konsensus mellom medlemslandene, vil skjønnsmarginen som regel være vid.²⁸

2.3 Relevant nasjonal lovgivning

Forholdet mellom foreldre og barn reguleres i barneloven. Loven omfatter blant annet foreldreskap, foreldreansvar, fast bosted for barn, samværsrett og omsorgsplikt for barnet. Loven er grunnleggende for den følgende drøftelsen. I avhandlingen vil jeg også berøre temaet barnevern, da det ligger nært opp til de rettigheter og plikter som følger av barneloven. På dette området er det barnevernloven som er den sentrale loven.

I tillegg til lovgivning vil alminnelige rettskildefaktorer gjøre seg gjeldende, i tråd med alminnelig juridisk metode. NOU 2020:14 – Ny barnelov er en utredning av behovet for ny barnelov som ennå ikke har blitt gjennomført. Utredningen er ikke avgitt i tilknytning til dagens barnelov, men er av verdi som rettskilde for å illustrere rettstilstanden og rettsoppfatningen i 2020, samt mulig rettsutvikling fremover fra det tidspunktet. Av rettspraksis er det naturligvis Høyesteretts praksis som er tungtveiende, men da det er flere saker i underrettene som er relevante, vil disse også anvendes for å illustrere typetilfeller og rettsanvendelse, uten å tillegges særlig stor vekt.

2.4 Fremmed rett

Begrepet fremmed rett viser til rettsregler i andre land.²⁹ Fremmed rett er av interesse som støtteargument eller tolkningsbidrag, fordi det som lar seg forsvare i en annen rettsstat i seg selv medfører legitimitet.³⁰ Jeg vil trekke frem rettsregler fra noen nordiske land som støtteargument eller tolkningsbidrag, ettersom vi har en nær kulturell tilknytning til våre nordiske naboland, og i stor grad er bundet til de samme konvensjonene.

²⁶ Aall (2018), s. 154.

²⁷ Skoghøy (2018), s. 191.

²⁸ Se for eksempel *X, Y og Z mot Storbritannia*.

²⁹ Mæhle og Aarli (2018), s. 280.

³⁰ *Ibid.*

3 Grunnleggende prinsipper i barneretten

3.1 Barnets beste

Prinsippet om barnets beste innebærer at beslutninger som treffes av offentlige myndigheter og private, skal legge vekt på hva som er best for barnet.³¹ Prinsippet er kodifisert i Grunnloven § 104 annet ledd:

«Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal **barnets beste være et grunnleggende hensyn.**» (min utheving)

Prinsippet er også lovfestet i barneloven § 48 Det beste for barnet:

«Avgjerder om foreldreansvar, flytting med barnet ut av landet, kven barnet skal bu fast saman med og samvær, og handsaminga av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er **best for barnet.**

Ved avgjerda skal det takast omsyn til at barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare.» (min utheving)

Begrepet «barnets beste» er ikke entydig definert, men meningsinnholdet vil variere ut fra blant annet kultur, tid, fagområder og sammenhengen det benyttes i.³² Hva som er barnets beste avhenger av en forholdsmessighetsvurdering, der barnets interesser veier tyngre jo mer alvorlig beslutningen er for barnet.³³ I Rt. 2015 s. 93 uttalte Høyesterett at barnets beste i avveininger mot andre interesser «skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».³⁴ Videre uttalte Høyesterett at de i lys av dette måtte starte sin vurdering med barnet og hva som var dennes interesse.³⁵ Dette gir uttrykk for den grunnleggende verdien prinsippet har.

³¹ Dok. nr. 16 (2011-2012), s. 192.

³² Bendiksen og Haugli (2021), s. 26.

³³ Dok. nr.16 (2011-2012), s. 192.

³⁴ Rt. 2015 s. 93, avs. 65.

³⁵ Ibid., avs. 72.

Utgangspunktet for ordlyden i Grunnloven er Barnekonvensjonen art. 3:

«**In all actions concerning children**, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the **best interests of the child** shall be a **primary consideration**» (min utheving)

BK art. 3 gir uttrykk for et tredimensjonalt prinsipp.³⁶ Barnekomiteen uttaler at barnets beste er en substansiell rettighet, et tolkningsprinsipp, og en saksbehandlingsbestemmelse.³⁷ Dette innebærer at barnets beste skal vektlegges i avgjørelser som berører barn, at rettskilder skal tolkes i retning av barnets beste ved tolkningstil, og at barnets beste skal bevises vurdert i beslutninger som berører barn.³⁸ Ser man for eksempel til lovgivningsprosesser, må lovgiver fokusere på hva som antas å være best for barn flest, og avgjørelsene vil ofte lene seg på kunnskap fra flere fagområder.³⁹ I enkeltavgjørelsene må selve avgjørelsen være for barnets beste, slik at avgjørelsen skal ha det konkrete barnets interesse og behov i fokus, uten at dette hensynet er enerådende.⁴⁰ Det er likevel omstendighetene i den konkrete sak som bestemmer hva som er best for det enkelte barnet eller gruppen, og en konkret vurdering i hver enkelt sak er derfor avgjørende.⁴¹

I avgjørelsen av hva som kan anses som barnets beste, skal barnet bli hørt, jf. BK art. 12. Barnets syn skal inngå som et integrert element i vurderingen av barnets beste.⁴² Art. 12 og art. 3 utfyller hverandre, og må sees i sammenheng. I tillegg kan blant annet barnets identitet, bevaring av familiemiljø, omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet, og sårbare situasjoner være relevante momenter i vurderingen av barnets beste.⁴³

En stor utfordring med hensynet til barnets beste i foreldretvister er at hensynet vil stilles opp mot foreldrenes rettigheter. Dette medfører at barnets beste i noen tilfeller blir nedprioritert til fordel for foreldrenes menneskerettigheter og biologisk tilknytning.

³⁶ FNs barnekomité's generelle kommentar nr. 14 (2013) (heretter GC 14), s. 4.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ Bendiksen og Haugli (2021) s. 27-28.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ GC 14, s. 7.

⁴² Haugli (2020), s. 62.

⁴³ Ibid., s. 61-64.

3.2 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp er et sentralt prinsipp i barneretten, men kommer til uttrykk på ulike måter innenfor de ulike rettsområdene.⁴⁴ For barneloven bygger prinsippet på en oppfatning av at foreldre har godt av å dra omsorg for barnet sitt, og at barnet har best av å vokse opp hos de biologiske foreldrene sine.⁴⁵ I barnevernloven innebærer prinsippet at barn normalt skal vokse opp hos sine foreldre, og dersom det ikke er mulig skal de ha kontakt med hverandre.⁴⁶

Det biologiske prinsipp kan sies å ha to sider. Den ene siden knytter seg til kjennskap til biologisk tilhørighet, mens den andre gjelder betydningen av biologisk tilknytning for omsorg og familieliv.⁴⁷ Vi skal se hvordan begge disse gjør seg synlige i tilknytning til barneloven.

3.2.1 Kjennskap til biologisk opphav

Fastsettelsen av foreldreskap synliggjør barnets rett til å kjenne sitt biologiske opphav.⁴⁸ Det biologiske prinsipp er ikke eksplisitt omtalt i barneloven, men som vist under punkt 1.4.2 er det tydelig at fastsettelse av foreldreskap i mange tilfeller lener seg på biologisk tilknytning.

Ved at rettigheter og plikter for barnet og foreldrene etter loven lener seg på hvem som er juridiske foreldre til barnet, står det biologiske prinsipp dermed som modell for den rettslige regulering av lovens rettigheter og plikter.⁴⁹ Barnets rettigheter knytter seg i stor grad til hvem som er dennes juridiske foreldre, uten at det er åpenbart hvorfor barnets rettigheter etter barneloven skal avgjøres av denne tilknytningen.⁵⁰ Betydningen av det biologiske prinsipp for disse rettighetene er sentralt for oppgaven. Innledningsvis vil jeg gjøre rede for hva det biologiske prinsipp innebærer i fastsettelsen av foreldreskapet, som er bestemmende for de rettighetene som følger av loven.

Spesielt synlig er det biologiske prinsipp i adgangen til endring av farskap dersom det påvises at et barn har en annen biologisk far enn den som har vært anerkjent som far fra fødselen.⁵¹

⁴⁴ NOU 2012: 5, s. 41.

⁴⁵ NOU 2009: 5, s. 32-33.

⁴⁶ Bendiksen og Haugli, s. 189-190

⁴⁷ Sandberg (2003), s. 68.

⁴⁸ Det folkerettslige aspektet ved denne rettigheten gjøres rede for i punkt 4.2.1.

⁴⁹ NOU 2009: 5, s. 33.

⁵⁰ Tilsvarende spørsmål stilles fra foreldrenes perspektiv i NOU 2009: 5, s. 33.

⁵¹ NOU 2009: 5, s.111

Her endres foreldreskapet til fordel for den som viser seg å være biologisk far, uavhengig av barnets tilknytning til denne.

Utgangspunktet er riktignok ulikt for fastsettelse av foreldreskap ved assistert befruktning. Her er det ikke den biologiske tilknytningen mellom barnet og den forelderen som ikke har født barnet som er avgjørende, men heller viljen til å få barn.⁵² Dette skiller seg i stor grad fra fastsettelsen av foreldreskap der det foreligger en biologisk tilknytning. For assistert befruktning er blir til det biologiske prinsipp likevel ivaretatt gjennom retten til å bli kjent med sitt biologiske opphav, som er fastsatt i bl. § 6 a, selv om fastsettelsen av foreldreskapet her ikke blir påvirket av at barnet blir kjent med hvem som er dennes biologiske far. Betydningen av det biologiske prinsipp sies å være inkonsistent for fastsettelse av foreldreskap, ettersom det klart er ulikhet i betydningen av prinsippet.⁵³

3.2.2 Det biologiske prinsipp for omsorg og familieliv

Den andre siden av det biologiske prinsipp omfatter betydningen av det biologiske prinsipp for omsorg og familieliv. I barneloven vil dette særlig komme på spissen i gjennomføringen av konkrete helhetsvurderinger, der barnets beste skal være det avgjørende, jf. bl. § 48.

Sandberg legger til grunn at det ganske sikkert kan påvises at det *eksisterer* et biologisk prinsipp, et verdiprinsipp, som innebærer at et barn har rett til å vokse opp i en familie med sine foreldre, uten at noen kan gjøre inngrep i familien.⁵⁴ Det er likevel uklart hva den biologiske tilknytningen i seg selv medfører med tanke på kvaliteten av omsorg, foruten den tilknytningen som vanligvis skapes mellom foreldre og barn gjennom barnets oppvekst.⁵⁵

I NOU 2012: 5 ble det biologiske prinsipp betydning for barnevernloven utredet. Barnevernlovens rettigheter og plikter knytter seg også i hovedsak til barnelovens foreldrebegrep. Utredningen tar derfor utgangspunkt i å drøfte det biologiske prinsipp betydning for de rettigheter og plikter som følger av barnevernloven, uavhengig av om de juridiske foreldrene er biologiske foreldre eller ikke. Ettersom barnevernloven knytter seg til

⁵² NOU 2009: 5, s. 32

⁵³ Hanssen (2016)

⁵⁴ Sandberg (2003), 68.

⁵⁵ Ibid.

det samme uttrykket for foreldreskap, og rettigheter som følger av dette, kan denne drøftelsen ha en viss overføringsverdi til rettighetene som følger av barneloven.

I sin redegjørelse av rettstilstanden for betydningen av det biologiske prinsipp i barnevernretten, viser utvalget hvordan biologisk tilknytning gjennomgående har blitt lagt til grunn som et ubetinget gode for barnet, uten at det har blitt gjort rede for hvorfor. Utvalget viser eksempelvis til en uttalelse fra sosiallovutvalget⁵⁶ der det uten videre legges til grunn at:

«Det ligger i vår samfunnsordning at foreldrene oppdrar sine egne barn. Tilknytningen til de biologiske foreldrene er i seg selv en ressurs for barnet.»

Konklusjonen til utvalget i NOU 2012: 5 var at prinsippet ikke er en regel i seg selv, men en verdimeisig norm som fungerer som et argument i den konkrete vurderingen av hva som er barnets beste.⁵⁷ Også tidligere har den biologiske tilknytningen blitt presentert som et «biologisk argument», ikke et prinsipp.⁵⁸

Utvalget anbefalte i sin utredning å nedtone verdien av den biologiske tilknytningen i spørsmål som dreide seg om omsorg for barnet, ettersom de ikke fant det bevist at biologisk tilknytning hadde noen egenverdi for barnet. De foreslo derfor prinsippet om «utviklingsstøttende tilknytning», der man foretar en konkret vurdering av barnets samspill med omsorgspersonen, og gir dette forrang i vanskelige vurderinger som alternativ til det biologiske prinsipp. På denne måten kan man unngå at barnet vokser opp i et utviklingshemmende miljø på grunn av en tilknytning som kan være skadelig, bare fordi det har en biologisk tilknytning til personene.

Forslaget møtte motstand, og ble ikke fulgt opp i utredningen til ny barnevernlov, NOU 2016: 16. Noe av begrunnelsen for dette var at man anså at dette momentet allerede var inntatt i den helhetsvurderingen som skal foretas i avgjørelsen av hva som er barnets beste, og at det kunne legges til grunn at ingen momenter skulle ha «forrang» for andre.⁵⁹ Denne uttalelsen ble også

⁵⁶ NOU 1985:18, side 171.

⁵⁷ NOU 2012: 5, s. 50.

⁵⁸ Sandberg (2003), s. 69.

⁵⁹ NOU 2016: 16, s. 49-50.

fulgt opp i Prop. 133 L (2020-2021)⁶⁰, og synes å gi uttrykk for rettsoppfatningen av det biologiske prinsippets betydning i konkrete helhetsvurderinger.

3.2.3 I denne avhandlingen

Diskusjonen rundt det biologiske prinsipp er omstridt og omfattende, og jeg vil derfor ikke gå ytterligere inn på dette i denne sammenhengen.

I denne avhandlingen vil begrepet «det biologiske prinsipp» vise til den siden av det biologiske prinsipp som er barnelovens utgangspunkt, i form av retten til å kjenne sine biologiske foreldre. Oppgaven vil i utgangspunktet vurdere hvordan rettsstillingen er for betydningen av denne delen av det biologiske prinsipp i tilknytning til samvær, foreldreansvar og fast bosted.

Som vi har sett er biologisk tilknytning også av betydning i konkrete vurderinger av barnets beste i saker etter både barneloven og barnevernloven. For betydningen av den biologiske tilknytningen i denne forstand, vil jeg anvende uttrykket «det biologiske argument» i stedet for prinsipp, da den prinsipielle virkningen ikke er like fremtredende.

3.3 Gjenforeningsmålsetningen

Gjenforeningsmålet er relevant i barnevernretten i større grad enn i spørsmål etter barneloven, men er verdt å presentere for forståelsen videre, da særlig for punkt 5.

Gjenforeningsmålsetningen innebærer at det er et grunnleggende mål at barn og foreldre skal gjenforenes i de tilfellene de har blitt adskilt. Gjenforeningsmålsetningen er sentral for avgjørelse av samvær mellom barn og foreldre ved omsorgsovertakelse, og tilbakeføring av barnet til foreldrene etter omsorgsovertakelse.⁶¹ Dette hensynet er videre sentralt for å respektere retten til familieliv etter EMK art. 8.⁶² Dette innebærer at staten innehar positive forpliktelser til å legge til rette for familiegjenforening så fort det ansees som gjennomførbart.⁶³ Når dette er, avhenger riktignok av hva som er til barnets beste.⁶⁴

⁶⁰ Prop. 133 L (2020-2021), s. 94.

⁶¹ HR-2020-661-S, avs. 143.

⁶² *Strand Lobben mot Norge*, avs. 205.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, avs. 208.

4 Utvalgte menneskerettigheter

4.1 Menneskerettighetskonvensjonen

Menneskerettighetskonvensjonen sikrer de mest fundamentale rettigheter man har i egenskap av å være menneske, og ble internasjonalisert etter andre verdenskrig.⁶⁵ Rettighetene gjelder for «enhver» og konvensjonen er ratifisert av 46 medlemsstater.⁶⁶ Den europeiske menneskerettighetsdomstolen overvåker medlemsstatenes etterlevelse av menneskerettighetene, og tolker og utvikler konvensjonens innhold gjennom dette arbeidet.

4.1.1 Sikreplikten

Medlemsstatenes plikt til å sikre menneskerettighetene kommer frem av EMK art. 1:

«The High Contracting Parties **shall secure to everyone** within their jurisdiction the **rights and freedoms** defined in Section I of this Convention. » (min utheving)

Tilsvarende bestemmelse er inntatt i GrL. § 92:

«Statens myndigheter skal **respekttere og sikre menneskerettighetene** slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter» (min utheving)

Bestemmelsene gir uttrykk for sikreplikten etter menneskerettighetskonvensjonen, som både inneholder en positiv og en negativ forpliktelse for medlemsstatene. Medlemsstatene må både sikre rettighetene til befolkningen positivt gjennom blant annet lovgivning og rettshåndhevelse, og respektere befolkningens menneskerettigheter i negativ forstand, ved å unngå å gjøre inngrep i befolkningens rettigheter i praksis.⁶⁷ Tosidigheten kommer klarere frem av Grunnlovens ordlyd «respekttere og sikre» enn EMKs ordlyd «secure», men begge innebærer i stor grad det samme.⁶⁸

⁶⁵ Aall (1989).

⁶⁶ Tall hentet fra <https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention>, 9.11.22, kl. 18.03.

⁶⁷ Aall (2018), s. 58-59.

⁶⁸ Ibid., s. 58.

I dommen *Nazarenko mot Russland* klargjør EMD denne tosidigheten av sikreplikten, i tilknytning til rettighetene etter art. 8:

«60. The Court notes that where the existence of a family tie has been established, the State must in principle **act in a manner calculated to enable that tie to be maintained**. The mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life, and **domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference** with the right protected by Article 8 of the Convention [...]

61. Moreover, even though the primary object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by public authorities, there are, in addition, **positive obligations inherent in effective "respect" for family life**. These obligations may involve the **adoption of measures designed to secure respect for family life**, [...] »
(min utheving)

Her ser man først presiseringen av medlemsstatenes plikt til å avstå fra statlig inngripen som hindrer utøvelsene av de iboende rettighetene, også omtalt som den negative sikreplikten. I avsnitt 61 presiseres så den positive forpliktelsen som blant annet vil innebære iverksettelse av lovgivning som sikrer rettighetene til befolkningen. Krenkelse av artikkel 1 skjer der en av de materielle rettighetene er krenket, men kan ikke konstateres på selvstendig grunnlag.⁶⁹

4.1.2 EMK artikkel 8

EMK art. 8 gir uttrykk for retten til privatliv og familieliv, og lyder:

«1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the

⁶⁹ Sandvig (2021), note 2 til art. 1.

country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. »

Som ellers i Menneskerettighetskonvensjonen gir bestemmelsens første ledd uttrykk for den grunnleggende menneskerettigheten, mens andre ledd begrenser statens adgang til inngripen i rettigheten.

Bestemmelsen omfatter retten til respekt for privatliv og familieliv. Ordlyden «privatliv» er ikke gitt en uttømmende definisjon, men er et ment å favne vidt.⁷⁰ «Familieliv» innebærer retten til å utvikle familielivet på en normal måte, og avhenger av eksistensen av nære personlige bånd.⁷¹ Som vi vil se under punkt 4 er det denne hjemmelen som anvendes i avgjørelser om samværsrett i EMD, og i visse tilfeller i norsk rettspraksis.

4.2 Barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen ble utarbeidet for å presisere at barn har behov for særlig beskyttelse og omsorg, i tillegg til de rettigheter som følger for «enhver» etter EMK.⁷² Barnekonvensjonen har fire grunnleggende prinsipper, i tillegg til ytterligere rettigheter. Disse prinsippene er ikke-diskriminering, barnets beste, retten til å bli hørt og barnets rett til liv og utvikling.⁷³ Alle disse prinsippene skal tas i betraktning for alle rettigheter etter BK, slik det ble presisert tilknyttet redegjørelsen av prinsippet om barnets beste under punkt. 2.1. Videre vil jeg presentere noen ytterligere rettigheter i konvensjonen som er særlig relevant for avhandlingen.

4.2.1 Art. 7: Retten til identitet og å omsorg

Barnekonvensjonen art. 7 lyder:

«The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, **as far as possible**, the right to **know and be cared for by his or her parents**. » (min utheving)

⁷⁰ *Niemietz mot Tyskland*, avs. 29.

⁷¹ *Paradiso og Campanelli mot Italia*, avs. 140.

⁷² Smith (2020), s. 19.

⁷³ *Ibid.*, s. 21.

Bestemmelsen oppstiller først og fremst rettigheter tilknyttet identitet fra fødselstidspunktet, i form av registrering, nasjonalitet med videre. I tillegg oppstilles at det er en rett for barnet å kjenne foreldrene, og en rett til å få omsorg fra disse. Rettigheten begrenses av sikkerhetsventilen «as far as possible».

Hvem som omfattes av ordlyden «parents», eller foreldre, er, som vi har sett over, ikke nødvendigvis helt klart, og det er ikke definert i BK eller gitt klar veiledning fra Barnekomiteen på denne problemstillingen i tilknytning til art. 7.⁷⁴ Det kan likevel være nærliggende å tolke ordlyden dithen at den er ment å omfatte kjennskap til biologiske foreldre, noe som også kan overføres til retten til omsorg.⁷⁵ Dette vil være en snever tolkning av ordlyden.

Søvig konkluderer derimot med at ordlyden også må innebære sentrale omsorgspersoner uten biologiske relasjoner, og utvider begrepet videre til å omfatte flere enn to foreldre, sett i lys av samfunnsutviklingen.⁷⁶ Søvig underbygger dette med at Barnekomiteen har i tilknytning til andre bestemmelser i BK uttalt at «foreldre» må tolkes vidt, og omfatte biologiske, adoptiv-, fosterforeldre, samt blant annet utvidet familie.⁷⁷ Der det er relevant uttaler barnekomiteen at også utvidet familie og samfunnet kan omfattes, der lokal skikk tilsier det.⁷⁸ Sett hen til systembetraktninger kan dette tale for at foreldrebegrepet er ment å favne videre enn bare biologiske/genetiske foreldre, slik at det er en felles forståelse av begrepet innenfor konvensjonen. Det er som nevnt ingen klar veiledning fra Barnekomiteen på akkurat denne problemstillingen.⁷⁹

Kvalø påpeker riktignok at foreldrebegrepet kanskje må forstås ulikt for rettigheten til kjennskap og omsorg.⁸⁰ For rettigheten til kjennskap til foreldrene er det hensiktsmessig å vise til de biologiske foreldrene, da kjennskap til disse kan ha en større betydning med tanke på for eksempel medisinske omstendigheter, samt sett i sammenheng med at de andre rettighetene i bestemmelsen knytter seg til fødselstidspunktet.⁸¹ For retten til omsorg kan man

⁷⁴ Høstmælingen (2020), s. 136.

⁷⁵ Stang (2020), s. 181.

⁷⁶ Søvig (2009), s. 154, høyre og venstre spalte.

⁷⁷ GC 14, s. 8.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Høstmælingen (2020), s. 181.

⁸⁰ Kvalø (2021), note 6 til art. 7.

⁸¹ Søvig (2009), s. 154, venstre spalte.

da tenke seg at det mer utvidede begrepet som lagt til grunn ellers i konvensjonen er nærliggende. Rettighetene som følger av BK art. 7 ble inntatt med formål om å underbygge barns psykologiske stabilitet⁸², og å ha rett til å fortsette å motta omsorg fra den man anser som foreldre kan sees som et virkemiddel for å oppnå dette formålet.

Ordlyden «foreldre» er ikke entydig. Sett hen til den samfunnsmessige utviklingen og systembetraktninger, samt formålet bak bestemmelsen i BK art. 7, ser jeg på Kvaløs tilnærming som den mest nærliggende. Hensynet til kjennskap til biologiske foreldre blir da særlig presisert, men slik at også andre familiesammensetninger og tilknytninger respekteres gjennom barnets rett til omsorg fra disse.

Begge rettighetene skal riktignok bare sikres «as far as possible». Denne sikkerhetsventilen ble lagt til som følge av praksisen med anonym adopsjon, som noen av traktatslandene ville opprettholde.⁸³ Sikkerhetsventilen er likevel ment å være snever, og det skal svært mye til for at barnet ikke skal få kjennskap til foreldrene sine.⁸⁴

Rettighetene etter art. 7 skal naturligvis også sees opp mot barnets beste i art. 3, slik den er presentert over i punkt 3.1. I tillegg vil BK art. 9 gjøre seg gjeldende som supplerende vern, ved å påse at barn ikke separert fra sine foreldre, for så å miste tilknytningen til dem.

4.2.2 Art. 9: Retten til å ikke separeres fra foreldre

BK art. 9 lyder:

«States Parties **shall ensure** that a child **shall not be separated from his or her parents against their will**, except when competent authorities subject to judicial review determine, in accordance with applicable law and procedures, that such separation is necessary for the **best interests of the child**. [...]» (min utheving)

Følgelig skal barnet ikke skilles fra foreldrene sine mot sin vilje, med mindre barnets beste tilsier en slik separasjon. Også her kan det stilles spørsmål ved hvem som omfattes av foreldrebegrepet.

⁸² Sjøvig (2009), s. 153, venstre spalte.

⁸³ Ibid., s. 153, venstre spalte.

⁸⁴ Stang (2020), s. 182.

For BK art. 9 er det uttalt at begrepet «parents» er ment å omfatte andre omsorgspersoner, slik som nevnt i punkt 4.2.1.⁸⁵ Denne uttalelsen tar riktignok utgangspunkt i uttalelsen fra GC 14 som i realiteten knytter seg til begrepet «family life» og ikke «parents».⁸⁶ Det er derfor ikke åpenbart hva som er innbefattet i foreldrebegrepet her heller. I Barnekonvensjonens fortale er lagt til grunn at det er sentralt å sikre *familien* som beskyttelsesverdig enhet, slik at det i hvert fall kan tas til orde for at foreldrebegrepet her favner videre enn kun biologiske foreldre, og omfatter etablerte familieforhold som er beskyttelsesverdige. Ser man til drøftelsen over vil også retten til å ikke separeres fra foreldrene sine i stor grad knytte seg til det tilknytningsmessige aspektet ved familierelasjonen som gjør seg gjeldende for retten til omsorg, slik at systemhensyn også taler for at det er samme forståelse av foreldrebegrepet i disse tilgrensende rettighetene.

Bestemmelsen legger til grunn at barnet innehar en rettighet til å ikke bli skilt fra sine «parents» mot sin vilje, såfremt det ikke ansees som nødvendig. Også her skal naturligvis de fire grunnleggende prinsippene som nevnt under punkt 4.2 tas med i vurderingen, slik at målet er en løsning som er til barnets beste. Bestemmelsen gir særlig uttrykk for barnets rett til å bli hørt («against their will») som uttrykt i BK art. 12.

⁸⁵ FNs barnekomité's generelle kommentar nr. 23 (2017) (heretter GC 23), s. 8.

⁸⁶ Se GC 14, s. 8.

5 Samværsretten

5.1 Introduksjon

Samværsretten har som hensikt å opprettholde og/eller etablere en nærmere kontakt mellom barnet og den av foreldrene som ikke bor sammen med barnet.⁸⁷ Utgangspunktet for samværsretten er avtalefrihet mellom partene på bakgrunn av hva som er best for barnet.⁸⁸ Foreligger det en konflikt mellom foreldrene, slik at de ikke kommer til enighet om omfanget av samvær, må dette avgjøres etter reglene i barneloven. Utgangspunktet etter denne er at barnet bare har rett på samvær med sine juridiske foreldre.

For saker etter barnevernloven er samværsretten i tillegg et virkemiddel for å oppnå gjenforeningsmålsetningen.⁸⁹ Jeg vil avgrense mot denne formen for samvær, da dette faller utenfor den sentrale problemstillingen i avhandlingen.

Innledningsvis gjør jeg rede for hva som er lovens utgangspunkt i Norge i punkt 5.2, før jeg i punkt 5.3 til 5.5 viser til den rettsutviklingen som har resultert i dagens rettsstilstand i norsk rett, som presenteres i punkt 5.6. I punkt 5.7 gjør jeg rede for betydningen av det biologiske prinsipp for samværsretten.

5.2 Lovens utgangspunkt i Norge

Som nevnt er utgangspunktet for samværsretten avtalefrihet mellom partene. For de tilfellene der foreldrene ikke kommer til enighet, er barnets rett til samværsrett lovfestet i barneloven § 42, som lyder:

«Barnet har rett til samvær med begge foreldra, jamvel om dei lever kvar for seg.»

Samværsretten er utformet som en ubetinget rettighet for barnet, slik bestemmelsens overskrift «[b]arnet sin rett til samvær» tilsier. Samværsretten vil også være en rettighet for foreldrene, slik det er gitt uttrykk for i bl. § 43 første ledd første punktum. Bestemmelsene gir

⁸⁷ Bendiksen og Haugli (2021), s. 156.

⁸⁸ NOU 2020: 14 s. 208.

⁸⁹ Se for eksempel HR-2020-661-S, avs. 134.

uttrykk for en gjennomgående tanke om at det er en fordel for barnet å ha kontakt med foreldrene sine.⁹⁰

Barnets rett til samvær knytter seg etter barneloven kun til «foreldra» slik de er definert i barneloven kapittel 2, uten at noen andre er omfattet av bestemmelsen. Rettigheten er følgelig snever med tanke på hvem barnet har rett til å få tilkjent samvær med. I vårt typetilfelle vil barnets rettigheter til samvær kun knytte seg til de biologiske foreldrene.

I noen særtilfeller åpner barneloven for at andre personer har rett til å etterspørre samvær med et barn. I de tilfellene der «den eine av foreldra eller begge er døde» kan «slektningane eller andre som er nært knytta til barnet» kreve at retten fastsetter om de skal ha samvær med barnet, jf. § 45. Etter bestemmelsens andre ledd kan også foreldrene til en forelder som har blitt nektet samvær tilkjennes samvær med sitt barnebarn. Forutsetningene for denne ordningen er likevel at forelderen som har blitt nektet samvær «ikkje får møte barnet». Andre voksenpersoners adgang til å kreve samværsrett er dermed betraktelig videre enn barnets.

Flere ganger tidligere har en utvidelse av samværsretten vært vurdert. Disse drøftelsene har også knyttet seg til en utvidelse av voksenpersoners rett til å kreve samværsrett med barnet, ikke hvem barnet skal ha rett til samvær med. Da samvær for andre enn foreldre ble vurdert i Ot.prp. nr. 44 (1987-1988), konkluderte departementet med at det ikke skulle skje en endring slik at andre enn foreldrene kunne kreve samværsrett. Departementet viste til den forutgående høringen, der departementet argumenterte mot en slik endring på grunn av at en lovbestemt mulighet for å få tilkjent samværsrett for andre stort sett kun vil være relevant der forholdet er så konfliktfylt at partene selv ikke ville klare å avtale samvær mellom seg.⁹¹ Departementet stilte spørsmål ved om det i slike situasjoner egentlig er ønskelig med inngripen fra rettslige myndigheter, og påpekte så at en videre adgang til å få fastsatt samvær i domstolen i visse tilfeller kan bli brukt på en måte som kan være til plage for barnet eller den barnet bor med.⁹² Da høringsinstansene støttet departementets oppfatning av dette, ble det lagt til grunn i proposisjonen. I høringen tas det hensyn til barnet, men drøftelsen foretas ikke fra barnets perspektiv.

⁹⁰ Dette er også lagt til grunn i BK art. 9 nr.3, og er gjennomgående for barneretten. Se punkt 4.2.2.

⁹¹ Ot.prp. nr. 44 (1987-1988) s. 21-22.

⁹² Ibid.

I Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) valgte departementet å ikke foreta en inngående vurdering av spørsmålet om samvær for andre enn foreldre og besteforeldre, fordi dette hadde blitt gjort i Ot.prp. nr. 44 (1987-1988).⁹³ I 1997 ble riktignok adgangen utvidet til å omfatte samvær for besteforeldre der en av foreldrene ikke fikk samvær i tillegg til der en eller begge foreldrene er døde, jf. § 45 andre ledd. Departementet la her vekt på at kontakt med besteforeldrene ville være et ubetinget gode, da» besteforeldrene representerer en ressurs for barna».⁹⁴

Det ble senere lagt frem forslag om å endre samværsretten for tidligere juridisk forelder og tilfeller der barnet har blitt planlagt inn i familien, men stebarnsadoptionsjon ikke har blitt gjennomført, i NOU 2009: 5.⁹⁵ Utvalget la til grunn at den plutselige endringen av hvem som er barnets foreldre, vil være opprivende for barnet, og at samvær kan avhjelpe dette.⁹⁶

Departementet valgte her å ikke gjennomføre endringen, da de ikke så det som hensiktsmessig når proposisjonen var tilknyttet endring av reglene for foreldreskap i barneloven.⁹⁷ Forslaget ble forkastet, og det skjedde ingen endring i samværsreglene.

Som vi skal se i det følgende er det derimot nå en klar rettsoppfatning som tilsier at norsk lov er i motstrid med våre internasjonale forpliktelser, slik at EMK må komme til anvendelse, jf. mrl. § 3. Denne rettsutviklingen har resultert i at det i NOU 2020: 14 har blitt foreslått at også «nære omsorgspersoner» kan få tilkjent samværsrett med et barn. Jeg vil gå nærmere inn på forslaget i NOU 2020: 14 under redegjørelsen av faktisk rettstilstand i punkt 5.5.1.

5.3 Rettstilstanden i Menneskerettighetsdomstolen

EMD har i sin praksis vurdert retten til samvær etter EMK art. 8, som lyder:

«Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. »

Jeg vil i det følgende se på rettsanvendelsen og rettsutviklingen tilknyttet samværsrett internasjonalt gjennom et lite utvalg av dommer fra EMD. I alle dommene jeg har funnet er det foreldrene som fungerer som part i sakene, og som hevder at deres rettigheter etter EMK

⁹³ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) s. 62.

⁹⁴ Ibid., s. 63.

⁹⁵ NOU 2009: 5, s. 117-120.

⁹⁶ Ibid., s. 119.

⁹⁷ Prop. 105 L (2012-2013), s. 8.

art. 8 er krenket. Derfor ser man også her at domstolen tar utgangspunkt i foreldrenes perspektiv, med barnets beste som moment i den konkrete avveiningen.

5.3.1 «Family life» og «privacy»

For at artikkel 8 skal komme til anvendelse, forutsettes det at det allerede eksisterer et familieliv eller et privatliv. Vurderingen av dette beror som utgangspunkt på en vurdering av om det foreligger «close personal ties» mellom barnet og den som krever samvær.⁹⁸ Dette åpner for at både ekteskap og andre *de facto* familietilknytninger omfattes, så lenge det kan bevises «close personal ties» mellom barnet og omsorgspersonen i den konkrete saken. Dette er i samsvar med uttalelsene fra FNs barnekomité om hvem barnet har rett til å opprettholde kontakt med ved separasjon.⁹⁹

I *Nazarenko mot Russland* hadde et ektepar fått en datter, som ble registrert som deres barn. Da foreldrenes brudd medførte store uenigheter mellom partene, etterspurte moren en farskapstest, der det ble påvist at faren ikke var barnets biologiske far. Han hadde oppdratt barnet som sitt eget over fem år i tro om at det var hans datter, og de hadde et nært emosjonelt bånd.¹⁰⁰ Dette var tilstrekkelig for å bevise at det forelå et familieliv som var vernet av EMK art. 8.

I *V.D. m.fl. mot Russland* ble det lagt til grunn at en kvinne som hadde vært fostermor for et barn i ni år hadde stiftet et «familieliv» med barnet, og det ble også lagt til grunn at noen av kvinnens andre fosterbarn hadde etablert et familieliv med barnet. I *Marckx mot Belgia* ble det anerkjent «familieliv» mellom besteforeldre og barnebarn.

Unntaksvis har også EMD lagt til grunn at familierelasjoner kan vernes av retten til «private [...] life», eller «privatliv», etter EMK art. 8. Dette vil kun være relevant der forholdet ikke vil omfattes av «familieliv», men det likevel foreligger en følelsesmessig tilknytning mellom barnet og de nært tilknyttede voksne i så stor grad at det oppfattes som en del av privatlivet deres.¹⁰¹ I *Paradiso og Campanelli mot Italia* hadde et par hentet et barn fra en surrogatmor, som ikke er lovlig i Italia. Etter bare noen dager ble dette oppdaget, og adopsjonsprosess for

⁹⁸ *Marckx mot Belgia*, avs. 31.

⁹⁹ Se avhandlingens punkt 4.2.2.

¹⁰⁰ *Nazarenko mot Russland*, avs. 58.

¹⁰¹ *Paradiso og Campanelli mot Italia*, avs. 161.

barnet ble igangsatt. EMD så til foreldrepårets genuine interesse i å bli foreldre, det faktum at de hadde prøvd å få barn på flere forskjellige måter over lang tid, samt parets individuelle utvikling i rollen som foreldre.¹⁰² Til tross for kort tid som surrogatforeldre for barnet, var de ovennevnte forholdene tilstrekkelige til å påvise at det forelå et inngrep i surrogatforeldrenes privatliv. Om dette berørte barnets privatliv ble ikke vurdert.

I de tilfellene der det foreligger en tilstrekkelig nær tilknytning mellom barnet og den andre personen må det vurderes om staten har ivarettatt sin plikt til å sikre denne tilknytningen.

5.3.2 Statens forpliktelser til å sikre rettighetene etter EMK

EMD har foretatt vurderingen av om staten har sikret EMK art. 8 etter både den positive og negative sikreplikten, slik vi så i punkt 4.1.1. I *Nazarenko* uttalte likevel EMD at vurderingen i den relevante saken, uavhengig av kategoriseringen, forutsetter en avveining av de motstridende hensynene i den konkrete saken, ved at:

«a **fair balance has to be struck** between the competing interests of the individual and of the community as a whole; in both contexts the State enjoys a **certain margin of appreciation** [...] 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, **primary importance should be attached to the best interests of the child.** »¹⁰³ (min utheving)

Vurderingen EMD foretok i *Nazarenko mot Russland* var følgelig ikke kategorisert som krenkelse på enten den positive eller negative rettigheten, men heller som en helhetlig vurdering av de motstående hensynene som uansett gjør seg gjeldende. Denne oppfatningen er gjennomgående for liknende saker i EMDs praksis.¹⁰⁴

I *Nazarenko* konkluderte EMD med at lovgivningen i Russland, som kun åpnet for at barnet hadde rett på samvær med foreldre, søsken, besteforeldre og andre slektninger, var for lite fleksibel. Selv om bestemmelsen omfatter mange familiære relasjoner, tok ikke bestemmelsen hensyn til at barnets beste kunne trekke i en annen retning, slik at barnet burde få tilkjent

¹⁰² *Paradiso og Campanelli mot Italia*, avs. 163.

¹⁰³ *Nazarenko mot Russland*, avs. 63.

¹⁰⁴ Se for eksempel også *Glaser mot Storbritannia og V.D. m.fl. mot Russland*.

samvær med andre.¹⁰⁵ Domstolen uttaler videre at EMK art. 8 kan tolkes slik at den pålegger statene å foreta en konkret vurdering fra sak til sak om det er for barnets beste å opprettholde en relasjon, og at Russland, ved å stenge for en slik vurdering, har brutt sine forpliktelser til å sørge for at familieliv mellom de to ble opprettholdt.¹⁰⁶ Selv om statene har en viss skjønnsmargin med tanke på hvordan de ønsker å ivareta menneskerettighetene etter EMK, går EMD ganske langt i å pålegge statene å innarbeide en ordlyd som åpner for konkret vurdering i hvert tilfelle. Ser man ordlyden i den Russiske bestemmelsen opp mot den norske bestemmelsen, er det klart at den russiske bestemmelsen allerede går betraktelig lengre i å tilkjenne samværsrett for andre enn foreldrene.

Uttalelsene fra *Nazarenko* er fulgt opp i *V.D. mfl. mot Russland* i 2019. Saken omfattet en kvinne som hadde vært fostermor for en syk gutt i ni år, som følge av at foreldrene hans ikke var skikket til å ta ansvar for ham. I perioden hun var fostermor for gutten var hun fostermor for ytterligere syv barn. Da gutten ble friskere, etter omtrent seks år, nektet fostermoren å gi sønnen tilbake til de biologiske foreldrene. Overfor de biologiske foreldrene ble saken derfor til en sak om tilbakeføringen av barnet til foreldrene, mens det overfor fostermoren og søsknenes ble et spørsmål om tilgang til samvær med barnet. Det var ingen tvil, i lys av tidligere praksis i EMD, om at det forelå et familieliv mellom barnet og fosterfamilien til tross for manglende biologisk bånd. Domstolen konkluderer likevel med at foreldrene skal få foreldreansvaret for barnet, som følge av gjenforeningsmålsetningen, til tross for at de har vært lite til stede i barnets liv. Videre vurderes fostermoren og -søsknenes rett til samvær med barnet gjennom en helhetsvurdering av barnets beste.

Etter domstolen har gjort rede for utgangspunktet for familieliv og statens sikreplikt, uttaler de ytterligere at:

«The Court has also held that, **in view of the great variety of family situations possibly concerned, a fair balancing** of the rights of all individuals involved **necessitates an examination of the particular circumstances of each case.** »¹⁰⁷ (min utheving)

¹⁰⁵ *Nazarenko mot Russland*, avs. 65.

¹⁰⁶ *Ibid.*, avs. 66-68.

¹⁰⁷ *V.D. mfl. mot Russland*, avs. 126.

Domstolen påpekte at det var snakk om samme hjemmel som i *Nazarenko*, og uttrykte derfor den samme bekymringen for den manglende fleksibiliteten i bestemmelsene tilknyttet samvær.

EMD påpekte i den konkrete saken at ikke engang fant et forsøk på individuell vurdering tilknyttet samvær i den avgjørelsen som hadde blitt fattet i den russiske domstolen, og kritiserte særlig den manglende vurderingen av det allerede eksisterende forholdet som forelå, samt at den ikke i noen grad så en individuell vurdering av barnets beste eller avveining av de motstridende hensynene.¹⁰⁸ De påpeker derimot at den nasjonale domstolen har lagt til grunn at det ikke finnes noen holdepunkter for å tilkjenne rettigheter til andre enn det som er nevnt i nasjonal lov. Domstolen så på at dersom staten skal gjøre et inngrep i noen sine menneskerettigheter, så må begrunnelsen for dette være «relevant and sufficient». Domstolen så ikke begrunnelsen for nektelse av samvær som tilstrekkelig begrunnet, ettersom det ikke hadde blitt foretatt en konkret vurdering. Resultatet for fostermoren og -søsknene, dersom russisk lov skulle kommet til anvendelse, ville vært at de mistet enhver mulighet til å opprettholde kontakt med barnet, uten at det ble foretatt en konkret vurdering i deres sak. EMD konkluderte derfor med at de russiske myndighetene ikke balanserte rettighetene til alle de involverte, slik at det har vært et brudd på fostermoren og -søsknenes rettigheter EMK art. 8 som følge av dette.¹⁰⁹

EMD nevner ikke barnets perspektiv, eller om det ville vært en krenkelse av dennes rettighet, men det er klart at disse konsekvensene også ville berørt barnets menneskerettigheter.

5.3.3 De menneskerettslige skrankene oppsummert

Rettsstilstanden i Menneskerettighetsdomstolen er derfor ganske klar. Retten til familieliv verner de forholdene der det er tilstrekkelig «close personal ties» mellom barnet og omsorgspersonene. Dette vil si at det ikke er krav om noen familiær, biologisk eller juridisk tilknytning, såfremt det er snakk om et *de facto* familieliv. Der det ikke foreligger et familieliv, vil retten til privatliv være relevant å vurdere med tanke på anvendelse av EMK

¹⁰⁸ *V.D. m.fl. mot Russland*, avs. 129.

¹⁰⁹ *Ibid.*, avs. 129-131.

art. 8. Foreligger dette nyter både barnet og omsorgspersonen i utgangspunktet et vern mot inngrep i, og en rett til sikring av denne etablerte relasjonen.

Både for den negative og positive sikreplikten er utgangspunktet at «a fair balance has to be struck» mellom de motstridende hensynene til partene, men at medlemsstatene har en skjønnsmargin for hvordan de ønsker å gjennomføre en slik avveining i sin stat gjennom lovgivningen.¹¹⁰ EMD går likevel langt i å pålegge lovgiver å påse at det kan foretas en konkret vurdering av hva som er barnets beste i hvert enkelt tilfelle, slik at hensynet til barnet vil være avgjørende i den enkelte sak.

Er den nasjonale lovgivningen for snever, slik at ikke alle som har etablert et familieliv eller privatliv får mulighet til å opprettholde dette gjennom samvær, er det grunn til å tro at det som regel foreligger et brudd på statenes sikreplikt.

5.4 Nordisk rett

De nordiske landene tar alle utgangspunkt i avtalefrihet for samværsrett, men ellers har de noe ulik regulering. Jeg vil her se til hvordan samværsretten er lovfestet i Sverige, Danmark og Finland.

5.4.1 Svensk rett

Barnets rett til samvær reguleres i föräldrabalken.¹¹¹ Föräldrabalken 6. kapittel 15 § gir uttrykk for utgangspunktet, som er at barnet har rett på samvær med foreldre det ikke bor med, jf. bestemmelsens første stykke. Videre følger det av bestemmelsens tredje stykke at barnets «vårdnadshavere», personer med foreldreansvar, har et ansvar for å «så langt möjligt» sørge for at barnet får samvær med «någon annan som står det särskilt nära».

Av 6. kapittel 15 a § annet ledd følger det videre at domstolen etter forespørsel fra sosialnemnden skal avgjøre samvær mellom «barnet och någon annan än en föräldrar». Før en slik forespørsel settes frem skal sosialnemnden ta særskilt hensyn til barnets behov for omgang med «morföräldrar och farföräldrar och andra som står barnet särskilt nära», jf. andre

¹¹⁰ *Nazarenko mot Russland*, avs. 60.

¹¹¹ Föräldrabalk (1949:381).

punktum. Bestemmelsen kan blant annet omfatte tidligere bonusforeldre, «forelder» som ikke er juridisk forelder for barnet, fosterforeldre eller søsken som av ulike grunner ikke bor med barnet.¹¹²

Svensk lov åpner dermed for videre adgang for andre enn foreldrene til å kreve samvær med barnet enn det den norske loven gjør, og åpner for en konkret vurdering i den enkelte sak.

5.4.2 Dansk rett

I dansk rett er det forældreansvarsloven¹¹³ som regulerer forholdet mellom barn og foreldre. Barnet har rett på samvær med den forelderen den ikke bor hos, slik at «barnets forbindelse» med forelderen kan opprettholdes, jf. § 19. Videre kan det «etter anmodning» gis samvær til barnets «nærmeste pårørende, som det er knyttet til» dersom «en forælder eller begge foreldre er døde», eller «en forælder [er] ukendt, jf. § 20.

Også her er barnets rett til samvær i utgangspunktet begrenset til foreldrene, jf. § 19, mens «nærmeste pårørende» har mulighet til å etterspørre samvær hvis foreldrene er døde eller en forelder er ukjent, jf. § 20. Loven går likevel litt lenger enn den norske loven, ved å åpne for at andre kan be om samvær der en av foreldrene er ukjent. Ellers er loven lite fleksibel.

5.4.3 Finsk rett

I Finland er det vårdnads og umgangeslagen¹¹⁴ som gjør seg gjeldende i avgjørelser om samvær. Utgangspunktet er også her avtalefrihet, og der er «[f]öräldrarna» som kan avtale «umgängesrätt», jf. 7 a §. Dette er utgangspunktet med mindre barnet kun har en forelder, da kan en annen person med foreldreansvar også få samvær med barnet, jf. andre stykke. Dersom domstolen skal fastlegge samvær, kan den fastlegge at «barnet har rätt att hålla kontakt med och träffa den förälder hos vilken barnet inte bor», jf. 9 § andre stykke punkt 5.

Finland har likevel også en videre adgang til samvær for andre enn foreldrene enn det som følger av norsk rett. Av VUL 9 c § følger det at domstolen kan fastsette en rett for barnet til å treffe «en person som står barnet särskilt nära och med vilken barnet har ett etablerat

¹¹² SOU 2022: 38, s. 263.

¹¹³ Lovbekendtgørelse nr. 1768 af 30. november 2020 Forældreansvarsloven.

¹¹⁴ Lag angående vårdnad om barn och umgängesrätt 8.4.1983/361 (VUL).

förhållande som kan jämföras med förhållandet mellan ett barn och en förälder». Følgelig åpner loven for at en som barnet har et etablert foreldreliknende forhold med kan få samværsrett. Bestemmelsen var motivert av å bringe loven i overensstemmelse med EMK art. 8.¹¹⁵ Her er det særlig verdt å påpeke at rettigheten er formulert som en rettighet for barnet til å få tilkjent samvær med andre enn foreldre, i motsetning til hvordan reglene for samvær er utformet i norsk, svensk og dansk rett. Bestemmelsen åpner i stor grad for å foreta en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

5.5 Rettsutviklingen i Norge

Som vi har sett over har det flere ganger vært vurdert å utvide samværsretten, men dette har ikke blitt gjort. Rettsutviklingen fra EMD har likevel medført utvikling i rettstilstanden nasjonalt, som nå til slutt har blitt bekreftet gjennom HR-2022-847-A. Jeg vil se på denne rettsutviklingen, før jeg til slutt vurderer hva rettstilstanden er nå, og betydningen av biologisk tilknytning for denne.

5.5.1 NOU 2020: 14 Ny barnelov – Til barnets beste

Utvalget i NOU 2020: 14 ble satt ned for å lage en helhetlig ny barnelov.¹¹⁶ I denne prosessen kom utvalget med forslag om å åpne for samvær med og for andre enn foreldrene.

I vurderingen av utvidelse av samværsretten viser utvalget til de tidligere vurderingene i forarbeidene som nevnt over, og også til vurderingen av samværsrett for besteforeldre.

Utvalget viser ikke til NOU 2009: 5. Videre ser de til lovgivningen i Sverige, Danmark, Finland og på Island. Avslutningsvis viser utvalget til de menneskerettslige rammene, som det er gjort grundig rede for overfor. Utvalget deler seg følgelig i et flertall og et mindretall.

Flertallet på syv utvalgsmedlemmer foreslår å åpne for at de som har en «nær omsorgsrelasjon til barnet» kan kreve at retten fastsetter samvær. Den foreslåtte ordlyden til ny § 8-9 annet ledd er som følger:

¹¹⁵ NOU 2020: 14, s. 233.

¹¹⁶ Ibid., s. 15.

«I andre særlege høve kan sysken eller personar som har ein **nær omsorgsrelasjon** til barnet, krevje at retten fastset **om det skal vere samvær mellom dei og barnet**, og i så fall kor mykje samvær.»¹¹⁷ (min utheving)

De peker i sin vurdering på at hvem barnet skal være i kontakt med som regel er foreldrenes valg i samråd med barna, men at det er behov for en sikkerhetsventil for å sikre retten til familieliv etter EMK for barnet og en videre personkrets enn foreldrene.¹¹⁸ Flertallet legger til grunn at det er flere enn de som har rett til samvær etter dagens regelverk som kan ha en beskyttelsesverdig interesse i kontakt med et barn, og legger derfor opp til at lovforslaget må anerkjenne dette, samtidig som det hensyntas at det er barnets beste som skal være den vesentlige faktoren.¹¹⁹ Av hensyn til at rettsprosesser er ressurskrevende og krevende for barnet, uttaler de riktignok at personkretsen må avgrenses noe.¹²⁰

Flertallet uttaler at de anser ordlyden som tilstrekkelig fleksibel til å oppfylle kravene EMD stiller til lovgivningen på området, ved at det tas konkret stilling til barnets tilknytning til personen.¹²¹ De legger videre til grunn at bestemmelsen skal bære preg av å være en sikkerhetsventil, slik at det ikke skal være kurant å anlegge sak etter bestemmelsen.¹²²

Uttalelsene i høringen tar utgangspunkt i at en slik utvidelse av ordlyden er nødvendig for å sikre barnets menneskerettigheter etter EMK art. 8, og inntar til en viss grad barnets perspektiv. Forslaget i høringen tar likevel utgangspunkt i at rettigheten til å kreve samvær hører til den nært tilknyttede personen som ønsker samvær, slik at ikke rettigheten egentlig tilhører barnet. I tråd med de grunnleggende prinsippene i BK skal naturligvis barnet høres i avgjørelsen, men barnet har likevel ikke den samme eksplisitte rettigheten til samvær med andre som den rettigheten til foreldrene som følger av bl. § 42 i dagens lov.

Mindretallet, bestående av ett utvalgsmedlem, mener på sin side at bestemmelsens ordlyd ikke er tilstrekkelig vid. Han trekker frem uttalelsen fra *Nazarenko* om at det må foretas en konkret vurdering fra sak til sak, og legger til grunn at en avgrensning tilknyttet en snever eller angitt

¹¹⁷ NOU 2020: 14, s. 417.

¹¹⁸ Ibid., s. 236.

¹¹⁹ Ibid., s. 237.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid.

personkrets kan være i strid med EMK art. 8.¹²³ I tillegg legger han frem at ordlyden «nær omsorgsperson» ikke gir tilstrekkelig fleksibilitet, fordi ordlyden legger opp til at barnet og personen må ha bodd sammen, selv om dette ikke er et krav etter EMDs praksis.¹²⁴

Mindretallet foreslår derfor at samværsretten skal omfatte «[p]ersonar som er nært knytte til barnet». Dette er likere ordlyden i den svenske og den finske loven.

Uavhengig av denne nyanseringen kan det i lys av utredningen tas til orde for at det er konsensus rundt at den norske lovgivningen ikke er tilstrekkelig fleksibel med tanke på hvem barnet kan få samvær med, slik at det må en lovendring til for at vi oppfyller våre internasjonale forpliktelser. Dette synspunktet er også fulgt opp i senere rettspraksis.

5.5.2 LB-2020-134645

I LB-2020-134645 var spørsmålet om en mann som tidligere hadde vært anerkjent som far for to barn kunne få tilkjent midlertidig samværsrett med ett av barna, til tross for at han nå hadde mistet sin posisjon som juridisk far for dette ene barnet. Partene i tvisten var biologisk mor og sosial far som opprinnelig trodde han var biologisk far

Etter at paret først ble uenige om fordelingen av sine to barn, inngikk de et rettsforlik der foreldrene blant annet skulle ha delt foreldreansvar og delt bosted, samt like mye samvær med barna. Etter forliket ba mor om DNA-test av barna, der det kom frem at faren kun var biologisk far til ett av barna. Etter dette ble bevist bestemte tingretten, etter begjæring om midlertidig avgjørelse fra moren, at tidligere far hverken skulle ha foreldreansvar eller fast bosted for barnet, men at han skulle få ha samvær fra fredag ettermiddag til søndag i partallsuker. Saken ble så anket av moren, som anførte det ikke var holdepunkter hverken etter norsk rett, EMK eller GrL. for å tilkjenne samvær til andre enn biologisk forelder. Partene var enige om at faren ikke skulle ha fast bosted eller foreldreansvar, så avgjørelsen knyttet seg til vurderingen av samvær for den sosiale faren.

Lagmannsretten legger innledningsvis til grunn at barneloven ikke åpner for samvær for andre enn juridisk forelder, og viser til lovgivers vurderinger av utvidelse av samværsrett i overnevnte forarbeider.

¹²³ NOU 2020: 14, s. 238.

¹²⁴ Ibid.

Videre viser lagmannsretten til at avgjørelsen må ta hensyn til hva som er det beste for barnet, jf. bl. § 48, Grl. § 104 og BK art. 3, og må sikre barnets og partenes menneskerettigheter etter bl. § 48, Grl. § 102 og EMK art. 8. Lagmannsretten erklærer derfor motstrid mellom, bl. og EMK, slik at EMK kommer til anvendelse. Alternativt uttales det at det kan være slik at bl. må tolkes utvidende i lys av bestemmelsen i Grl. § 102, men at resultatet uansett vil bli samvær. Vurderingen i det videre blir så gjort etter EMK art. 8 som følge av at det er mest materiale tilknyttet denne bestemmelsen.

Domstolen legger innledningsvis frem at det er tilstrekkelig «close personal ties» til at det foreligger et familieliv, til tross for manglende biologisk tilknytning. Videre uttaler domstolen igjen at barneloven er i strid med EMK og derfor bør endres, men at EMK art. 8 må anvendes som hjemmel frem til den tid. Lagmannsretten legger dermed opp til at domstolen må foreta en konkret vurdering med utgangspunkt i vurderingstemaet uttrykt i *Nazarenko mot Russland*, slik at man tilkjenner det samvær som er nødvendig for å sikre EMK art. 8. Domstolen viser her til den helhetlige vurderingen med rettferdig avveining av de motstående rettighetene, der barnets beste skal være avgjørende i spørsmålet om samvær.¹²⁵

I den konkrete drøftelsen slutter lagmannsretten seg til tingrettens vurdering, som legger vekt på at adskillelse kan være skadelig for både faren og barnet, at barnet har ønsket samvær, sakkyndiges vurdering og hensynet til stabilitet og kontinuitet. Lagmannsretten presiserer avslutningsvis at tilkjennelse av samvær ikke vil være et hinder for at barnet skal bli kjent med biologisk far, men at dette heller ikke er særlig problematisk da barnet ikke har noe kontakt med ham, samt at det ikke er opplyst noen planer om dette. Flere hensyn tilsier uansett at samværet skal tilkjennes, og samværet må eventuelt revurderes dersom den biologiske faren ønsker å bli kjent med barnet.

5.5.3 HR-2022-847-A

Dommen inntatt i HR-2022-847-A følger opp den rettsutviklingen som er vist til ovenfor. Saken dreide seg om en mann som hadde levd i tro om at han var biologisk far for sin datter i åtte år. Etter bruddet mellom foreldrene, som igjen førte til en konflikt om hvem som skulle ha foreldreansvar og fast bosted for datteren, ble det påvist at han ikke var barnets far. Han

¹²⁵ *Nazarenko mot Russland*, avs. 66.

stod så uten noen rettigheter etter norsk lov, hverken samværsrett, rett til foreldreansvar eller mulighet til at datterens faste bosted skulle være hos ham. Sakens parter var biologisk mor mot sosial far som tidligere trodde han var biologisk far.

Høyesterett gjorde først rede for norsk rett, der de klart kom til at barneloven ikke kunne gi ham noen av de påberopte rettighetene, ettersom det tidligere var fastsatt at han ikke var far til barnet.¹²⁶ De kom så til at EMK artikkel 8 kunne komme til anvendelse, da ovennevnt praksis fra EMD bekrefter at familieliv kan være etablert for andre enn de biologiske foreldrene.¹²⁷ Følgelig gjorde de rede for innholdet i avveiningen etter EMK art. 8. Innledningsvis vurderte domstolen om det var behov for å spesifisere om saken skulle vurderes som et brudd på den negative plikt til å avstå fra et inngrep, eller den positive plikten til å igangsette tilstrekkelige tiltak for å ivareta rettigheter. Høyesterett påpekte at det faktum at B mister alle sine posisjoner og rettigheter overfor barnet kan tilsi at det er et inngrep fra staten.¹²⁸ Videre peker de likevel på at det både i *V.D. mot Russland og Nazarenko* foretas en vurdering etter EMK art. 8 første ledd. De konkluderte likevel med at det, som i *Nazarenko*, ikke er avgjørende etter hvilket ledd man vurderer spørsmålet, fordi vurderingen uansett krever at «a fair balance has to be struck», men slik at barnets beste tillegges stor vekt.¹²⁹

Domstolen uttaler videre at EMD i barnevernssaker har lagt vekt på gjenforeningsmålsetningen.¹³⁰ I neste avsnitt trekker førstvoterende så en parallell til det norske systemet, og det biologiske prinsippets verdi for fastsettelse av foreldreskap i barneloven, og at det er foreldreskapet som medfører rettigheter og plikter, og påpeker at rettigheter etter EMK kun kan tilkjennes dersom noe annet vil ansees som et brudd på menneskerettighetene.¹³¹

I den konkrete vurderingen av fast bosted og foreldreansvar kommer Høyesterett til at dette må forbli hos moren i Guatemala, som er der datteren og moren bor nå, hvor hun har etablerte rammer. Høyesterett viser til at å ta hensyn til best mulig samlet foreldrekontakt ikke kan gjøre seg særlig gjeldende for denne saken. Bakgrunnen for denne vurderingen er at det

¹²⁶ HR-2022-847-A, avs. 49-59.

¹²⁷ Ibid., avs. 61.

¹²⁸ Ibid., avs. 66.

¹²⁹ Ibid., avs. 72.

¹³⁰ Ibid., avs. 74.

¹³¹ Ibid., avs. 75.

uansett vil være vanskelig med samlet foreldrekontakt på grunn av avstanden, samt at dette hensynet i hovedregel knytter seg til avgjørelser etter barneloven, som ikke gjelder her pga. foreldreskapet.¹³² Høyesterett legger videre vekt på at det skal mye til for å pålegge flytting fra juridisk forelder til ikke juridisk forelder, med mindre barnets interesser «klart taler for det».¹³³ Høyesterett legger til grunn at det samme langt på vei vil gjøre seg gjeldende også for foreldreansvaret. Høyesterett legger riktignok vekt på at det har vært en pågående konflikt mellom foreldrene siden de skilte lag, slik at det ikke er noen utsikt til et godt samarbeid mellom partene om dette.¹³⁴

Det Høyesterett gjør er derimot å gi faren rett til samvær, fastsatt til to uker to ganger i året, samt ukentlige samtaler på telefon eller videosamtaler. Domstolen begrunner avgjørelsen kortfattet med at staten etter EMK forplikter seg til å muliggjøre relasjonen der det foreligger et familieliv, samt at sakkyndige uttaler at barnet antakelig vil profitere på dette.¹³⁵ Det er verdt å påpeke at faren fikk tilkjent 50% samvær i tingretten¹³⁶, som tilsier at moren og den sosiale faren hadde like mye samvær. Etersom moren valgte å flytte ut av landet før saken nådde Høyesterett, så var det en umulighet å opprettholde dette som følge av avstanden. Avgjørelsen fra tingretten viser at den sosiale faren i stor grad ble likestilt med en reell far i avgjørelsen av samværsspørsmålet. Ulempen for ham var at moren ved å ha foreldreansvaret og fast bosted for barnet alene hadde anledning til å flytte ut av landet. Utfallet hadde nok blitt annerledes dersom moren og jenta ikke hadde flyttet til utlandet.

5.6 Rettstilstanden i Norge i dag

Som det er gjort rede overfor avhenger samvær etter barneloven av hvem som er juridiske foreldre, og det er i utgangspunktet kun disse barnet har rett til samvær med. I vårt typetilfelle vil de biologiske foreldrene være de juridiske foreldrene, slik at barnet ikke har rett til samvær med noen andre.

¹³² HR-2022-847-A, avs. 88.

¹³³ Ibid., avs. 89.

¹³⁴ Ibid., avs. 92.

¹³⁵ Ibid., avs. 95.

¹³⁶ TOSLO-2018-183543.

Sett i lys av EMDs uttalelser tilknyttet lovens fleksibilitet i, blant annet, *Nazarenko*, er det likevel gode holdepunkter for å legge til grunn at barneloven er i motstrid med menneskerettighetene, slik at EMK må komme til anvendelse, jf. mrl. § 3. Dette virker å være rettsoppfatningen i NOU 2020: 14 og i rettspraksis. Følgelig må loven endres, slik at barnet kan opprettholde familielivet med andre enn foreldrene. Frem til dette skjer må EMK art. 8 anvendes som rettsgrunnlag i samværsaker for andre enn de juridiske foreldrene.

Begge de ovennevnte dommene illustrerer at samvær kan tilkjennes sosiale foreldre direkte etter EMK art. 8. Når EMK anvendes som rettsgrunnlag vil, som nevnt og illustrert over, EMDs praksis være retningsgivende for anvendelsen av bestemmelsen også i norsk rett. Fra EMDs praksis kan man i hovedsak trekke ut at når familieliv er bevist, må medlemsstaten handle slik at de tilrettelegger for å foreta en konkret helhetlig vurdering i hver enkelt sak, der barnets beste skal være den avgjørende faktoren.¹³⁷

Utover dette gir EMDs praksis lite veiledning av hva som skal være med i denne konkrete vurderingen. I *V.D. m.fl. mot Russland* påpeker EMD likevel noen konkrete mangler ved Russlands vurdering i saken, som kan ansees som retningsgivende for hva som bør være med i en konkret vurdering. Her uttaler de at Russlands manglende vurdering av kontakten mellom tidligere far og barnet, hvorfor samvær (ikke) ville være til fordel for barnet, og hvorfor biologiske foreldres rettigheter (ikke) kunne settes foran klagernes rettigheter, medfører brudd på art. 8.¹³⁸ Også sakkyndighetsvurderinger har blitt nevnt av EMD som et moment som ikke har blitt vektlagt tilfredsstillende.¹³⁹

Man kan trekke noen av de samme momentene ut fra helhetsvurderingen som foretas i norsk rett. I sine vurderinger har domstolen lagt særlig vekt på de mulige konsekvensene for barnet dersom samvær ikke tilkjennes, samt at det vil være fordelaktig med kontakt, særlig fordi det har vært en nær tilknytning mellom barna og omsorgspersonene. I dommen fra lagmannsretten legges det også vekt på barnets mening, jf. BK art. 12. Dette blir ikke gjort i Høyesterettsdommen, men henvisning til barnets utviklingshemning og at hun som følge av denne ikke har forutsetninger for å kunne redegjøre for sitt syn.¹⁴⁰ Det er likevel synbart at det

¹³⁷ *Nazarenko mot Russland*, avs. 66 og *V.D. m.fl. mot Russland* avs. 126.

¹³⁸ *V.D. m.fl. mot Russland*, avs. 129.

¹³⁹ *Nazarenko mot Russland*, avs. 67.

¹⁴⁰ HR-2022-847-A, avs. 78.

i lys av rettsstilstanden skal foretas en konkret vurdering av de motstående interessene i saken, og at det er barnets beste som skal være avgjørende. I denne helhetsvurderingen kan den biologiske tilknytningen være et argument.

5.7 Betydningen av det biologiske prinsipp i samværsaker

Det biologiske prinsipp står fortsatt som utgangspunkt for samvær etter barneloven for oppgavens typetilfelle. Rettsstilstanden viser likevel at hvem barnet kan ha rett til å få tilkjent samvær med etter EMK, ikke avhenger av biologisk tilknytning mellom barnet og omsorgspersonen. I stedet må det stilles spørsmål ved om det foreligger en nær personlig tilknytning mellom barnet og omsorgspersonen, som medfører at det foreligger et familieliv eller privatliv. Foreligger dette, er forholdet i utgangspunktet vernet av EMK art. 8. I dette tilfellet skal staten tilrettelegge for at barnet kan opprettholde denne eksisterende tilknytningen, dersom noe annet ville vært et brudd på EMK art. 8.

Følgelig kan det sies at rettsstilstanden trekker i retning av at det ikke er et biologisk prinsipp som underbygger hvem som omfattes av samværsretten, men et tilknytningsprinsipp. En slik forståelse av retten til samvær harmoniserer også med forståelsen av hvem barnets rettigheter etter Barnekonvensjonen art. 7 og 9 knytter seg til, som gjort rede for under punkt 4.2.

På samme måte som ved fastsettelse av foreldreskap, kan det gjøres en differensiering mellom hvilke hensyn som begrunner rettigheten til samvær, avhengig av relasjonen mellom barnet og voksenpersonen. Der det foreligger et biologisk bånd anses den biologiske tilknytningen tilstrekkelig som begrunnelse for samværsretten, mens tilgangen til samvær med de sosiale foreldrene avhenger av reell tilknytning, og en konkret avveining av om samvær bør tilkjennes i det enkelte tilfellet.

Der de biologiske foreldrene er anerkjent, er det en høy terskel for at barnet ikke får tilkjent samvær med foreldrene. Loven legger opp til at barnet har en absolutt rett til samvær med juridisk forelder, med mindre det ikke er til barnets beste, jf. 43 første ledd tredje punktum. Denne vurderingen må foretas konkret for den enkelte sak. Opprinnelig var rettsoppfatningen at det var veldig høy terskel for å nekte samvær, og Høyesterett la til grunn at nektelse av

samvær med foreldre krevde «ganske tungtveiende grunner».¹⁴¹ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet presiserte senere at «ganske tungtveiende grunner» ikke medfører en mer kvalifisert terskel enn at avgjørelsen skal fattes ut fra hensynet til barnets beste.¹⁴² Dette er fulgt opp i praksis¹⁴³, men har også blitt kritisert for å ikke være i tråd med EMDs svært høye terskel «very exceptional circumstances».¹⁴⁴ Uavhengig av hvor høy terskelen er, innebærer uansett den biologiske tilknytningen i seg selv en rettighet til samvær, der det er unntaket og ikke regelen som må begrunnes. Jeg vil ikke gå videre inn på dette.

Samvær med en omsorgsperson som ikke er biologisk tilknyttet barnet fordrer derimot en konkret vurdering av det relevante tilfellet, der alle partenes rettigheter skal veies opp mot hverandre, før man eventuelt konkluderer med at samvær er til barnets beste.

Helhetsvurderingen vil ta utgangspunkt i de konkrete omstendighetene i saken, og innebærer en rettfærdig avveining av partenes rettigheter. I de ovennevnte dommene legges rettighetene til de biologiske foreldrene til grunn som en slags ramme for avveiningen, men ettersom det ikke er en konflikt med den biologiske farens rettigheter, synes selve den konkrete vurderingen å ta lite hensyn til (mangelen på) biologisk tilknytning.

I dommen fra lagmannsretten presiseres det at det ikke er fremlagt opplysninger om eventuell kontakt med biologisk far, men dersom dette gjøres aktuelt så er det ingenting i veien for at biologisk far får opprettholdt kontakt med barnet selv om barnet har samvær med tidligere far.¹⁴⁵ I Høyesterett viser førstvoterende til at det er det biologiske prinsipp som er grunnleggende for barneloven, og at det i utgangspunktet er den biologiske tilknytningen mellom foreldre og barn som medfører rettigheter og plikter for barnet. Det legges deretter til grunn at rettigheter til barnet for tidligere far kun kan tilkjennes etter EMK hvis noe annet hadde vært et brudd på rettigheten.¹⁴⁶ I stedet for biologisk tilknytning viser domstolen derimot til den nære faktiske relasjonen som et gode for barnet som et argument i helhetsvurderingen.¹⁴⁷

¹⁴¹ Bendiksen og Haugli (2021), s. 164-165.

¹⁴² Prop. 85 L (2012-2013), s. 42.

¹⁴³ Se for eksempel Rt. 2013 s. 1329.

¹⁴⁴ NOU 2020: 14, s. 20.

¹⁴⁵ LB-2020-134645.

¹⁴⁶ HR-2022-847-A, avs. 74-75.

¹⁴⁷ LB-2020-134645.

I begge disse tvistene er riktignok tilfellet at moren har fast bosted og foreldreansvar, og tvisten dreier seg bare om samværsrett for tidligere juridisk forelder. Vurderingene innebærer dermed ikke en konflikt der flere personer med ulik tilknytning til barnet kjemper om samvær. I en slik situasjon er det grunn til å tro at en eventuell biologisk tilknytning vil være et synligere argument enn disse sakene. Slik det har blitt presisert i punkt 3.2.2 skal det likevel uansett foretas en konkret helhetlig vurdering av tilfellet, der ingen momenter skal ha forrang for andre. Den biologiske tilknytningen bærer derfor karakter av å være argument på lik linje med de andre, heller enn et prinsipp for disse helhetsvurderingene.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Se også Sandberg (2003), s. 69.

6 Nærliggende rettigheter og avsluttende bemerkninger

6.1 Biologisk prinsipp for foreldreansvar og fast bosted

Problemstillingen gjør seg, som vi har sett over, også gjeldende for flere av de andre rettighetene som følger av barneloven. Jeg vil derfor se kort på rettsstilstanden for betydningen av det biologiske prinsipp for fast bosted og foreldreansvar.

Å ha foreldreansvar innebærer å ta omsorg og avgjørelser for barnet, jf. bl. § 30.

Utgangspunktet i forhold der foreldrene er gift eller samboere er at «foreldre» har «foreldreansvaret saman for sams barn», jf. bl. §§ 34 første ledd første punktum og 35 første ledd første punktum. Dersom foreldrene skiller seg, separerer seg eller flytter fra hverandre kan de avtale hvordan de vil fordele foreldreansvaret, men vil ha felles foreldreansvar frem til de har kommet til enighet, jf. §34 andre ledd og 35 andre ledd, jf. § 34 andre ledd. Det er også andre rettigheter og plikter som knytter seg til personene som har foreldreansvar.

Fast bosted dreier seg om avgjørelsen av hvor barnet skal bo fast, jf. bl. § 36. Den barnet bor fast hos kan ta avgjørelser som «gjeld vesentlege sider av omsuta for barnet» uten at den andre forelder kan motsette seg dette, selv når de har felles foreldreansvar, jf. § 37.

Foreldrene skal i utgangspunktet bli enige om fast bosted, hvis ikke de blir enige skal retten avgjøre hvem barnet skal ha fast bosted hos, eller om det foreligger «særlege grunnar» som tilsier delt bosted, jf. § 36. Selv om fast bosted og foreldreansvar er to ulike spørsmål, henger de nært sammen.¹⁴⁹

Hvem som har fast bosted og foreldreansvar tar også utgangspunkt i hvem som er juridiske foreldre, og vil i oppgavens typetilfelle dermed også lene seg på det biologiske prinsipp.

Slik rettsstilstanden foreligger, er det likevel også her en mulighet for at EMK art. 8 vil åpne for at barnets rettigheter kan ivaretas av andre voksenpersoner. Dette fordrer den samme vurderingen som vist til for samværsretten over. Samværsretten skiller seg likevel fra foreldreansvar og fast bosted som et spesielt godt tiltak for å opprettholde en tilknytning,

¹⁴⁹ Bendiksen og Haugli, s. 293.

mens foreldreansvaret og barnets faste bosted ikke nødvendigvis er virkemidler for å oppnå dette målet. For denne vurderingen er det dermed desto viktigere å påpeke at å ikke tilkjenne fast bosted og foreldreansvar hos en omsorgsperson må medføre et brudd på EMK art. 8. Dette beror på en avveining av partenes rettigheter, der barnets beste skal være avgjørende. Det er betraktelig færre rettskilder som sier noe om disse rettighetene, men jeg vil gjøre rede for to nyere saker fra domstolen, der foreldreansvar og fast bosted har vært vurdert etter EMK art. 8.

6.1.1 Eksempler fra rettspraksis

I HR-2022-847-A vurderte domstolen også, i tillegg til samværsrett, om den tidligere faren kunne ha noen rett til foreldreansvar og fast bosted for datteren sin etter at han fant ut at han ikke var hennes biologiske far. Domstolen svarte avkrefteende etter helhetsvurderingen, ettersom datteren og moren allerede hadde flyttet til utlandet, noe som ville medført at barnet måtte flytte fra Guatemala til Norge, og at barnet sannsynligvis ville mistet kontakt med moren sin. Høyesterett la vekt på sakkyndig sin anbefaling om at barnet skulle bli boende, og påpekte at hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt blir annerledes der bare en forelder er juridisk forelder. Høyesterett påpeker at det nok skal svært mye til for å flytte barnet fra en forelder til en som ikke er det. Ser man på det konkrete tilfellet, er det relativt åpenbart at et slikt inngrep vil være i strid med barnets beste, og at det ikke nødvendigvis ikke bare var den biologiske tilknytningen til moren som førte til konklusjonen, men heller de praktiske omstendighetene i vurderingen. Høyesterett uttalte likevel at de ikke kunne utelukke at hensynet til barnets beste kan medføre at andre enn biologiske foreldre i enkelte tilfeller har fast bosted og foreldreansvar.¹⁵⁰

Et slikt tilfelle ble illustrert i en nyere dom fra Oslo tingrett. I dommen avsagt 3. juni 2022 med saksnummer 21-095576TVI-TOSL/04, ble onkelen og tanten til et barn tilkjent både foreldreansvar og fast bosted til et barn, i stedet for moren. Saken er påanket, og er derfor ikke rettskraftig, men er et slikt særtilfelle som vist til i HR-2022-847-A.

De biologiske foreldrene til en jente gikk til sak mot jentas sosiale foreldre med krav om foreldreansvar og fast bosted for barnet, subsidiært rett til samvær med barnet. Jenta i tvisten

¹⁵⁰ HR-2022-847-A, avs. 73.

ble født i Libya, og onkelen og tanten overtok ansvaret for henne tre dager etter fødsel. Ut fra den anonymiserte dommen er det uklart når datteren ble født, men hun flyttet med onkelen, tanten og fetteren sin til Norge i januar 2014. Foreldrene flyttet i oktober 2014 til Tyskland med sine andre barn.

I sin avgjørelse viste tingretten først til at barneloven ikke ga hjemmel til å tildele foreldreansvaret til andre enn juridiske foreldre, samt at det ikke forelå en avtale om overgang av foreldreansvar, til tross for ordningen som var inngått etter barnets fødsel. Dermed vurderte domstolen rettighetene etter EMK art. 8, sett opp mot dommen i HR-2022-847-A og uttalelsen om at det ikke er utelukket at foreldreansvar og fast bosted kan være brudd på EMK art. 8.

Førstvoterende la til grunn at det var et etablert familieliv mellom barnet og sosiale foreldre, før hun så la til grunn at saken måtte karakteriseres som et spørsmål om tilbakeføring til de biologiske foreldrene. Dette skiller seg noe fra utgangspunktet jeg har tatt i oppgaven, men dommen har likevel overføringsverdi for å illustrere rettstilstanden. I denne dommen ble spørsmålet vurdert etter statens positive forpliktelse til sikring av menneskerettighetene, ettersom det ikke var foretatt noe form for inngrep fra staten.

Domstolen legger innledningsvis til grunn at det biologiske prinsippet (eller argument) veier tungt, og at det er i barnets interesse å være med sine foreldre, slik at staten har en positiv forpliktelse til å gjenforene barna med sine foreldre. I den konkrete helhetsvurderingen ble det likevel lagt vekt på at barnet ikke hadde noen relasjon til sine biologiske foreldre, som følge av at hun bare hadde møtt de to ganger, og trodde at de var hennes tante og onkel. Sakkyndig påpekte også at foreldrene ikke virket å ha omsorgsevne til å ta hensyn til barnets særlige omsorgsbehov som oppstod som følge av saken, at datteren var sårbar, og at flytting ville vært traumatiserende. Det ble lagt stor vekt på uttalelser fra sakkyndig i avgjørelsen, og barnets ønske om å bli boende hos omsorgspersonene. Domstolen konkluderte følgelig med at barnets beste tilsa at hun skulle bli i Norge, men at det skulle siktes på gjenforening med foreldrene i fremtiden. På bakgrunn av dette ble de tilkjent samvær.

6.1.2 Betydningen av det biologiske prinsipp

Det kan tas utgangspunkt i at det samme gjelder her som for samvær i spørsmålet om hvem barnets rettigheter knytter seg opp mot. Også her vil det måtte foretas en vurdering av tilknytningen mellom barnet og omsorgspersonen, slik at det biologiske prinsipp ikke er bestemmende for muligheten til å få tilkjent foreldreansvar og fast bosted.

I den eventuelle konkrete vurderingen av barnets beste, er det holdepunkter for å si at det biologiske argument er retningsgivende, men ikke absolutt. Slik man ser i HR-2022-847-A tillegges farens manglende biologiske tilknytning noe mer vekt i helhetsvurderingen enn i spørsmålet om samvær, med den begrunnelse at hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt stiller seg svakere når bare én er biologisk forelder.¹⁵¹ Videre påpeker førstvoterende også at det skal spesielt mye til for å flytte barnet fra biologisk til ikke biologisk forelder.¹⁵² I avgjørelsen av hvem som skal ha fast bosted og foreldreansvar stillers sosiale foreldre og biologiske foreldre sine rettigheter mer opp mot hverandre, i mye større grad enn i samværsspørsmålet. Dette illustrerer at biologisk tilknytning fortsatt er av betydning i den konkrete vurderingen.

6.1.3 Utsyn

Det kan stilles spørsmål ved om det i realiteten er et faktisk behov for at barnet skal ha en annen med foreldreansvar og fast bosted enn biologisk forelder, der denne fortsatt er til stede i barnets liv. Den rettigheten til opprettholdelse av familielivet som EMK art. 8 oppstiller, ivaretas i stor grad av samværsretten. Dersom det påviselig kan legges til grunn at hensynet til barnets beste taler for dette, vil det nok være i særtilfeller, som vi har sett her. Riktignok vil dette mest sannsynlig medføre et inngrep i foreldrenes lovbestemte rettigheter etter barneloven, slik at det må være en hjemmel for staten i å gjennomføre dette. Alternativt bør det kanskje ikke være alt for høy terskel for å tilkjenne delt foreldreansvar eller delt bosted etter EMK art. 8, men som Høyesterett påpeker i HR-2022-847-A er dette under forutsetning av at noe annet vil være et brudd på EMK art. 8.

¹⁵¹ HR-2022-847-A, avs. 87-88.

¹⁵² Ibid., avs. 89.

Begge de ovennevnte dommene er særtilfeller, der de alternative utfallene medfører ekstremt store konsekvenser for barnets livssituasjon. I begge tilfeller ville barnet ha måttet flytte til et annet land for at foreldreansvar og fast bosted kunne ha blitt opprettholdt. Som man så i behandlingen av saken i HR-2022-847-A ovenfor, ble faren stilt ganske likt med moren i tingretten. I det tilfellet fikk han ikke tilkjent foreldreansvar eller fast bosted, men resultatet av den konkrete avveiningen er ikke nødvendigvis like åpenbart i dette tilfellet som slik faktum stod for Høyesterett. Det samme kan nok sies om den nyeste saken som ble ført for tingretten. Dersom foreldrene hadde vært etablert i Norge er det nok ikke like klart at det biologiske argumentet hadde blitt tillagt like lite vekt i den helhetlige vurderingen som det ble i dette tilfellet.

6.2 Avsluttende bemerkninger

Slik rettstilstanden er i dag, er det klart at det biologiske prinsipp fortsatt står sterkt i fastsettelsen av foreldreskap. Dette fører til at det biologiske prinsipp også får innvirkning på barnets rettigheter, og de rettigheter og plikter de juridiske foreldrene har overfor barnet. Etter barneloven. Det er likevel klart at det ikke bare er biologisk tilknytning som gjør at en person kvalifiseres til å kunne ha samværsrett, foreldreansvar og fast bosted for barnet, men at det også skal tas hensyn til de barnet har en nær tilknytning til. Lovgiver har en oppfordring til å påse at dette ivaretas i lovgivningen.

Det er likevel en gjennomgående utfordring at barnets perspektiv underkommuniseres i rettskildene, til tross for at det er barnet som er mest utsatt i disse sakene. Selv om rettsutviklingen peker mot lovfesting av samværsrett for andre enn foreldrene, fordrer denne adgangen at omsorgspersonene selv ber om samvær med barnet. Barnets samværsrettigheter knytter seg fortsatt kun til de juridiske foreldrene, altså de biologiske i vårt typetilfelle. Om dette i praksis vil bli et problem er ikke klart, men det er mulig å se for seg tilfeller der barnet ikke får mulighet til å ivareta sine rettigheter etter EMK art. 8, som følge av at det ikke selv kan etterspørre samvær. Det kan være gode grunner for dette, men jeg har ikke funnet en slik begrunnelse i løpet av arbeidet med avhandlingen.

Avhandlingen berører også mange andre relevante problemstillinger som jeg ikke har gått inn i. Det kan blant annet stilles spørsmål ved om rettsutviklingen taler for en større endring i

fastsettelse av foreldreskap, om det bør åpnes for at flere enn to personer kan være juridiske foreldre, eller om man skal ha flere forskjellige legaldefinisjoner for foreldre, som innehar ulike rettigheter og plikter overfor barnet. I tillegg har vi også sett at forholdet mellom et barn og dets søsken ikke har hatt et særlig vern, men at dette også er foreslått endret i NOU 2020:14.

Avhandlingen har vist at foreldretvister er særlig utfordrende med tanke på alle de motstående rettighetene som står i konflikt med hverandre. For foreldrene er det også snakk om rettigheter av stor verdi. I disse tvistene er det i stor grad partenes synspunkter som blir stilt opp mot hverandre, med barnets beste som retorisk grep i deres favør i diskusjonen, og ikke som det grunnleggende hensynet det skal være.¹⁵³

Bunkholdt har påpekt at det ofte er de voksne som er mest opptatt av biologisk tilknytning, slik at det i praksis er utviklet en «uhensiktsmessig sammenblanding av biologi og foreldreskap, biologi og familie og biologi og omsorg».¹⁵⁴ Hun påpeker videre at i oppveksten så handler kanskje ikke barnets interesser om hvem man har fått genene sine fra, men om hvem som kan ta vare på barnet.¹⁵⁵ Om vi ikke ennå er klare for å gå helt bort fra lovens biologiske utgangspunkt, er det klart at samfunnsutviklingen og teknologien krever at andre tilknytningsformer enn biologiske bånd er verdt å verne i lovgivningen.

¹⁵³ Breivik og Mevik (2012), s. 117.

¹⁵⁴ Bunkholdt (2013).

¹⁵⁵ Bunkholdt (2013).

Kilderegister

Juridisk litteratur

- Aall (1989) Aall, Jørgen, «Menneskerettighetskonvensjonene som rettskildefaktor i intern norsk rett», i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1989, Vol. 102, Utg. 4-5, s. 613-639. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3096-1989-04-05-04>. Sjekket 5. desember 2022, kl. 14.45.
- Aall (2018) Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018.
- Bendiksen og Haugli (2021) Bendiksen, Lena R.L. og Haugli, Trude, *Sentrale emner i barneretten*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2021.
- Breivik og Mevik (2012) Breivik, Fritz Leo og Mevik, Kate, *Barnefordeling i domstolen – Når barnets beste blir barnets verste*, Universitetsforlaget 2012.
- Bunkholdt (2013) Bunkholdt, Vigdis, «Det biologiske prinsipp – På vei ut av barneretten?», i *Tidsskriftet Norges Barnevern* 2013, Vol. 90, Utg. 1, s. 52-62. DOI: <https://doi.org/10.18261/ISSN1891-1838-2013-01-06>. Sjekket 11. desember 2022, kl. 19.13.
- Hanssen (2016) Hanssen, Jorid Krane, «Nye reproduksjonsteknikker og 'det biologiske prinsipp'», i *Tidsskriftet Norges Barnevern* 2016, Vol. 93, Utg. 2, s. 110-120. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1891-1838-2016-02-04>. Sjekket 11. desember 2022, kl. 13.24.
- Harbo (2018) Harbo, Tor-Inge, «Grunnlovens autonomi: om forholdet mellom nasjonale og internasjonale

- menneskerettigheter», i *Lov og Rett* 2018, Vol. 57, Utg. 9, s. 537-557. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2018-09-03>. Sjekket 11. desember 2022, kl. 16.32.
- Haugli (2020) Haugli, Trude, «Hensynet til barnets beste», i *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 4. utgave, Universitetsforlaget 2020, s. 19-33.
- Høstmælingen (2020) Høstmælingen, Njål, «Sivile rettigheter og friheter», i *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 4. utgave, Universitetsforlaget 2020, s. 131-156.
- Kvalø (2021) Kvalø, Kirsten Kolstad, *Karnov lovkommentar – Menneskerettsloven Vedlegg 7. FNs konvensjon om barnets rettigheter med protokoller (autentisk engelsk tekst)*, lovdata.no. Sjekket 18. november 2022 kl. 09.00.
- Mæhle og Aarli (2018) Mæhle, Synne Sæther og Ragna Aarli, *Fra lov til rett*, 2. utgave, Gyldendal Juridisk 2018.
- Reiertsen (2019) Reiertsen, Michael, «Prinsipielt (u)prinsipiell – Når Høyesterett er prinsipiell uten å ville være det», i *Lov og rett* 2019, vol. 58, utg. 7, s. 416-435. DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2019-07-03>. Sjekket 10. desember 2022, kl. 12.43.
- Sandberg (2003) Sandberg, Kirsten, *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal akademisk 2003.
- Sandvig (2021) Sandvig, Jenny, *Karnov Lovkommentar – Menneskerettsloven Vedlegg 2. Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (autentisk*

engelsk tekst), lovdata.no. Sjekket 17. november 22, kl. 22.06.

Skoghøy (2018)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettskildeanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.

Smith (2020)

Smith, Lucy, «FNs Konvensjon om barnets rettigheter», i *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 4. utgave, Universitetsforlaget 2020, s. 19-33.

Stang (2020)

Stang, Elisabeth Gording, «Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet», i *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), 4. utgave, Universitetsforlaget 2020, s. 178-207.

Søvig (2009)

Søvig, Karl Harald, *Barnekonvensjonen art. 7. Barns rett til å kjenne sitt opphav og knytte rettslige bånd til primære omsorgspersoner*, Vedlegg 1 til NOU 2009: 5. Original tekst.

Norske rettskilder

Lover

Grunnloven

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Barneloven, bl.

Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre

Barnevernloven, bvl.

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester

Menneskerettsloven, mrl.	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Bioteknologiloven	Lov 5. desember 2003 nr.100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m.

Forarbeider og andre offentlige dokumenter

NOU 1985:18	Lov om sosiale tjenester m.v.
Ot.prp. nr. 44 (1987-1988)	Om lov om endringer i barneloven (underholdsbidrag, samværsrett m.v.)
Ot.prp. nr. 56 (1996-1997)	Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barnelova)
Ot.prp. nr. 3 (1998-1999)	Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
Ot.prp.nr.104 (2008–2009)	Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold, mv.)
NOU 2009: 5	Farskap og annen morskap
Dok. nr. 16 (2011-2012)	Dokument 16: Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
NOU 2012: 5	Bedre beskyttelse av barns utvikling – Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet
Prop. 85 L (2012-2013)	Endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister)
Prop. 105 L (2012-2013)	Endringer i barnelova (farskap og morskap)

NOU 2016: 16	Ny barnevernslov
Innst. 296 L (2019-2020)	Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om Endringer i bioteknologiloven m.m.
NOU 2020: 14	Ny barnelov – Til barnets beste
Prop. 133 L (2020-2021)	Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2013 s. 1329.

Rt. 2015 s. 93 (*Maria-dommen*)

HR-2016-2554-P (*Holship*)

HR-2020-661-S

HR-2022-847-A

Avgjørelser fra underrettene

LB-2020-134645

TOSLO-2018-183543

Dom fra Oslo tingrett 3. juni 2022, saksnr. 21-095576TVI-TOSL/04

Internasjonale rettskilder

Konvensjoner

Wienkonvensjonen

Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien, 23. mai 1969. Ikke ratifisert av Norge.

Menneskerettighetskonvensjonen,
EMK

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. november 1950.

Barnekonvensjonen, BK United Nations Convention on the Rights of the Child,
20. november 1989.

Dommer fra Menneskerettighetsdomstolen

Marckx mot Belgia *Marckx mot Belgia* [J] no. 6833/74, 13. juni 1989.

Niemietz mot Tyskland *Niemietz mot Tyskland* [J] no. 13710/88, 16. desember
1992.

X, Y og Z mot Storbritannia *X, Y og Z mot Storbritannia* [J] no. 21830/93, 22. april
1997.

Glaser mot Storbritannia *Glaser mot Storbritannia* [J] no. 32346/96, 19.
september 2000.

Nazarenko mot Russland *Nazarenko mot Russland* [J] no. 39438/13, 16. juli
2015.

Paradiso og Campanelli mot Italia *Paradiso og Campanelli mot Italia* [J] no. 25358/12,
24. januar 2017.

V.D. m.fl. mot Russland *V.D. m.fl. mot Russland* [J] no. 72931/10, 9. april
2019.

Strand Lobben mot Norge *Strand Lobben mot Norge* [GC] no. 37283/13, 10.
september 2019.

Uttalelser fra internasjonale organer

GC 14 FNs barnekomité. *General comment No. 14 (2013) on
the right of the child to have his or her best interests
taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, (UN.
Doc. CRC/C/GC/14)

GC 23

FNs barnekomité, *Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return*, (UN Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23).

Nordiske rettskilder

Föräldrabalken

Föräldrabalken SFS 1949:381 10. juni 1949. Lest på Juno.

Lag angående vårdnad om barn och umgängesrätt

Lag angående vårdnad om barn och umgängesrätt (8.4.1983/361). Lest på FINLEX.

Forældreansvarsloven

Lovbekendtgørelse nr. 1768 af 30. november 2020 Forældreansvarsloven. Lest på Karnov DK.

SOU 2022: 38

Alla tiders föräldraskap – ett starkt skydd för barns familjeliv.

Nettsider

<https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention>