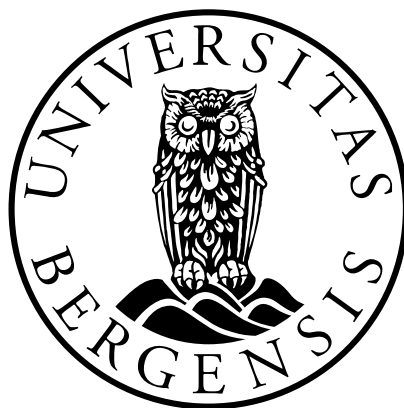


# Det biologiske prinsippets betydning for foreldreskap etter barnelova

En fremstilling av det biologiske prinsippets betydning ved etablering av foreldreskap etter barnelova, i lys av EMDs forståelse av «familieliv», med særlig vekt på samværsrett og foreldreansvar.

Kandidatnummer: 268

Antall ord: 14 363



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2022

# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>1</b>
<b>1 Innledning .....</b>	<b>3</b>
1.1 Tema og dets aktualitet .....	3
1.2 Problemstilling og avgrensning.....	3
1.3 Metode og kildebruk .....	4
1.4 Den videre fremstilling.....	5
<b>2 Viktige prinsipper i barneretten .....</b>	<b>6</b>
2.1 Innledning.....	6
2.2 Hensynet til barnets beste.....	6
2.3 Det biologiske prinsipp – et utgangspunkt.....	8
2.3.1 Innledning.....	8
2.3.2 Prinsippets nasjonale og internasjonale forankring.....	9
2.3.3 Et todelt prinsipp .....	11
<b>3 Menneskerettighetene og barnekonvensjonen som rettskilde .....</b>	<b>12</b>
3.1 Innledning.....	12
3.2 Grunnloven, EMK og barnekonvensjonen.....	12
3.3 Menneskerettighetene i norsk rett .....	13
3.4 Skjønnsmargin.....	14
<b>4 Etablering av foreldreskap etter barnelova .....</b>	<b>16</b>
4.1 Innledning.....	16
4.2 Juridisk foreldreskap .....	16
4.3 Morskap.....	17
4.4 Farskap etter ekteskap .....	18
4.5 Farskap eller medmorskap ved erklæring .....	19
4.6 Det offentliges ansvar for å fastsette foreldreskap .....	20
4.7 Endring av foreldreskap .....	22
4.7.1 Frivillig endring av foreldreskap.....	22
4.7.2 Endring av foreldreskap ved domstolene .....	23
4.8 Foreldreskap ved assistert befruktning.....	25
4.9 Barnets rett til kunnskap om biologisk opphav .....	26
4.10 Biologisk tilknytning er retningsgivende så langt det passer .....	27

<b>5</b>	<b>«Familieliv» etter EMK artikkel 8.....</b>	<b>28</b>
5.1	Innledning.....	28
5.2	EMDs forståelse av «familieliv».....	28
5.3	«Close personal ties».....	30
5.4	Et utvidet familiebegrep? .....	32
<b>6</b>	<b>Samværsrett for andre enn juridiske foreldre .....</b>	<b>33</b>
6.1	Innledning.....	33
6.2	Samværsrett etter barnelova .....	33
6.3	LB-2020-134645 .....	35
6.4	Lovforslag om samværsrett for andre enn juridiske foreldre .....	36
<b>7</b>	<b>Foreldreansvar for andre enn juridiske foreldre .....</b>	<b>39</b>
7.1	Innledning.....	39
7.2	Foreldreansvar etter barnelova .....	39
7.3	HR-2022-847-A .....	40
<b>8</b>	<b>Avslutning .....</b>	<b>44</b>
	<b>Kilderegister .....</b>	<b>46</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og dets aktualitet

Tema for oppgaven er det biologiske prinsippets betydning for foreldreskap etter barnelova. Det som i barnelova omtales som foreldreskap er det juridiske foreldreskapet. Lovgiver har valgt å oppstille ulike kriterier for etablering av juridisk foreldreskap, enten det er snakk om morskap, farskap eller medmorskap. I de fleste tilfeller har kriteriene høy treffsikkerhet når det gjelder forholdet mellom biologisk og juridisk foreldreskap. I noen tilfeller er det andre hensyn enn biologi som begrunner reglene om etablering av foreldreskap.

Nye reproduksjonsteknologier som eksempelvis assistert befruktning<sup>1</sup> i form av sæd- og eggdonasjon, er relativt nye fenomen. Sæddonasjon ble tilbudt på norske sykehus på 1970-tallet.<sup>2</sup> Eggdonasjon ble imidlertid ikke tillatt før i 2021.<sup>3</sup> Disse nye måtene å bli foreldre på har satt søkelys på kunnskap om biologisk opphav. Som det fremgår av bioteknologilovens forarbeider, er «kunnskap om sæddonor og genetisk opphav [...] viktig for barnets identitetsutvikling [...]».<sup>4</sup>

Nye familiemønstre har ført til at Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) anvender et videre familiebegrep enn tidligere. Dette er noe av bakgrunnen for at det i NOU 2020:14 er foreslått å utvide personkretsen for samværsberettigede etter barnelova.<sup>5</sup>

Denne utviklingen nødvendiggjør et bevisst forhold til det biologiske prinsippets betydning for foreldreskapet etter barnelova.

## 1.2 Problemstilling og avgrensning

Opgavens hovedproblemstilling er på hvilken måte det biologiske prinsipp preger reglene om etablering av foreldreskap i barnelova. Det avgrenses derfor mot en behandling av det biologiske prinsippets betydning i barnevernlova.

---

<sup>1</sup> Bioteknologiloven § 2-1.

<sup>2</sup> Petersen (2021).

<sup>3</sup> Lov 19. juni 2020 nr. 78 om endringer i bioteknologiloven.

<sup>4</sup> Prop.34 L (2019-2020) s. 16-17.

<sup>5</sup> NOU 2020:14 s. 231.

Selv om formålet med oppgaven er å belyse det biologiske prinsippets betydning for etablering av foreldreskap etter barnelova, er det hensiktsmessig også å se nærmere på biologiens betydning for samværsretten og foreldreansvar. I tillegg til reglene om hvor barnet skal bo fast, er samværsretten og foreldreansvar viktige rettsvirkninger av foreldreskap etter barnelova. Bakgrunnen for valget av disse to temaene er fordi dette er behandlet i to nyere avsagte avgjørelser, LB-2020-134645 og HR-2022-847-A. I avgjørelsene var det spørsmål om det kan åpnes for henholdsvis samværsrett og foreldreansvar for andre enn de som er foreldre i barnelovas forstand. HR-2022-847-A ble avsagt 27.04.2022. Dette illustrerer temaets aktualitet.

Det er verdt å påpeke at det biologiske prinsipp er et politisk, etisk, medisinsk og rettslig tema. Oppgaven vil naturligvis forholde seg til den rettslige delen av temaet, men der det er nødvendig vil også de andre sidene av prinsippet belyses.

Også innenfor den rettslige rammen favner det biologiske prinsipp vidt. Oppgaven vil derfor ikke være en fullverdig gjennomgang av temaets rettslige aktualitet. Som nevnt er formålet med oppgaven å undersøke det biologiske prinsippets betydning for etablering av foreldreskap etter barnelova, med fokus på biologiens betydning for samværsrett og foreldreansvar. Dette medfører at de rettslige vilkårene for foreldreskap, foreldreansvar og samvær ikke behandles inngående. Det er altså et bevisst valg å undersøke det biologiske prinsippets betydning for de ulike reglene, noe som gir mindre rom for en inngående vurdering av de rettslige vilkårene som sådan.

Foreldreskap og familieliv er to nært beslektede begreper. Dette fordrer en gjennomgang av EMDs forståelse av begrepet «familieliv». Oppgaven vil gjennomgå barnekonvensjonen artikkel 7 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 8. Utover dette vil øvrige artikler i barnekonvensjonen og EMK i liten grad gjennomgås.

### **1.3 Metode og kildebruk**

Oppgavens problemstilling besvares gjennom en rettsdogmatisk undersøkelse av barnelovas bestemmelser om etablering av foreldreskap. Temaet er, som nevnt, også politisk og etisk interessant. På rettsområdet for foreldreskap og biologi skjer det endringer i takt med samfunnsutviklingen. I så måte er oppgaven også et bidrag til den rettspolitiske diskusjonen.

I 2020 ble det fremmet forslag om ny barnelov. Foruten målet om en mer språklig tilgjengelig barnelov, er målet med loven å oppnå en tidsriktig lov.<sup>6</sup> Barnelovutvalgets vurdering i NOU 2020:14 er derfor et viktig dokument i forbindelse med oppgaven. Dette dokumentet kaster lys over oppgaven da det sier noe om rettssystematikkens syn på biologiens betydning for etablering av foreldreskap.

Prejudikatverdien av de enkelte avgjørelsene i barneretten er begrenset. I tillegg til at politikk, kultur og skiftende samfunnsoppfatninger har betydning for rettspraksis og den rettskildemessige vekten av den, er faktum i hver enkelt sak unik. Et viktig moment i én sak, kan derfor være mindre relevant i en annen sak.<sup>7</sup> Rettspraksis har likevel betydning som en rettslig argumentasjonskilde.<sup>8</sup> Det er også viktig å huske på at det er et høyt innslag av skjønn i sakene, særlig jo lenger opp i rettssystemet sakene havner. I tillegg er det få saker som kommer inn til Høyesterett. Som følge av dette gir lagmannsrettens avgjørelser i mange tilfeller et bredere bilde av rettstilstanden enn de få avgjørelsene som havner i Høyesterett.<sup>9</sup> Derfor blir lagmannsrettspraksis trukket inn i fremstillingen der det ikke foreligger avklaring i øvrige rettskilder, og for å gi et bilde av rettstilstanden på området.

## **1.4 Den videre fremstilling**

Etter en nærmere redegjørelse av prinsippet om hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp i punkt 2, kommer det i punkt 3 en redegjørelse av det internasjonale aspektet av norsk barnerett. I punkt 4 gjennomgås reglene i barnelova kapittel 2 om etablering av foreldreskap. I punkt 5 gjennomgås EMKs forståelse av «familieliv». I punkt 6 og 7 redegjøres det for om det skal åpnes for henholdsvis samværsrett og foreldreansvar for andre enn juridiske foreldre, i lys av to nylig avsagte avgjørelser. Punkt 8 inneholder noen avsluttende bemerkninger.

---

<sup>6</sup> NOU 2020:14 s. 16.

<sup>7</sup> Smith, Lødrup og Sandberg (2020) s. 131.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Skjørten og Sandberg (2019) s. 308

## 2 Viktige prinsipper i barneretten

### 2.1 Innledning

Prinsipper kan betegnes som hensyn eller normer som er rettslig bindende, og som danner grunnlaget for en rettsregel.<sup>10</sup> I barneretten eksisterer flere slike prinsipper. Dette er altså hensyn eller normer som danner grunnlaget for ulike rettsregler og som på den måten er styrende for hvilke hensyn som skal få avgjørende vekt i en konkret sak. Viktige prinsipper er blant annet legalitetsprinsippet, minste inngreps prinsipp, prinsippet om barns rett til medvirkning, prinsippet om hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp. Tema for oppgaven er det biologiske prinsipp, som naturligvis vil bli utførlig behandlet. Prinsippets kobling til barnets beste gjør det likevel nødvendig med en redegjørelse også av dette prinsippet.

### 2.2 Hensynet til barnets beste

Prinsippet om hensynet til barnets beste innebærer at ethvert tiltak som berører barn skal gjøres med hensyn til hva som er det beste for barnet. Dette gir prinsippet en helt spesiell og grunnleggende posisjon i barneretten, og er uttalt å være både en selvstendig rettighet, et tolkningsprinsipp og en saksbehandlingsregel.<sup>11</sup> Prinsippet om barnets beste fordrer en vurdering av hva som er best for barn generelt sett, men det krever også en konkret og helhetlig vurdering i enkelttilfellet. Prinsippet har en solid og grunnleggende forankring i norsk rett gjennom blant annet Grunnloven § 104 annet ledd, barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, og barnelova § 48. Også i barnevernloven § 4-1 er prinsippet forankret. Ettersom det biologiske prinsippets betydning i barnevernretten ikke behandles i oppgaven, vil ikke bestemmelsen omtales særskilt.

Grunnloven § 104 annet ledd og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 er nokså samkjørt. Det fremgår av bestemmelsene at

«ved handlinger som berører barn [...] skal barnets beste være et **grunnleggende hensyn**» (Uthevet her).

---

<sup>10</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 40.

<sup>11</sup> FNs Barnekomité, Generell kommentar nr. 14 (2013), avsnitt 6.

Ordlyden «handlinger eller avgjørelser» gir barnets beste et vidt nedslagsfelt. Prinsippets anvendelse er ikke begrenset til eksempelvis tiltak etter barnevernloven. Ordlyden «berører» medfører at ikke bare saker som direkte angår barn, men også saker som indirekte angår barn omfattes.

Av barnelova § 48 fremgår det at

«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» (Uthevet her).

Ordlyden «først og fremst» tilsier ikke at barnets beste (bare) skal være et «grunnleggende hensyn», men at det i første rekke skal ses hen til hva som er det beste for barnet.

Barnets rettsstilling er altså styrket i barnelova, noe som er fullt i samsvar med at barnekonvensjonen og Grunnloven utgjør minimumsrettigheter.<sup>12</sup> Barnets beste er et grunnleggende vurderingstema i barneretten, selv om det ikke er enerådende i møte med andre hensyn.<sup>13</sup> Som det ble uttalt i den såkalte Maria-dommen skal hensynet til barnets beste i møte med andre interesser

«ha stor vekt – det er ikke bare ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt frem og stå i forgrunnen».<sup>14</sup>

Hva gjelder prinsippets rettskildemessige forankring i EMK, kommer det ikke direkte til uttrykk i konvensjonen. Det er likevel klart at barns «best interests are of paramount importance» også her.<sup>15</sup>

Selve innholdet i begrepet er vanskelig å fastlegge ettersom barnets beste er et dynamisk begrep. At begrepet er dynamisk er nokså selvsagt, all den tid prinsippet kommer til anvendelse overfor alle barn i hele verden, i ulike samfunn og kulturer.<sup>16</sup> En utfordring med begrepet er nettopp det, at det ikke eksisterer én definisjon av hva som er barnets beste til enhver tid. FNs barnekomité har i sine generelle kommentarer utarbeidet en liste med momenter som er

---

<sup>12</sup> Smith m.fl. (2020) s. 129.

<sup>13</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 27.

<sup>14</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

<sup>15</sup> Strand Lobben mfl. mot Norge (2019), avsnitt 204.

<sup>16</sup> FNs barnekomité, Generell kommentar nr. 14, avsnitt 1.



relevante ved barnets beste-vurderingen. Særlig barnets rett til å bli hørt, retten til helse og utdanning, samt bevaring av familiemiljø inngår i listen.<sup>17</sup>

Som det fremgår av fremstillingen videre er det i utgangspunktet antatt å være til barnets beste å vokse opp hos sine biologiske foreldre. Begrunnelsen for dette kan blant annet være tilknytningen mellom barnet og foreldrene som eksisterer i kraft av biologien. At det er antatt å være til barnets beste å vokse opp hos sine biologiske foreldre er likevel bare et utgangspunkt. I tilfeller hvor barn av en eller annen grunn vokser opp med kun én biologisk forelder, eksempelvis hvor barnet er unnfanget ved assistert befruktning, vil barnets beste sannsynligvis være at barnet vokser opp i den etablerte familien det er født inn i. Som både farskapsutvalget og barnelovutvalget har fremhevet i hver sin NOU,<sup>18</sup> ivaretas hensynet til barnets beste i mange tilfeller best gjennom stabilitet, ro og trygghet.<sup>19</sup> Eksempelvis ved adopsjon med hjemmel i barnevernloven § 4-21 har Fylkesnemndas vurderinger resultert i konklusjonen om at barnets beste ikke er å bli boende hos sine biologiske foreldre. Et gjennomgående argument i slike saker er hensynet til nettopp stabilitet, ro og trygghet.

## **2.3 Det biologiske prinsipp – et utgangspunkt**

### **2.3.1 Innledning**

Det er altså en nær sammenheng mellom det biologiske prinsipp og barnets beste. De biologiske båndene mellom barn og foreldre må derfor vurderes og hensyntas i saker som omhandler barn når en skal finne frem til hva som er til barnets beste.<sup>20</sup>

Det biologiske prinsipp går ut på at det eksisterer et bånd mellom barn og deres biologiske foreldre som i utgangspunktet ikke skal brytes. I henhold til prinsippet anses det som et gode for barn å vokse opp hos sine biologiske foreldre, særlig på grunn av tilknytningen mellom dem. Dersom slik oppvekst av ulike grunner ikke er mulig skal barnet og foreldrene, så langt det lar seg gjøre, likevel opprettholde kontakt og på den måten utvikle en relasjon til hverandre.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> Ibid avsnitt 52-79.

<sup>18</sup> Hhv. NOU 2009:5 og NOU 2020:14.

<sup>19</sup> Se blant annet NOU 2009:5 s. 75.

<sup>20</sup> Sandberg (2003), s. 63.

<sup>21</sup> Stang (2020) s. 189-190.

### 2.3.2 Prinsippets nasjonale og internasjonale forankring

Av Grunnloven § 104 tredje ledd annet punktum fremgår det at

«statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, **fortrinnsvis i egen familie**». (Uthevet her)

Ordlyden «fortrinnsvis i egen familie» kan umiddelbart sies å henspille på det biologiske prinsipp. Dette fordrer imidlertid en snever forståelse av familiebegrepet, noe som ikke er forenlig med EMDs forståelse av begrepet.<sup>22</sup> Denne ordlyden ble tilføyd ved lovendringen i forbindelse med Grunnlovsjubileet i 2014. Tilføyelsen var omdiskutert, og det fremgår av Menneskerettighetsutvalgets begrunnelse at hensikten med tilføyelsen ikke var å styrke det biologiske prinsipp.<sup>23</sup> Det biologiske prinsippets innhold og betydning må således kartlegges ut fra, blant annet, barnekonvensjonens bestemmelser.

I barnekonvensjonen kan artikkel 7 nr. 1 sies å gi uttrykk for det biologiske prinsipp. Det følger av bestemmelsen at

«barnet skal registreres umiddelbart etter fødselen og skal fra fødselen ha rett til et navn, rett til å erverve et statsborgerskap, og, **så langt det er mulig, rett til å kjenne sine foreldre og få omsorg fra dem**» (Uthevet her).

Ordlyden «så langt det er mulig» tilsier at utgangspunktet om at barn har det best hos sine foreldre står sterkt på den måten at det skal mye til før barnet kan nektes rettigheter etter bestemmelsen.<sup>24</sup> En naturlig forståelse av ordlyden tilsier også at retten til å kjenne sine foreldre og få omsorg fra dem ikke gjelder absolutt, og vil særlig måtte avveies mot hensynet til barnets beste, noe som kommer eksplisitt til uttrykk i artikkel 9.

Ordlyden «rett til å kjenne sine foreldre **og** få omsorg fra dem» (uthevet her) tilsier at det ikke uten videre er en sammenheng mellom å kjenne sine foreldre, og å få omsorg fra dem. Som vi skal se, er det i teorien hevdet at det biologiske prinsipp har to sider, hvor den ene siden omhandler retten til å kjenne til sitt opphav, mens den andre siden av prinsippet omhandler

---

<sup>22</sup> Se punkt 5.

<sup>23</sup> Dok.nr.16 (2011-2012) s. 194.

<sup>24</sup> Stang (2020) s. 182.

prinsippets betydning for omsorg og andre former for familieliv.<sup>25</sup> Denne forståelsen kan sies å bygge på ordlyden i artikkel 7 som nettopp deler opp retten til å kjenne sine foreldre, og retten til å få omsorg fra dem.

Også i fortalen til barnekonvensjonen er barnets behov for en familie fremhevet. Fortalen er et viktig tolkingsbidrag hva gjelder konvensjonen forøvrig. Det fremgår her at

“United Nations has proclaimed that childhood is entitled to special care and assistance,

Convinced that **the family**, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community,

Recognizing that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up **in a family environment**, in an atmosphere of happiness, love and understanding,” (Uthevet her).

Det er “familien” som er fremhevet. Fortalen gir inntrykk av at det i denne sammenheng ikke er snakk om de biologiske familiebåndene. På bakgrunn av dette er det barnekonvensjonen artikkel 7 som er den primære rettskilden hva gjelder det biologiske prinsipp i internasjonal barnerett.

Heller ikke i barnelova benyttes begrepet «det biologiske prinsipp» eksplisitt. Det er likevel ikke tvilsomt at prinsippet preger lovgivningen og vurderingene som skal gjøres. Prinsippet kommer blant annet til uttrykk gjennom reglene om samvær. Som det fremgår av barnelova § 42 har barnet

«rett til samvær med begge foreldra, jamvel om dei lever kvar for seg».<sup>26</sup>

Ordlyden «foreldra» tilsier ikke at bestemmelsen er avgrenset til å gjelde biologiske foreldre. Det følger likevel av lovens forarbeider at «det naturlige utgangspunkt for lovgivningen bør være at barn skal vokse opp sammen med sine biologiske foreldre».<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Sandberg (2003) s. 68.

<sup>26</sup> Se også barnelova § 43.

<sup>27</sup> Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 45.

### 2.3.3 Et todelt prinsipp

Selv om det anses som et gode for barn å kjenne til og vokse opp hos sine biologiske foreldre, er ikke dette behovet nødvendigvis like sterkt hos alle. I tillegg kan behovet arte seg ulikt fra en kultur til en annen.<sup>28</sup> Det er likevel ikke tvil om at det eksisterer et behov for enkeltmennesket til å kjenne sitt opphav.<sup>29</sup>

Som påpekt i punkt 2.3.2. er det ikke nødvendigvis to sider av samme sak å kjenne til sine foreldre, og å få omsorg fra dem.<sup>30</sup> Dette er bakgrunnen for at Sandberg snakker om et todelt biologisk prinsipp.<sup>31</sup> Den ene siden av prinsippet omhandler individets kunnskap om hvem som er dets biologiske opphav. Den andre siden av prinsippet gjelder betydningen av det biologiske forholdet for omsorg og andre former for familieliv.<sup>32</sup>

For et barn som er unnfanget ved assistert befruktning og som eksempelvis både har en mor og far (eller medmor) etter barnelova §§ 2 og 3, vil barnet kunne etterspørre hvor halvparten av genene sine stammer fra. Med hjemmel i bioteknologiloven § 2-7 har barn ved fylte 15 år rett til å få opplysninger om donors identitet. Et adoptivbarn vil også kunne ha behov for kunnskap om sitt biologiske opphav. Adopsjonsloven § 39 gir barn fra 18 år og oppover rett til slik kunnskap. Dette henspiller på prinsippets første betydning.

Den andre siden av prinsippet har betydning hva gjelder barns omsorgsforhold etter barnevernloven. I tillegg har denne siden av prinsippet også betydning ved etablering av foreldreskap etter barnelova da dette sier noe om hvem som har omsorgsrett og plikt overfor barnet. Gjennom de ulike reglene for fastsetting av foreldreskap kommer det biologiske prinsipp inn som begrunnelse for reglene, og det synes å være sikkert at lovgiver i stor grad har et ønske om at det juridiske foreldreskapet skal stemme overens med det biologiske foreldreskapet, selv om det ikke alltid lar seg gjøre.

---

<sup>28</sup> Sandberg (2003) s. 416.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Jf. barnekonvensjonen artikkel 7.

<sup>31</sup> Sandberg (2003) s. 68.

<sup>32</sup> Ibid.

# 3 Menneskerettighetene og barnekonvensjonen som rettskilde

## 3.1 Innledning

FNs verdenserklæring for menneskerettigheter dannet grunnlaget for Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) som trådte i kraft i 1953,<sup>33</sup> og som Norge inkorporerte gjennom menneskerettighetsloven i 1999. Konvensjonen sikrer grunnleggende rettigheter som blant annet retten til liv, ytringsfrihet, religionsfrihet og til privat- og familieliv. Konvensjonen gjelder for alle, også barn, selv om barn ikke nevnes særskilt.

Selv om EMK også gjelder for barn, ble denne konvensjonen ikke antatt å ivareta barns rettigheter i tilstrekkelig grad.<sup>34</sup> Behovet for å tydeliggjøre barnets stilling som rettssubjekt som følge av deres særlig sårbarhet resulterte i FNs barnekonvensjon.<sup>35</sup> Konvensjonen ble vedtatt i 1989, trådte i kraft i 1991 og ble en del av norsk rett gjennom menneskerettighetsloven i 2003.<sup>36</sup>

Gjennom menneskerettighetsloven er det slått fast at EMK og barnekonvensjonen skal gjelde som norsk lov.<sup>37</sup> Som det fremgår av lovens § 3 skal disse konvensjonene gå foran norsk lov ved motstrid. Konvensjonene har dermed fått en grunnleggende stilling i norsk rett og gjelder på lik linje med annen norsk lovgivning. Dette innebærer at både domstoler, og fylkesnemnder og andre rettsanvendere må forholde seg til konvensjonene som norsk lov.

## 3.2 Grunnloven, EMK og barnekonvensjonen

Grunnloven har status som *lex superior* i norsk rett, hvilket innebærer at den ved motstrid går foran andre lovbestemmelser lenger nede på rangstigen. Selv om Grunnloven § 104 ikke etter sin ordlyd kan sies å gi direkte uttrykk for det biologiske prinsipp,<sup>38</sup> har bestemmelsen betydning for familielivet som sådan, hvilket omfatter barns forhold til sine biologiske foreldre. Sammen med § 104 er også § 102 særlig relevant på barnerettens område. Bestemmelsen

---

<sup>33</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 42.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Høstmælingen m.fl. (2020) s. 5.

<sup>36</sup> Smith (2020) s. 19 og 29.

<sup>37</sup> Se menneskerettsloven § 3, jf. § 2 nr. 1 og nr. 4.

<sup>38</sup> Se punkt 2.3.2.

gjelder retten til respekt for sitt privat- og familieliv. Både §§ 104 og 102 er antatt å være i samsvar med EMK og barnekonvensjonen, og skal tolkes i lys av disse.<sup>39</sup>

Hverken grunnlovsvernet eller vernet etter EMK eller barnekonvensjonen gjelder absolutt. Som Høyesterett slo fast i Maria-dommen kan grunnlovsbestemmelsene fravikes dersom «tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, et legitimt formål og er forholdsmessig».<sup>40</sup> Dette samsvarer med hva som følger av EMK artikkel 8 nr. 2. Det er altså en viss adgang til å gripe inn i retten til familieliv, eksempelvis hvis det er nødvendig for å beskytte barns rettigheter.

Flere bestemmelser må ses i sammenheng hva gjelder det biologiske prinsipp og barns rett til kontakt med og omsorg fra sine foreldre. Dette er blant annet artikkel 3, 5, 7, 8, 9 og 18 i barnekonvensjonen. Disse bestemmelsene har i økende grad fått betydning ved EMDs avgjørelse i saker som berører barn.<sup>41</sup> Det er nemlig EMD som er nærmest til å behandle saker etter barnekonvensjonen, foruten FNs barnekomité's tilsyn og deres merknader til det enkelte land. EMD behandler saker om brudd på konvensjonene, forutsatt at nasjonale rettsmidler er uttømt.<sup>42</sup>

### **3.3 Menneskerettighetene i norsk rett**

Som nevnt gjelder de internasjonale konvensjonene som norsk lov gjennom menneskerettighetsloven §3, jf. § 2. Etersom det er internasjonale konvensjoner som skal gjelde på tvers av statene må disse tolkes på samme måte. Wienkonvensjonen om tolking av traktater ble utarbeidet for å sikre en enhetlig tolking av internasjonale traktater. Selv om denne ikke er ratifisert av Norge, er det klart at den gjelder som alminnelig sedvanerett.<sup>43</sup> Artikkel 31-33 i konvensjonen fremhever at traktatene skal tolkes ut fra deres gjenstand og formål («object and purpose»). Videre fremgår det at det må foretas en dynamisk tolking, ettersom retten stadig er i utvikling.

EMK og barnekonvensjonen er viktige rettskilder i norsk barnerett. Det er Høyesterett «som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

<sup>40</sup> Ibid avsnitt 60.

<sup>41</sup> Stang (2020) s. 185.

<sup>42</sup> EMK artikkel 35 nr. 1.

<sup>43</sup> Regjeringen (2020).

<sup>44</sup> Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

### 3.4 Skjønnsmargin

Samtidig som statene har hovedansvaret for tolkingen og gjennomføringen av EMK og andre konvensjoner, er statene blitt gitt en skjønnsmargin («margin of appreciation») når det kommer til rettigheter som åpner for statlig inngrep.<sup>45</sup> Dette er fordi statene selv har best forutsetninger for å forstå hva som er nødvendig i det enkelte land. EMK har derfor, i slike tilfeller, en begrensning i prøvelsesretten. I praksis betyr det at når EMD prøver om det er brudd på EMK, og statene innrømmes en viss skjønnsmargin, er det ikke like intensiv prøving som det kunne vært nettopp fordi det legges til grunn at statene vet best selv. Dersom EMD kommer til at staten har holdt seg innenfor skjønnsmarginen som gjelder på et område, blir det ikke konstatert brudd på konvensjonen.<sup>46</sup>

Omfanget av statenes skjønnsmargin i den enkelte sak, eller hvor stor vekt statenes egne meninger har, avhenger av en rekke faktorer. Der en viktig del av individets eksistens eller identitet står på spill vil skjønnsmarginen være begrenset.<sup>47</sup> Likevel vil den være bredere når det ikke er konsensus mellom medlemsstatene, særlig der saken reiser moralske eller etiske spørsmål.<sup>48</sup>

I X, Y og Z-saken,<sup>49</sup> som omtales mer utførlig i punkt 5.3, hadde en transmann blitt nektet å registrere seg som far til et barn unnfanget ved assistert befruktning i form av sæddonasjon. I saken var det spørsmål om slik nektelse krenket familiemedlemmenes rett til «familieliv» etter EMK artikkel 8. EMD la vekt på at den rettslige reguleringen i Europa varierte, og at saken reiste vitenskapelige, juridiske og moralske spørsmål. Domstolen kom derfor til at saken lå innenfor statens skjønnsmargin. Selv om det forelå et «familieliv» etter EMK artikkel 8, var det ikke brudd på bestemmelsen da det var opp til staten selv å vurdere om de ville anerkjenne en person uten biologisk tilknytning til barnet som far.<sup>50</sup>

Også i saken S. H. m.fl. mot Østerrike var tema assistert befruktning. Spørsmålet i saken var om et pars rett til å bli gravide ved bruk av assistert befruktning var beskyttet av EMK artikkel

---

<sup>45</sup> Aall (2021) s. 154.

<sup>46</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 54.

<sup>47</sup> S.H. m.fl. mot Østerrike (2011), avsnitt 94.

<sup>48</sup> X m.fl. mot Østerrike (2013), avsnitt 148.

<sup>49</sup> X, Y og Z mot Storbritannia (1997).

<sup>50</sup> Ibid avsnitt 52.

8. Domstolen uttalte at et pars rett til å bli gravide på denne måten i utgangspunktet er beskyttet av artikkelen da det gir uttrykk for privat- og familieliv.<sup>51</sup>

Videre viste EMD til X, Y og Z-saken hvor Storbritannia ble tilkjent en vid skjønnsmargin som følge av at temaet reiste etiske og moralske spørsmål. At det ikke var konsensus blant medlemsstatene på dette rettsområdet, hadde innvirkning på skjønnsmarginen.<sup>52</sup> Det ble uttalt at

“from the material at the Court’s disposal, it appears that since the Constitutional Court’s decision in the present case many developments in medical science have taken place to which a number of Contracting States have responded in their legislation. Such changes might therefore have repercussions on the Court’s assessment of the facts.”<sup>53</sup>

Domstolen anerkjente med dette at det hadde funnet sted en utvikling som kunne ha betydning for deres vurdering av saken.<sup>54</sup> Likevel ble konklusjonen i saken i tråd med konklusjonen i X, Y og Z-saken ettersom behandlingstidspunktet for den østerrikske domstolen var i 1999. EMD skal ikke vurdere saken ut fra forholdene på domstidspunktet, men på tidspunktet da saken var til behandling hos den nasjonale domstolen.

Biologiens betydning for etablering av foreldreskap og biologiens betydning for vernet etter EMK artikkel 8 om familielivet reiser moralske og etiske spørsmål som gjør at skjønnsmarginen er vid. Statene må i stor grad selv vurdere hva som er å foretrekke i det enkelte land. Likevel er det slik at den medisinske og teknologiske utviklingen drar Europa i én retning, mot større aksept for nye reproduksjonsteknologier. Dette kan medføre at EMD ikke lenger vil utvise like stor tilbakeholdenhet ved slike vurderinger. EMDs uttalelser i den ovenfor nevnte S. H.-saken underbygger dette.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> S.H. m.fl. mot Østerrike (2011), avsnitt 82.

<sup>52</sup> Ibid avsnitt 83.

<sup>53</sup> Ibid avsnitt 84.

<sup>54</sup> Ibid, samt dommens avsnitt 117.

<sup>55</sup> Ibid avsnitt 84.



# 4 Etablering av foreldreskap etter barnelova

## 4.1 Innledning

Selv om barnekonvensjonen artikkel 7 knesetter barnets rett til «så langt det er mulig» å kjenne til sine «foreldre», sier ikke konvensjonen noe om hva som menes med en forelder, altså hvem som er barnets foreldre. Begrepet i seg selv omfatter både juridiske, biologiske og sosiale foreldre.<sup>56</sup> Ordlyden «foreldre» kan ut fra en historisk og tradisjonell tilnærming sies å være to personer av ulikt kjønn hvor begge personene er biologisk opphav til barnet. Ettersom artikkel 7 ellers snakker om barns rettigheter ved «fødselen» tilsier en kontekstuell tolkning at det er de biologiske foreldrene det er snakk om. At bestemmelsen i flere tilfeller er omtalt som «retten til å kjenne sitt opphav» trekker også i den retningen. All den tid barnekonvensjonen skal tolkes og forstås i sammenheng med EMK artikkel 8 og retten til familieliv er det likevel klart at det er snakk om et videre foreldrebegrep. Også barnelovas regler om etablering av foreldreskap åpner for at andre enn de biologiske foreldrene kan innta «foreldreposisjonen».

Oppgavens tema er det biologiske prinsippets betydning for foreldrebegrepet i rettslig forstand. I det følgende blir det derfor en gjennomgang av de ulike måtene for etablering av foreldreskap etter barnelova, med søkelys på biologiens betydning. Først er det likevel nødvendig å si noe om det juridiske foreldreskapet som sådan.

## 4.2 Juridisk foreldreskap

Barnelova kapittel 2 regulerer «kven som er foreldra til barnet». Som nevnt er dette det juridiske, eller rettslige, foreldreskapet.<sup>57</sup> Dette vil i mange tilfeller være sammenfallende med både det biologiske og det sosiale foreldreskapet, men det er ikke nødvendigvis slik.<sup>58</sup> Biologiske foreldre er de foreldrene som barnet stammer fra, og i de fleste tilfeller også har

---

<sup>56</sup> Bendiksen (2008) s. 82.

<sup>57</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 79.

<sup>58</sup> Ibid.

genene og arvestoffet sitt fra.<sup>59</sup> Sosiale foreldre derimot, er de omsorgspersoner som fungerer som barnets foreldre uavhengig av juridiske eller biologiske forhold, typisk fosterforeldre.<sup>60</sup>

Juridisk foreldreskap gir uttrykk for det foreldreskapet som lovgiver har valgt å knytte rettsvirkninger til. Slik foreldreskap gir rettsvirkninger både i og utenfor barnelova. I barnelova er det særlig reglene om foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og reglene om samvær det er snakk om.

Som vi skal se, vil det juridiske og det biologiske foreldreskapet i mange tilfeller stemme overens. Dette gjenspeiler lovgivers ønske om nettopp dette. Reglene om det offentlige ansvar for å fastsette foreldreskap, samt adgangen til å endre det juridiske foreldreskapet i samsvar med det biologiske, gjenspeiler også biologiens innflytelse på den rettslige reguleringen.<sup>61</sup> Det er likevel slik, særlig sett hen til adopsjon eller assistert befruktning i form av sæddonasjon, at biologien ikke har betydning ved etableringen av det juridiske foreldreskapet. I disse tilfellene kommer det biologiske prinsipp inn på annet vis, gjennom kunnskap om biologisk opphav.<sup>62</sup>

Det juridiske foreldreskapet kan sies å være et resultat av en rettspolitisk og samfunnsmessig vurdering hvor det er bestemt at det skal knyttes rettsvirkninger til en persons spesielle posisjon i barnets liv. Det kan være den som føder barnet, den som er gift med mor på tidspunktet for fødselen, eller den som har erklært foreldreskapet og som har samtykket til assistert befruktning.<sup>63</sup> På den måten kan en si at det juridiske foreldreskapet er tillagt den eller de som har en sterk tilknytning til barnet. Dette kan være biologisk tilknytning, men også sosial og emosjonell tilknytning.

## 4.3 Morskap

Det følger av barnelova § 2 første ledd at

«Som mor til barnet skal reknast den kvinna som har fødd barnet».

---

<sup>59</sup> Som regel er dette sammenfallende, men i tilfelle av eggdonasjon sies det at eggdonor er genetisk mor, mens den som føder barnet er biologisk mor. Se punkt 4.3 og note 64.

<sup>60</sup> Bendiksen (2008) s. 82.

<sup>61</sup> Se punkt 4.6 og 4.7.

<sup>62</sup> Se punkt 4.8, adopsjonsloven § 39 og bioteknologiloven § 2-7.

<sup>63</sup> Se barnelova §§ 2-4.

Bestemmelsen kan fremstå selvsagt og overflødig. Som regel vil det være samsvar mellom den fødende mor og hennes biologiske tilknytning til barnet. Da er det opplagt hvem som er barnets mor. Ifølge forarbeidene har bestemmelsen sin bakgrunn i muligheter for befruktning utenfor kroppen.<sup>64</sup> I tilfeller av eggdonasjon, hvor den fødende kvinnen bærer frem et barn som er befruktet med en annen kvinnes eggceller, vil det juridiske morskapet plasseres hos den fødende kvinnen. Selv om den fødende kvinnen i et slik tilfelle kan betraktes som biologisk mor som følge av DNAet som arves gjennom at mor bærer frem og føder barnet, vil ikke kvinnen være genetisk mor da eggcellene stammer fra en annen kvinne.<sup>65</sup> Det skal ikke gås nærmere inn på forskjellen mellom biologi og genetikk. Poenget er at barnelova § 2 ved første øyekast gir uttrykk for noe som antas å være selvsagt, nemlig at biologisk, genetisk og juridisk foreldreskap stemmer overens. Likevel - og særlig i lys av reproduksjonsteknologier som eggdonasjon - er ikke bestemmelsen overflødig, men nødvendig for å tillegge morskapet til den kvinnen som føder barnet og på den måten etablerer en særlig tilknytning til barnet.

Rettsystematikken har valgt å knytte rettsvirkninger til den fødende kvinnens posisjon. Bestemmelsen tydeliggjør på den måten også at surrogati ikke er lovlig i Norge. Dersom en kvinne donerer egg til en surrogatmor i utlandet, vil barnets mor likevel være den som føder.

På bakgrunn av det som er gjennomgått er det naturlig å trekke den slutning at regelen i barnelova § 2 første ledd medfører at det er høy treffsikkerhet når det gjelder forholdet mellom juridisk og biologisk foreldreskap, altså at biologien har stor betydning ved etablering av morskap etter barnelova. Som farskapsutvalget uttalte i NOU 2009:5 er «rettslig foreldreskap [...] sterkt knyttet opp mot biologi når det gjelder hvem som er rettslig mor til barnet etter loven».<sup>66</sup>

## 4.4 Farskap etter ekteskap

Farskap etter barnelova kan etableres både som følge av ekteskap, erklæring eller ved dom. Førstnevnte gir grunnlag for farskap etter barnelova § 3. Her fremgår det av første ledd at

«Som far til barnet skal reknast den mannen som moren er gift med ved fødselen».

---

<sup>64</sup> Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 81.

<sup>65</sup> Solbrække og Kvernflaten (2019).

<sup>66</sup> NOU 2009:5 s. 32.

Bestemmelsen bygger på pater est-regelen, som innebærer at den fødende kvinnens ektemann anses som barnets far. Det er ingen selvfølge at dette farskapet er i samsvar med det biologiske. Enten den fødende kvinnen gifter seg med en annen enn barnets far i forkant av fødselen, eller det på annen måte er uklart hvem som er barnets far, blir kvinnens ektemann å anse som barnets far. Det samme gjelder dersom barnet er unnfanget ved assistert befruktning. Også da blir den som er gift med mor registrert som barnets far. Som barnelovutvalget har uttalt i NOU 2020:14 gjelder regelen «uavhengig av om ektefellen er biologisk far til barnet eller ikke».<sup>67</sup>

Selv om regelen gjelder uavhengig av den biologiske tilknytningen mellom barnet og mannen, uttalte barnelovutvalget at pater est-regelen har «høy treffsikkerhet» hva gjelder forholdet mellom det juridiske og det biologiske foreldreskapet.<sup>68</sup> Regelen er derfor foreslått opprettholdt.<sup>69</sup> Dette kan tas til inntekt for at det er ønskelig at det juridiske og det biologiske foreldreskapet skal stemme overens.

Opprettholdelsen av pater est-regelen har også en pragmatisk side. Et alternativ til regelen er å erklære farskap i samtlige tilfeller. Dette vil være ressurskrevende, og i mange tilfeller vil mors ektefelle være barnets biologiske far slik at et system med erklæring av foreldreskapet vil være unødvendig ressurskrevende. En erklæring vil heller ikke medføre full treffsikkerhet mellom det juridiske og det biologiske foreldreskapet. Den eneste måten dette kan oppnås er gjennom DNA-test. Som utvalget har påpekt vil en slik løsning være uaktuell.<sup>70</sup> Dette må antas å være fordi det vil være unødvendig ressurskrevende all den tid pater est-regelen i mange tilfeller medfører at det er samsvar mellom det juridiske og det biologiske foreldreskapet.

## 4.5 Farskap eller medmorskap ved erklæring

Farskap kan som nevnt også etableres gjennom erklæring. Det fremgår av barnelova § 4 første ledd at

«Når farskap ikkje følgjer av reglane i § 3, kan faren erklære farskap under svangerskapet eller etter at barnet er født».

---

<sup>67</sup> NOU 2020:14 s. 125.

<sup>68</sup> Ibid s. 127.

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid.

For par som ikke er gift og som venter barn brukes denne bestemmelsen for etablering av farskap. Til forskjell fra pater est-regelen må farskap etter denne bestemmelsen aktivt erklæres. Foreldrene må være enige om farskapet, dersom dette skal etableres gjennom erklæring, jf. bestemmelsens annet ledd annet punktum. Dette medfører nøyaktighet hva gjelder forholdet mellom det juridiske og det biologiske foreldreskapet ettersom mor og far selv er nærmest til å vite hvem som er barnets biologiske far.

Etter barnelova § 4 fjerde ledd kan også en mors kvinnelige samboer erklære medmorskap.<sup>71</sup>

## 4.6 Det offentliges ansvar for å fastsette foreldreskap

Dersom barnet ikke har en far eller en medmor etter ekteskap eller erklæring, må det offentlige komme på banen for å fastsette dette. Det fremgår av barnelova § 5 første ledd at

«Dersom barnet korrkje har far eller medmor i samsvar med reglane i §§ 3 og 4, skal det offentlege ta seg av å få fastsett kven som er faren eller medmora, jf. kapittel 3 og 4».

I tillegg fremgår det av tredje ledd at

«Det offentlege skal klargjere kven som er mor til barnet når dette ikkje er kjent».

Dersom et barns mor er ukjent, har det offentlige et ansvar for å klargjøre dette. Det vil imidlertid oftere oppstå spørsmål om hvem som er barnets far eller medmor, enn hvem som er barnets mor. I farskapsaker kan det avsies dom i samsvar med vilkårene i barnelova § 9. Her er utgangspunktet at far er den personen som blir utpekt som far etter DNA-analyse, jf. første ledd.

Som tidligere nevnt er den sikreste måten å oppnå sikkerhet omkring det biologiske farskapet å foreta en DNA-analyse.<sup>72</sup> Dette illustrerer lovgivers og samfunnets ønske om å tillegge det juridiske farskapet til barnets biologiske far. Når barnelovutvalget snakker om å innhente en DNA-analyse for å «bringe farskapet på det rene» er det snakk om å fastslå hvem som er barnets biologiske far, og knytte det juridiske foreldreskapet til denne personen.

---

<sup>71</sup> Se punkt 4.8.

<sup>72</sup> 99,9999 % sikkerhet, se NOU 2020:14 s. 140, med videre henvisninger.

Hva gjelder det offentliges ansvar for å fastsette medmorskap, blir dette naturligvis en annen prosess. Som det fremgår av barnelova § 4 a tredje ledd gjelder reglene om det offentliges ansvar for å fastsette farskap «så langt dei høver» for etablering av medmorskap. Et typisk tilfelle hvor det offentlige vil ha ansvar for å fastsette medmorskap vil være hvor morens tidligere kvinnelige samboer har samtykket til assistert befruktning, men senere ikke ønsker å vedkjenne seg dette.<sup>73</sup>

I NOU 2009:5 uttalte farskapsutvalget at den dominerende begrunnelsen for regelen om det offentliges ansvar for fastsettelse av foreldreskapet har vært fastsettelse av bidragsplikt og arv.<sup>74</sup> Utvalget påpekte videre at samfunnsutviklingen har medført at kunnskapen om biologisk opphav har tatt større plass enn slike økonomiske hensyn.<sup>75</sup> Lovendringen i bioteknologiloven i 2005 som opphevet donors rett til å forbli anonym illustrerer dette.<sup>76</sup> Det samme gjør adoptivbarns rett til å få opplysninger om sine «opprinnelige foreldre».<sup>77</sup> Dette kan sies å ha sin bakgrunn i anerkjennelsen om at biologisk tilknytning er betydningsfullt psykologisk sett.<sup>78</sup> Det har altså skjedd en utvikling i begrunnelsen for reglene om det offentliges ansvar for å fastsette foreldreskap, fra økonomiske hensyn til mer psykologiske hensyn.

Farskapsutvalget uttalte at en ytterligere begrunnelse for det offentliges ansvar for fastsetting av foreldreskap er et ønske om at barn skal etablere juridisk tilknytning til to foreldre.<sup>79</sup> Dette er basert på en oppfatning om at en juridisk tilknytning til ikke én eller tre, men to foreldre sikrer trygge sosiale og juridiske rammer for barnet.<sup>80</sup> Dette er et tema i seg selv som ikke skal behandles mer utførlig her. Det er likevel klart at det biologiske prinsipp også har en plass i denne tematikken. Oppfatningen om at et barn ikke skal ha mer eller mindre enn to juridiske foreldre er blant annet bakgrunnen for regelen i barnelova § 9a femte ledd om at en donor ikke kan «dømast til far». Dette ville medført at barn ble registrert med tre juridiske foreldre. På samme vis skal det offentlige ha ansvar for å fastsette foreldreskapet hvor et barn bare har én juridisk forelder. Dette illustrerer rettssystematikkens ønske om ikke å bryte opp de fundamentale forestillingene om foreldreskapet.

---

<sup>73</sup> NOU 2020:14 s. 141.

<sup>74</sup> NOU 2009:5 s. 103-104.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Kongelig resolusjon 25. juni 2004 nr. 985.

<sup>77</sup> Adopsjonsloven § 39.

<sup>78</sup> Bunkholdt s. 13.

<sup>79</sup> NOU 2009:5 s. 104.

<sup>80</sup> Ibid s. 74.

Bruken av DNA-analyse ved fastsetting av foreldreskap illustrerer at biologien danner et bakteppe for og er med på å begrunne regelen om det offentliges ansvar for fastsettelse av foreldreskap, særlig når det kommer til fastsettelse av farskap. Biologi vil likevel ikke være en treffende begrunnelse for alle former for foreldreskap, herunder assistert befruktning i form av sæddonasjon. Derfor har det blitt fremhevet som viktig å etablere et system som sikrer at barn, i den grad det lar seg gjøre, har to juridiske foreldre uavhengig av om dette stemmer med det biologiske foreldreskapet. Det kan stilles spørsmål ved hvorfor det i et tilfelle vil være det biologiske foreldreskapet som danner grunnlaget for det juridiske foreldreskapet, mens det i et tilfelle hvor biologien ikke har sin plass, eksisterer en annen begrunnelse for den samme regelen. Svaret på dette er kanskje nettopp ønsket om etablering av foreldreskap til to juridiske foreldre. Regelen om det offentliges ansvar for fastsettelse av foreldreskap er foreslått opprettholdt i NOU 2020: 14.<sup>81</sup>

## **4.7 Endring av foreldreskap**

### **4.7.1 Frivillig endring av foreldreskap**

Både etter §§ 6 og 7 i barnelova kan farskapet endres. Paragraf 7 åpner for frivillig endring av farskapet. Farskap som er etablert gjennom ekteskap eller erklæring, kan altså endres under forutsetning av at en annen mann erklærer farskapet, moren og den tidligere registrerte faren samtykker og det gjennomføres en DNA-analyse som bekrefter at den andre mannen er biologisk far. Dersom barnet er 18 år, er det i tillegg et krav om samtykke fra vedkommende.

Regelen i barnelova § 7 gir uttrykk for et ønske om å kunne bringe det juridiske farskapet i samsvar med det biologiske. Barnelovutvalget har fremmet ønske om å videreføre regelen.<sup>82</sup> I den forbindelse ble det påpekt at det anses å være til barnets beste å endre det juridiske foreldreskapet i samsvar med det biologiske. Å annonsere en slik kobling mellom barnets beste og det biologiske prinsipp samsvarer med utgangspunktet som gjelder ellers i barneretten.<sup>83</sup> Det er likevel ikke slik at dette i alle tilfeller vil være til barnets beste. Det kan ikke antas å være til barnets beste at det skjer en opprivning av dets stabile familieforhold ved at den som har vært barnets juridiske forelder ikke lenger skal være det. Uttalelsen må likevel ses i sammenheng

---

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> NOU 2020:14 s. 135.

<sup>83</sup> Se punkt 2.2 og 2.3.

med omtalen av § 7 forøvrig, som gjelder frivillig endring av farskapet. Ved frivillighet kan det jo tenkes å være til barnets beste at en endring foretas.

Hva gjelder endring av medmorskap fremgår det av § 4 a at reglene i §§ 6 til 9 gjelder «så langt dei høver». Av forarbeidene fremgår det imidlertid at reglene i § 7 ikke gjelder for medmorskap.<sup>84</sup> Begrunnelsen er at «medmorskap ikke blir fastsatt på bakgrunn av biologi».<sup>85</sup> Barnelovutvalget har foreslått å utvide regelen i § 7 til å gjelde ved assistert befruktning.<sup>86</sup> Dette medfører at medmorskap også kan endres. Det skal likevel ikke åpnes for at medmorskap kan endres til et annet medmorskap, men at medmorskap kan endres til et farskap der partene er enig og det foreligger en bekreftende DNA-analyse.<sup>87</sup> Dette underbygger at også i medmorskap-tilfellene hvor medmorskapet i utgangspunktet bygger på andre hensyn enn biologi, er endringsadgangen begrunnet i biologi. Som utvalget uttrykker vil ikke «en som pretenderer å være barnets medmor [...] oppfylle vilkårene om biologisk tilknytning til barnet».<sup>88</sup>

#### 4.7.2 Endring av foreldreskap ved domstolene

Barne-lova § 6 regulerer domstolenes adgang til å endre et farskap etablert gjennom ekteskap eller erklæring. Det følger av bestemmelsens første punktum at

«barnet, kvar av foreldra og tredjemann som meiner han er far til eit barn som allereie har ein far, kan **alltid** reise sak for domstolane om farskap etter ekteskap eller erklæring». (Uthevet her)

Regelen medfører at der barnet, foreldrene eller tredjemann ikke kan foreta en frivillig endring gjennom § 7, kan endring av foreldreskapet skje gjennom domstolene. Ordlyden «alltid» innebærer at partene når som helst kan gå til endringssak. Ironisk nok har bestemmelsen ikke alltid vært utformet slik. Søksmålsfristene for endring av foreldreskap er et politisk engasjerende tema, og har variert i takt med den politiske sammensetningen på Stortinget.

Frem til 2003 kunne juridisk far reise sak om endring av farskapet ett år etter han fikk kunnskap om at en annen kunne være far til barnet. Med virkning fra 01.01.2003 ble fristene opphevet.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.33 (2007-2008) s. 76.

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> NOU 2020:14 s. 135.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> Lov 20. desember 2002 nr. 92.



Dette bunnet i den teknologiske utviklingen som ga mulighet for sikker kunnskap om hvem som var barnets biologiske forelder. Betydningen av biologisk farskap ble tillagt stor vekt.<sup>90</sup>

Etter farskapsutvalgets utredning i NOU 2009:5 med virkning fra 2013 ble fristene gjeninnført.<sup>91</sup> Dette ble begrunnet i behov for stabilitet og trygge rammer for barnet, fremfor foreldrenes interesse i å få klarhet i det biologiske foreldreskapet.<sup>92</sup> Det ble ikke innført frister for barnet til å anlegge sak. I 2016 ble tidsfristene på ny opphevet, noe som ble begrunnet i hensynet til kunnskap om biologisk opphav.<sup>93</sup> Departementet uttalte at det vil være best for barnet i det lange løp å kjenne til sannheten om det biologiske foreldreskapet.<sup>94</sup>

På ny er det foreslått å gjeninnføre tidsfristene.<sup>95</sup> Det er foreslått en frist på ett år, slik regelen var før 2003. Barnelovutvalget slutter seg i stor grad til begrunnelsene til farskapsutvalget i 2009 og mener dagens regler går på bekostning av barnets behov for stabile rammer.<sup>96</sup> I tråd med regelen som gjaldt mellom 2014 og 2016 er det ikke ønskelig at det skal foreligge tidsfrister for barnets søksmålsadgang.<sup>97</sup>

Virkingen av endring av foreldreskap ved domstolene er at den «nye» faren blir registrert som juridisk far og på den måten inntar en foreldreposisjon i sakene om foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og samvær. Den tidligere registrerte faren utgår som forelder og har ikke lenger noen rettslig posisjon hva gjelder disse spørsmålene.<sup>98</sup> Forståelig nok er dette et vanskelig tema hvor ulike hensyn krysser hverandre. Hensynet til stabile og trygge rammer for barna, samt hensynet til kunnskap om biologisk opphav må veies mot hverandre. På samme måte som det er rystende at en tredjeperson som hevder å være biologisk far til et barn når som helst skal kunne gå til sak og på den måten gripe inn i den etablerte sosiale og trygge relasjonen som eksisterer mellom barnet og de juridiske foreldrene, er det også vanskelig å godta at et barn skal leve i god tro om at den juridisk registrerte faren også er biologisk far som følge av at søksmålsfristen er ute. Disse situasjonene kan til en viss grad avbøtes med regelen som forelå mellom 2014 og 2016 og som barnelovutvalget på ny ønsker å gjeninnføre. Etter disse reglene vil det foreligge en søksmålsfrist på ett år fra man fikk kunnskap om at en annen person kan

---

<sup>90</sup> NOU 2020:14 s. 134, med videre henvisninger.

<sup>91</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 87.

<sup>92</sup> NOU 2009:5 s. 114.

<sup>93</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 87.

<sup>94</sup> Prop. 85 L (2015-2016) s. 13.

<sup>95</sup> NOU 2020:14 s. 136.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> Se HR-2022-847-A forutsetningsvis.

være forelder. I tillegg vil det ikke eksistere en søksmålsfrist for barnet slik at barnet «alltid» kan anlegge endringssak for å bringe det juridiske foreldreskapet i samsvar med det biologiske foreldreskapet. Det er imidlertid ikke alltid slik at kunnskap om hvem som er barnets biologiske forelder må medføre at det juridiske foreldreskapet endres.<sup>99</sup> Dette ville jo ha kommet i konflikt med blant annet adopsjonsordningen og foreldreskap ved assistert befruktning i form av sæddonasjon.

## 4.8 Foreldreskap ved assistert befruktning

Når det gjelder fastsetting av farskap for barn unnfanget ved assistert befruktning er det regelen i barnelova § 3 første ledd som er rett hjemmel. Dette innebærer at den som moren er gift med ved fødselen er barnets far. Pater est-regelen er altså bestemmende for farskapet også ved assistert befruktning. Hvis foreldrene ikke er gift, må farskapet erklæres.<sup>100</sup>

Hva gjelder fastsetting av medmorskap er reglene noe annerledes. I tillegg til at kvinnen må være gift<sup>101</sup> eller samboer<sup>102</sup> med kvinnen som føder barnet, følger det to ytterligere krav for etablering av medmorskap: assistert befruktning må skje ved godkjent helsepersonell og, den kvinnelige ektefellen eller samboeren må gi samtykke til den assisterte befruktningen.<sup>103</sup>

Som ledd i prosessen mot et likestilt foreldreskap er det foreslått en felles bestemmelse for foreldreskap ved assistert befruktning som favner både far og medmor ettersom prosessen er lik uavhengig av om det er en kvinne eller mann som skal fungere som barnets andre forelder.<sup>104</sup>

Det er ingen sammenheng mellom farskap eller medmorskap og biologi ved assistert befruktning. Det er viljen til å være far eller medmor som er avgjørende.<sup>105</sup> Den fødende kvinnens ektefelle eller samboer blir barnets juridiske forelder. Dette samsvarer med og ivaretar rettssystemets ønske om at det ikke skal oppstå konflikt mellom medmor og donor hva gjelder etablering av juridisk foreldreskap. Som det fremgår av barnelova § 9 femte ledd kan ikke sædgiveren «dømast til far». Selv om det er donoren som har den biologiske tilknytningen til barnet, hvilket er hele forutsetningen for ordningen, skal reglene sikre at vedkommende er

---

<sup>99</sup> Se punkt 4.9.

<sup>100</sup> Se punkt 4.5.

<sup>101</sup> Se barnelova § 3 annet ledd.

<sup>102</sup> Se barnelova § 4 fjerde ledd.

<sup>103</sup> Se barnelova § 3 annet ledd, § 4 fjerde ledd og bioteknologiloven § 2-5 annet ledd.

<sup>104</sup> Se NOU 2020:14 s. 127.

<sup>105</sup> NOU 2009:5 s. 32.

donor og ikke far til barnet.<sup>106</sup> Som nevnt over vil det biologiske prinsipp i et slik tilfelle ikke innebære at barnet skal ha omsorg og etablere et familieforhold til den biologiske faren. Prinsippet kommer i stedet inn gjennom barnets rett til kunnskap om sitt biologiske opphav.<sup>107</sup>

## 4.9 Barnets rett til kunnskap om biologisk opphav

Av barnelova § 6a fremgår det at

«barnet har frå det fyller 18 år rett til å skaffe seg kunnskap om kven som er den biologiske faren, jf. andre stykket, utan at dette endrar farskapen».

Bestemmelsen ble innført etter farskapsutvalgets forslag om å innføre frister for endringssak også for barnet.<sup>108</sup> Selv om det ikke ble innført frister for barn ble regelen likevel inntatt i loven. Poenget var å gi barn som ønsker det, kunnskap om biologisk opphav uten endring av det juridiske farskapet. Særlig praktisk ville dette være i tilfeller hvor den antatte faren motsatte seg DNA-test.<sup>109</sup>

Selv om bestemmelsen samsvarer godt med adopsjonsinstituttet og foreldreskap gjennom assistert befruktning i form av sæddonasjon da det i slike tilfeller ikke er aktuelt å endre det juridiske foreldreskapet, skal bestemmelsen ikke anvendes i disse tilfellene. Særskilte regler i adopsjonsloven og bioteknologiloven gjelder her.<sup>110</sup> Regelen i barnelova § 6a skal ivareta barna i øvrige tilfeller hvor det juridiske og biologiske foreldreskapet ikke stemmer overens, men hvor det ikke er ønskelig for barnet å gå til sak for å endre foreldreskapet. På den måten sikrer regelen stabilitet i barnets liv ved at det juridiske foreldreskapet består, samtidig som at barnet får kunnskap om sitt biologiske opphav. Det blir på den måten opp til barnet selv å avgjøre om det er ønskelig å gå til sak for å endre det juridiske foreldreskapet, eller om det er ønskelig å bringe klarhet i forholdet uten videre endringer.

Det er DNA-test som skal benyttes for å gi barnet kunnskap om biologisk opphav, jf. annet ledd. Bestemmelsen er avgrenset til kunnskap om farskapet. Bakgrunnen for at DNA-analyse ikke kan benyttes for å bringe klarhet i morskapet hvis det er usikkerhet om hvem som fødte

---

<sup>106</sup> Se NOU 2020:14 s. 131.

<sup>107</sup> Bioteknologiloven § 2-7 og punkt 2.3.3.

<sup>108</sup> NOU 2020:14 s. 137.

<sup>109</sup> Prop. 105 L (2012-2013) s. 52.

<sup>110</sup> Se adopsjonsloven § 39 og bioteknologiloven § 2-7.

barnet, er at resultatet ikke vil være like sikkert. I et slikt tilfelle må det derfor skje en domstolsbehandling med ordinær bevisvurdering.<sup>111</sup>

Sett hen til oppgavens tema er vi i denne sammenheng på utkikk etter det biologiske prinsippets betydning for regelen om barnets kunnskap om sitt opphav. Selv om betydningen av å ha kunnskap om sitt biologiske opphav er fremtredende i § 6a, har ikke regelen til hensikt å medføre at det er de biologiske foreldrene som skal utgjøre barnets familie og på den måten ha omsorgen for barnet. Sandbergs todeling av prinsippet kommer inn også her. Hovedpoenget med barnelova § 6a er at barnet skal få kunnskap om det biologiske foreldreskapet, uten at dette endrer det juridiske foreldreskapet. Det biologiske prinsipp har dermed bare betydning i form av kunnskap, slik også tilfellet er i adopsjonsloven § 39 og bioteknologiloven § 2-7. Konsekvensene ved bruk av § 6a er imidlertid at det kan anlegges sak for å bringe det biologiske foreldreskapet i samsvar med det juridiske i etterkant. Det biologiske prinsipp får da betydning også utover kunnskapen.

## **4.10 Biologisk tilknytning er retningsgivende så langt det passer**

På bakgrunn av det som er gjennomgått er det ikke tvilsomt at det biologiske prinsipp har betydning ved etablering av foreldreskap etter barnelova, på noe ulikt vis. For flere av reglene er biologisk tilknytning retningsgivende. Særlig reglene om adgang til å endre foreldreskap i tråd med det biologiske foreldreskapet illustrerer dette. Det er derfor nærliggende å trekke den slutning at lovgivers ønske i mange tilfeller er å bringe det juridiske foreldreskapet i tråd med det biologiske foreldreskapet.

I tilfeller hvor det ikke eksisterer biologisk tilknytning mellom barnet og den ene eller begge av foreldrene, vil imidlertid ikke det biologiske prinsipp være retningsgivende og fungere som begrunnelse for reglene om foreldreskap. I slike tilfeller er det i stedet viljen til å bli foreldre som begrunner reglene. Det biologiske prinsipp kommer da inn på annet vis, i form av kunnskap om biologisk opphav.<sup>112</sup> En kan dermed si at den biologiske tilknytning får betydning for etablering av foreldreskap så langt det passer.

---

<sup>111</sup> NOU 2020:14 s. 138.

<sup>112</sup> Se adopsjonsloven § 39 og bioteknologiloven § 2-7.

## 5 «Familieliv» etter EMK artikkel 8

### 5.1 Innledning

Som påpekt i punkt 3.2 er det flere artikler i barnekonvensjonen som gir uttrykk for at barn har det best hos sine foreldre, og at det er foreldrene som har hovedansvaret for å gi barnet omsorg.<sup>113</sup> Som fremstillingen så langt har vist, omfatter foreldrebegrepet i barnelova både biologiske og sosiale foreldre.

Foreldre utgjør alene, eller sammen med andre, et barns familie. Det er derfor naturlig å koble disse begrepene sammen. Flere av sakene som har havnet hos EMD vedrørende brudd på EMK artikkel 8 og retten til familieliv har omhandlet partenes status som foreldre, herunder om manglende anerkjennelse som foreldre har utgjort et brudd på EMK artikkel 8.<sup>114</sup> Det biologiske prinsippets betydning for etablering av foreldreskap etter barnelova fordrer derfor en redegjørelse av hva som menes med «familieliv» etter Grunnloven, EMK og barnekonvensjonen, med EMK artikkel 8 som utgangspunkt.<sup>115</sup>

På lik linje med at begrepet «foreldre» ikke er nærmere definert i barnekonvensjonen, er heller ikke begrepet «familieliv» i Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 eller barnekonvensjonen artikkel 16 nærmere definert. For å kartlegge innholdet i begrepet må vi se hen til EMDs praksis. Som vi skal se omfatter ikke EMK artikkel 8 bare forholdet mellom barnet og dets biologiske foreldre.

### 5.2 EMDs forståelse av «familieliv»

Av EMK artikkel 8 nr. 1 fremgår det at

«enhver har rett til respekt for sitt privatliv og **familieliv**, sitt hjem og sin korrespondanse» (Uthevet her).

Bestemmelsen samsvarer med Grunnloven § 102 og barnekonvensjonen artikkel 16. Retten til privat- og familieliv vernes. Staten har både en plikt til å verne enkeltindividet mot vilkårlig

---

<sup>113</sup> Se blant annet artikkel 3, 5, 7, 8, 9 og 18 i barnekonvensjonen.

<sup>114</sup> Se blant annet Kroon m.fl. mot Nederland (1994), X, Y og Z mot Storbritannia (1997) og Paradiso og Companelli mot Italia (2017).

<sup>115</sup> Jf. også menneskerettsloven § 3, jf. § 2.

innblanding fra myndighetenes side, samt en plikt til å sikre familielivet. Dette omtales som statens negative og positive forpliktelse.<sup>116</sup> Som nevnt i punkt 3.1 verner EMK artikkel 8 både voksne og barns rett til beskyttelse, men det ble ansett å være et behov for å verne barna særskilt gjennom barnekonvensjon. Selv om barnekonvensjonen artikkel 16 i økende grad blir påberopt og anvendt av EMD er det EMK artikkel 8 som er hyppigst brukt.<sup>117</sup>

Ordlyden «familie»<sup>118</sup> eller «familieliv»<sup>119</sup> favner i seg selv videre enn begrepet «foreldre» ettersom det omfatter mer enn personene overordnet barna. En tradisjonell forståelse av familiebegrepet tilsier at det er gifte og ulikekjønnede foreldre med deres biologiske barn som utgjør en familie. EMD anvender imidlertid en videre forståelse av begrepet.<sup>120</sup>

I teorien har det blitt identifisert tre elementer som EMD anvender for å avgjøre om et tilfelle omfattes av familiebegrepet.<sup>121</sup> Dette er et biologisk element, et rettslig eller juridisk element og et faktisk eller sosialt element, hvor det anses å være et utgangspunkt at de biologiske og sosiale båndene går foran de rettslige.<sup>122</sup> EMDs uttalelse i Kroon m.fl. mot Nederland fra 1994<sup>123</sup> illustrerer dette:

“In the Court’s opinion, “respect” for “family life” requires that biological and social reality prevail over a legal presumption which, as in the present case, flies in the face of both established fact and the wishes of those concerned without actually benefiting anyone.”<sup>124</sup>

Spørsmålet i saken var den rettslige plasseringen av farskapet til en gutts biologiske far. Mannen som guttens biologiske mor var gift med var oppført som far, og moren hadde ikke anledning til å avgi erklæring om å endre dette, etter nederlandsk lov. EMD kom til at Nederland hadde krenket den biologiske farens rett til familieliv ved at det ikke forelå en mulighet for å endre det juridiske farskapet i tråd med det biologiske.<sup>125</sup> Dette illustrerer at de biologiske og sosiale båndene går foran de rettslige. I tillegg illustrerer saken at biologisk tilknytning veier tungt ved

---

<sup>116</sup> Prop. 133 L (2020-2021) s. 37.

<sup>117</sup> Stang (2020) s. 185.

<sup>118</sup> Barnekonvensjonen artikkel 16.

<sup>119</sup> EMK artikkel 8 nr. 1.

<sup>120</sup> Stang (2020) s. 185.

<sup>121</sup> Bendiksen (2008) s. 113-114 med videre henvisninger.

<sup>122</sup> Ibid s. 114 med videre henvisninger.

<sup>123</sup> Saken er gammel, men er blitt henvist til i senere avgjørelser, senest Paradiso og Campanelli (2017).

<sup>124</sup> Kroon m.fl. mot Nederland (1994) avsnitt 40.

<sup>125</sup> Ibid.

EMDs vurderinger. Sett hen til reglene for etableringen av foreldreskap etter barnelova, ivaretar reglene i §§ 6 og 7 mulighet til endring av foreldreskapet slik nederlandsk rett ikke gjorde.

### 5.3 «Close personal ties»

De biologiske og sosiale båndene er imidlertid bare et utgangspunkt for vurderingen. Hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret. I mange tilfeller er det tilstrekkelig med biologiske bånd mellom barn og foreldre, og i noen tilfeller er det tilstrekkelig med sterke sosiale bånd for å kunne snakke om et «familieliv». Sistnevnte var tilfellet i K. og T. mot Finland.<sup>126</sup> Saken gjaldt midlertidig omsorgsovertakelse av et barn som hadde biologisk tilknytning til moren K, men ikke til faren T. Det var spørsmål om omsorgsovertakelsen krenket Ts rett til «familieliv» etter EMK artikkel 8. EMD uttalte at

“The Court would point out [...] that the existence or non-existence of “family life” is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of **close personal ties**. [T]he Court cannot but find that at the time when the authorities intervened there existed between the applicants an actual family life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention [...]”<sup>127</sup> (Uthevet her).

Kravet til “close personal ties» har blitt anvendt av EMD i flere saker i ettertid.<sup>128</sup> I LB-2020-134645 har dette blitt oversatt til norsk som «tilstrekkelig tette personlige bånd». På denne måten viser EMD at også sterk og personlig tilknytning mellom barn og foreldre, eller andre omsorgspersoner, i noen tilfeller fortjener (familie)rettslig vern.

En av få saker som har vært til behandling hos EMD om familieliv og assistert befruktning er X, Y og Z mot Storbritannia.<sup>129</sup> En jente hadde hele sitt liv bodd sammen med sin biologiske mor og hennes samboer. Samboeren hadde skiftet kjønn fra kvinne til mann, ved en kjønnsoperasjon.<sup>130</sup> Barnet var unnfanget ved hjelp av sæddonasjon. Spørsmålet i saken var om alle tre partenes rett til familieliv var krenket da samboeren ikke fikk farskapet godkjent.

---

<sup>126</sup> K. og T. mot Finland (2001).

<sup>127</sup> Ibid avsnitt 150.

<sup>128</sup> Se senest V.D. m.fl. mot Russland (2019).

<sup>129</sup> X, Y og Z mot Storbritannia (1997).

<sup>130</sup> Bendiksen (2008) s. 121.

EMD foretok en konkret vurdering av om det forelå tilstrekkelig nære og personlige bånd («close personal ties») mellom barnet og den biologiske morens samboer. I tillegg til at den biologiske moren og samboeren i fellesskap hadde planlagt og søkt om assistert befruktning, hadde samboeren bodd med barnet i hele barnets liv og på den måten fungert som hennes far.<sup>131</sup> Det ble derfor konkludert at det forelå et «de facto»-familieliv.

Storbritannia hadde likevel ikke krenket søkernes rett til «familieliv», ifølge EMD. Ettersom saken gjaldt et moralsk og etisk spørsmål hvor det den rettslige reguleringen i Europa varierte, hadde staten handlet innenfor den vide skjønnsmarginen.<sup>132</sup>

I en annen sak kalt Nazarenko mot Russland var det spørsmål om samværsrett til et barn.<sup>133</sup> Nazarenko hadde tidligere vært registrert som barnets far, men en DNA-test konkluderte med at han ikke var det. Han reiste derfor sak for retten med krav om samvær med barnet, noe staten nektet. For å vurdere om manglende samværsrett var en krenkelse av Nazarenkos rett til familieliv måtte EMD først vurderte om det forelå et «familieliv» i konvensjonens forstand.<sup>134</sup> EMD konkluderte at det forelå en tilstrekkelig nær og personlig tilknytning mellom Nazarenko og barnet.<sup>135</sup> Ved vurderingen ble det lagt stor vekt på at botiden, hvor lang periode barnet og Nazarenko hadde tilbrakt sammen, var i overkant av fem år.<sup>136</sup>

I Paradiso og Companelli mot Italia<sup>137</sup> var det spørsmål om relasjonen mellom et ektepar og et surrogatbarn uten biologisk tilknytning til ekteparet var omfattet av familiebegrepet i EMK artikkel 8. Ekteparet hadde inngått avtale med en surrogatmor i Russland om å bære frem et barn. Begge donorene var ukjente.<sup>138</sup> Ekteparet tok med barnet til hjemlandet, Italia, hvor surrogati ikke er tillatt. Ekteparet ble derfor nektet anerkjennelse av foreldreskapet, og senere ble de fratatt barnet.

Som i de ovennevnte sakene foretok EMD i storkammer en vurdering om det forelå «close personal ties» mellom ekteparet og barnet. Det ble vist til rettens vurdering i Nazarenko-saken hva gjelder botiden. Barnet var bare 9 måneder gammelt. EMD kom derfor til at det ikke var

---

<sup>131</sup> X, Y og Z mot Storbritannia (1997) avsnitt 37.

<sup>132</sup> Se punkt 3.4.

<sup>133</sup> Nazarenko mot Russland (2015).

<sup>134</sup> Ibid avsnitt 56.

<sup>135</sup> Ibid avsnitt 58.

<sup>136</sup> Ibid avsnitt 56.

<sup>137</sup> Paradiso og Companelli mot Italia (2017).

<sup>138</sup> Ibid avsnitt 131.



etablert tilstrekkelig tette personlige bånd mellom ekteparet og barnet. Det forelå ikke et «familieliv» i konvensjonens forstand.

Det må påpekes at Paradiso-saken er spesiell. Saken gjaldt surrogati, hvor det ikke var noen form for biologisk tilknytning mellom ekteparet og barnet. Surrogati var (og er) ikke tillatt i Italia. Denne surrogatproblematikken spilte inn på domstolens konklusjon. Dommen må derfor brukes med forsiktighet. EMDs vurderinger tilknyttet familiebegrepet er likevel relevante.

## **5.4 Et utvidet familiebegrep?**

Det er ingen tvil om at familiebegrepet favner videre enn til å omfatte barnets biologiske foreldre og søsken. Det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak hvorvidt et forhold er å anse som et «familieliv». Ved den konkrete vurderingen er det av betydning hvilke biologiske og sosiale bånd som eksisterer, og hvor sterke båndene er.

Selv om det er klart at de biologiske båndene er sterkt vernet i EMD-sammenheng, har EMD i flere saker konkludert at de sosiale og faktiske båndene kan være så tette og betydningsfulle at de yter vern mot inngrep fra det offentlige. Dersom det foreligger tilstrekkelig tette og personlige bånd mellom partene, uavhengig av den biologiske tilknytningen, kan det være snakk om et «familieliv» i konvensjonens forstand.

I mange tilfeller er det likevel opp til den enkelte stat selv å vurdere om det foreligger en krenkelse av EMK artikkel 8. Selv om utviklingen går i retning av én felles europeisk forståelse, reiser disse sakene fortsatt etiske og moralske spørsmål som medfører at skjønnsmarginen er vid, med den konsekvens at det vil forekomme større nasjonale forskjeller i vurderingen enn på andre områder. Som nevnt avslutningsvis i punkt 3.4 vil det derfor være opp til den enkelte stat å vurdere hvor stor vekt biologisk og sosial tilknytning skal ha for den rettslige etableringen av familielivet.

# 6 Samværsrett for andre enn juridiske foreldre

## 6.1 Innledning

Borgarting lagmannsrett avsa i 2020 en kjennelse hvor det var spørsmål om en sosial fars samværsrett til et barn etter endringer ved det juridiske foreldreskapet.<sup>139</sup> Lagmannsretten foretok en vurdering av om barnelova §§ 43 og 45 åpner for samvær mellom et barn og dets sosiale far, i lys av EMK artikkel 8 og som følge av den tilknytning og relasjonen som forelå mellom barnet og den sosiale faren.

Før det blir redegjort for lagmannsrettens kjennelse skal reglene om samværsrett etter barnelova kort gjennomgås. Til slutt skal vi se hen til barnelovutvalgets forslag til lovendringer på dette feltet.

## 6.2 Samværsrett etter barnelova

I barnelova § 42 første ledd og § 43 første ledd er henholdsvis barnets og foreldrenes rett til samvær hjemlet.

Ordlyden «foreldre» i begge bestemmelsene tilsier at det er samvær mellom barnet og dets juridiske foreldre i henhold til lovens kapittel 2 som reguleres.

Bestemmelsene bygger på utgangspunktet om at det er til barnets beste å ha samvær med sine foreldre, uavhengig av om de bor sammen eller ikke. Bakgrunnen for reglene er ifølge forarbeidene en «økende erkjennelse av at barn har behov for nær kontakt med begge sine foreldre etter samlivsbrudd».<sup>140</sup> Dette illustreres også gjennom forarbeidenes henvisning til Høyesteretts praksis hvor det er lagt til grunn at det skal «ganske tungtveiende grunner til» for å nekte samvær.<sup>141</sup> Samværsretten gjelder likevel ikke absolutt. Paragraf 43 første ledd annet punktum gir barnet beskyttelse mot dårlige samværsordninger, da det er barnets beste som skal være avgjørende.

---

<sup>139</sup> LB-2020-134645.

<sup>140</sup> Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s. 56.

<sup>141</sup> Prop. 85 L (2012-2013) s. 42.

Som påpekt i punkt 2.2 og 2.3 antas det å være til barnets beste at deres biologiske foreldre har omsorgen for dem. Når det likevel er de juridiske foreldrene som er gitt samværsrett gjennom barnelova, har det sammenheng med det som er redegjort for i punkt 4, nemlig at det juridiske foreldreskapet i første rekke er tilknyttet det biologiske foreldreskapet.

I forarbeidene er det imidlertid fremhevet at «antakelser basert på et biologisk prinsipp» ikke skal legges til grunn ved anvendelsen av reglene om samvær etter barnelova.<sup>142</sup> Dette har sammenheng med at det i samværsaker kan foreligge alvorlige problemer. Det kan være konflikter mellom foreldre, eller uro hos barnet fordi dets trygge og stabile rammer har opphørt. Departementet har derfor lagt til grunn at det er barnets konkrete behov som skal være avgjørende, ikke teoretiske antakelser basert på et biologisk prinsipp. Dette kan tas til inntekt for at det biologiske prinsippets betydning i samværsaker er noe nedtonet.

Hva gjelder innholdet i samværsretten fremgår det av barnelova § 42 annet ledd at barnet har krav på «omsut og omtanke» fra den som er sammen med barnet. Ordlyden tilsier at det eksisterer en omsorgsplikt for den samværsberettigede. For den som har foreldreansvaret gjelder denne omsorgsplikten i tillegg til det som følger av lovens § 30.<sup>143</sup>

I noen tilfeller er det ikke mulig for et barn å ha samvær med sine foreldre. Barnets rett til samvær med andre enn de juridiske foreldrene er hjemlet i barnelova § 45. Her fremgår det av første ledd at

«når den eine av foreldra eller begge er døde, kan slektningane til barnet eller andre som er nær knytte til barnet, krevje at retten fastset om dei skal ha rett til å vere saman med barnet, og kva for omfang samværsretten skal ha».

Det åpnes for samværsrett for andre enn barnets juridiske foreldre når en av foreldrene er døde. Så lenge begge foreldrene er i live, åpnes det ikke for slik samværsrett. Bakgrunnen for en restriktiv samværsordning er blant annet begrunnet i hensynet til barnets beste.<sup>144</sup> I tillegg har det blitt uttalt at samværsrett for andre enn juridiske foreldre vil kunne være et inngrep i deres samværsrett.<sup>145</sup>

---

<sup>142</sup> Ibid.

<sup>143</sup> Se punkt 7.2.

<sup>144</sup> Rt. 2012 s. 323 avsnitt 42.

<sup>145</sup> Ibid.

I tilfeller av dødsfall kan slektninger eller «andre som er nært knytte til barnet» kreve at retten tar stilling til spørsmålet om samværsrett. Ordlyden «andre som er nært knytte til barnet» illustrerer at tilknytning kan få betydning fremfor biologi.

### **6.3 LB-2020-134645**

En mann hadde tidligere vært barnets juridiske far. Da det ble fastslått at han ikke var barnets biologiske far var han ikke lenger forelder til barnet i barnelovas forstand. I tingretten ble det truffet en midlertidig avgjørelse etter barnelova § 60 hvor den tidligere juridiske faren ble innvilget samvær med barnet.<sup>146</sup> Avgjørelsen ble anket, og spørsmålet for lagmannsretten var det samme som for tingretten – om den tidligere registrerte faren kunne tilkjennes samvær med barnet i samsvar med barnelova §§ 43 og 45.

Lagmannsretten foretok en grundig vurdering. Med utgangspunkt i ordlyden «den av foreldra» i barnelova § 43 uttalte retten at bestemmelsen «ikke gir en sosial forelder, som tidligere har vært anerkjent som juridisk forelder, noen rett til samvær». Dette ble underbygget med henvisning til rettspraksis.<sup>147</sup> At § 45 bare åpner opp for samværsrett for andre enn de juridiske foreldrene i tilfelle der en av dem er døde, mente lagmannsretten tilsa at samvær i utgangspunktet er forbeholdt de juridiske foreldrene.

Videre så retten hen til hensynet til barnets beste, partenes rett til familieliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 om barnets og partenes rett til familieliv. Ettersom det som følger av EMK går foran det som følger av barnelova, uttalte lagmannsretten at samvær måtte innvilges dersom EMK artikkel 8 åpnet for det. Det ble uttalt at «familieliv» skal tolkes vidt slik at det også omfatter «de facto» familierelasjoner. Kriteriet er imidlertid at det eksisterer «tilstrekkelig tette personlige bånd» slik at det kan karakteriseres som et «familieliv», slik lagmannsretten uttalte.<sup>148</sup>

I den tidligere omtalte Nazarenko-saken,<sup>149</sup> som lagmannsretten i stor grad baserte seg på, slo EMD fast at båndet mellom en mann som hadde fungert som barnets far og barnet selv var vernet av retten til familieliv. «Det var dokumentert at det var tette personlige bånd mellom

---

<sup>146</sup> TKOEI-2020-76350.

<sup>147</sup> Rt. 2012 s. 323 avsnitt 41-43.

<sup>148</sup> Se dommens henvisninger til blant annet K og T mot Finland (2002) avsnitt 150, og punkt 5.3 ovenfor.

<sup>149</sup> Se punkt 5.3.

barnet og mannen», slik forholdet mellom far og barnet i saken for lagmannsretten også var. I Nazarenko-saken ble Russland kritisert for manglende fleksibilitet vedrørende hvem som hadde rett til å opprettholde kontakt med barn. Russland oppstilte en uttømmende liste over disse personene, noe som ble ansett å krenke retten til familieliv etter EMK artikkel 8.<sup>150</sup>

I saken for Borgarting lagmannsrett konkluderte retten med at barnelova §§ 43 og 45 «på lignende vis» som Russlands lovgivning, ikke «tar høyde for at det kan være etablert et familieliv» mellom et barn og andre enn barnets juridiske foreldre. Det ble konkludert at bestemmelsene i barnelova ikke var i samsvar med Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Samvær ble innvilget i saken. Kjennelsen ble anket til Høyesterett, men forkastet.

Det er verdt å påpeke at saken gjaldt anke over en midlertidig avgjørelse, jf. barnelova § 60. Resultatet i saken gjelder derfor midlertidig, noe som kan tenkes å ha innvirkning på rettens vurderinger, og igjen ha betydning for rettskildeverdien. I tillegg må det påpekes at dette er en avgjørelse fra lagmannsretten, og rettskildeverdien er derfor i utgangspunktet begrenset.<sup>151</sup> Avgjørelsen har likevel ikke ubetydelig vekt da anken til Høyesterett ble forkastet. Den gir veiledning i tilsvarende saker, og sier noe om hvordan domstolen konkret tar stilling til slike saker.

En lignende sak ble avgjort i lagmannsretten ett år senere.<sup>152</sup> Saken ble anket til Høyesterett hvor det nylig ble avsagt dom.<sup>153</sup> Til forskjell fra saken fra 2020 var det ikke primært spørsmål om samværsrett for tidligere juridisk far, men foreldreansvar, fast bosted og subsidiært samværsrett. Denne saken behandles i punkt 7.3.

## **6.4 Lovforslag om samværsrett for andre enn juridiske foreldre**

Ved flere tilfeller har det blitt fremmet forslag om endringer i barnelova vedrørende samværsrett for andre enn juridiske foreldre. Under en høringsrunde i 1989 uttalte Barneombudet at stebarn som over tid har blitt knyttet til en sosial forelder vil kunne ha behov for samvær med vedkommende.<sup>154</sup> Det ble uttalt at en slik adgang vil kunne opprettholde

---

<sup>150</sup> Nazarenko mot Russland (2015) avsnitt 65.

<sup>151</sup> Se punkt 1.3.

<sup>152</sup> LB-2021-53640.

<sup>153</sup> HR-2022-847-A.

<sup>154</sup> Ot.prp.nr.44 (1987-1988) s. 22.

stabilitet og kontinuitet for barnet, noe som til stadighet er fremmet som et viktig hensyn hva gjelder endringer i barnelova.<sup>155</sup> Forslaget ble ikke tatt til følge.<sup>156</sup>

Som påpekt i punkt 4.7.2 ble det i NOU 2009:5 foreslått innføring av frister i saker om endring av foreldreskap. Utvalget hadde også behov for å redegjøre for *virkingen* av slik endring, uavhengig av fristene for saksanlegg. Som de uttalte vil en umiddelbar endring av det juridiske foreldreskapet «være en opprivende opplevelse for barnet».<sup>157</sup> «En mulighet for å fastsette samvær mellom barnet og den tidligere faren, [vil] kunne gjøre overgangen lettere for barnet», uttalte farskapsutvalget.<sup>158</sup> Heller ikke dette ble tatt til følge.<sup>159</sup>

I lovforslag om ny barnelov drøftes dette på ny.<sup>160</sup> Helt konkret drøftes det om det skal åpnes for samværsrett for andre enn juridiske foreldrene, også utenfor tilfellene hvor begge eller en av foreldrene er døde. Nettopp dette tok jo lagmannsretten stilling til i LB-2020-134645.

Utvalget gjennomgår de menneskerettslige rammene og fastslår at begrepet «familieliv» i EMK artikkel 8 kan omfatte en lang rekke relasjoner.<sup>161</sup> Som fremstillingen har vist er ikke biologiske bånd et vilkår for «familieliv». I lys av Nazarenko-dommen, som utvalget også viser til, er det nokså klart at det må foretas en konkret vurdering i den enkelte sak om tilknytningen er så nær at det kan karakteriseres som et «familieliv», og at samvær dermed kan innvilges.<sup>162</sup>

Hva gjelder kretsen av personer som bør omfattes i en bestemmelse om samværsrett for andre, har utvalget delt seg.<sup>163</sup> Flertallet ønsker å videreføre barnelova § 45 første og annet ledd, men vil tilføye i et nytt annet ledd at «søsken eller personer med en nær omsorgsrelasjon til barnet kan kreve at retten» fastsetter samværsrett.<sup>164</sup> De mener dermed at de utvider personkretsen sammenlignet med dagens rettsstilstand, og legger vekt på de nære og personlige båndene.<sup>165</sup> På den måten mener flertallet det blir mer fleksibilitet omkring kretsen av samværsberettigede,

---

<sup>155</sup> Ibid.

<sup>156</sup> Ibid.

<sup>157</sup> NOU 2009:5 s. 118.

<sup>158</sup> Ibid.

<sup>159</sup> Prop. 105 L (2012-2013) s. 8.

<sup>160</sup> NOU 2020:14 s. 231 flg.

<sup>161</sup> Ibid s. 235.

<sup>162</sup> Ibid s. 235-236.

<sup>163</sup> Ibid s. 236 flg.

<sup>164</sup> Ibid s. 237.

<sup>165</sup> Ibid.

uavhengig at biologisk tilknytning, og at regelen dermed vil være i samsvar med retten til respekt for familielivet til både barnet og omsorgspersonen, slik EMDs praksis viser.<sup>166</sup>

Mindretallet, bestående av ett utvalgsmedlem, mener at flertallets forslag ikke vil være i tråd med EMDs standpunkt.<sup>167</sup> De mener at forslaget ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til at tilknytningen mellom barnet og samværspersonen kan være annen enn biologisk. Formuleringen «nær omsorgsrelasjon» mener mindretallet gir inntrykk av at barnet og den nært tilknyttede personen må ha bodd sammen.<sup>168</sup> De mener derfor at regelen ikke gir tilstrekkelig fleksibilitet.<sup>169</sup> Formuleringen «personar som er nært knytte til barnet» ble foreslått som alternativ.

Både flertallets og mindretallets forslag tilsier at lovgivningen vil åpne for en større personkrets i relasjon til samværsretten enn det som foreligger i dag. Dette er i samsvar med utviklingen i EMDs praksis og synet på hva som er å anse som et «familieliv».<sup>170</sup> Selv om flertallets lovforslag medfører at kretsen av samværsberettigede utvides sammenlignet med gjeldende rett, tilsier ikke formuleringen «nær omsorgsrelasjon» at kretsen er udefinert. Det er heller ikke snakk om en uttømmende liste, slik Russland fikk kritikk for i Nazarenko-saken.<sup>171</sup> Ordlyden «nær omsorgsrelasjon» gir veiledning i retning av at det må foreligge en tilstrekkelig nær tilknytning mellom barnet og personen, og at det må være snakk om et omsorgsforhold. Utover dette må det foretas en konkret vurdering med hensyn til hva som er barnets beste.<sup>172</sup>

Utviklingen både nasjonalt og internasjonalt kan på bakgrunn av dette og det som er gjennomgått over sies å utvide perspektivet fra kun å omhandle biologisk tilknytning mellom barnet og samværspersonen, til også å omfatte emosjonell og relasjonell tilknytning generelt. I den nevnte kjennelsen fra lagmannsretten fremgår det avslutningsvis at

«det avgjørende for lagmannsretten er uansett at **den nære relasjonen** mellom D og B [far og barnet] og hensynet til stabilitet og kontinuitet i barnets liv» (Uthevet her).

---

<sup>166</sup> Ibid.

<sup>167</sup> Ibid s. 238, med henvisninger til blant annet Nazarenko mot Russland (2015) avsnitt 66.

<sup>168</sup> NOU 2020:14 punkt s. 238.

<sup>169</sup> Ibid.

<sup>170</sup> Se punkt 5.

<sup>171</sup> Nazarenko mot Russland (2015) avsnitt 65.

<sup>172</sup> Rt. 2011 s. 1572 avsnitt 36.

# 7 Foreldreansvar for andre enn juridiske foreldre

## 7.1 Innledning

I etterkant av den tidligere siterte lagmannsrettsavgjørelsen, LB-2020-134645, måtte domstolen på ny ta stilling til en tidligere juridisk fars rettigheter.<sup>173</sup> Mens saken fra 2020 gjaldt spørsmålet om samvær, gjaldt saken fra 2021 først og fremst spørsmål om foreldreansvar, men også spørsmålet om hvor barnet skulle bo fast, og samværsrett.

Som nevnt flere ganger har lovgiver valgt å knytte rettsvirkninger til en forelders spesielle tilknytning til barnet. Det kan være den kvinnen som føder barnet, den som er gift med barnets mor ved fødsel, etc.<sup>174</sup> I tillegg til samværsrett er også foreldreansvaret tilknyttet dette juridiske foreldreskapet ettersom foreldreskapet i utgangspunktet er bestemmende for hvem som har foreldreansvaret. Før den nevnte saken skal gjennomgås, skal reglene om innholdet i foreldreansvaret etter barnelova nevnes.

## 7.2 Foreldreansvar etter barnelova

Av barnelova §§ 34 og 35 fremgår det at både foreldre som er gift, og foreldre som ikke er gift, i utgangspunktet har foreldreansvaret sammen. Ordlyden «foreldre» tilsier at det er de juridiske foreldre i medhold barnelovas kapittel 2 som har foreldreansvaret.

Hva foreldreansvaret innebærer fremgår av barnelova § 30. Det følger av bestemmelsens første ledd at

«barnet har krav på omsut og omtanke frå dei som har foreldreansvaret. Dei har rett og plikt til å ta avgjerder for barnet i personlege tilhøve innanfor dei grensene som §§ 31 til 33 set. Har foreldra sams foreldreansvar, skal dei ta avgjerdene saman. Foreldreansvaret skal utøvast ut frå barnet sine interesser og behov.»

---

<sup>173</sup> Se HR-2022-847-A.

<sup>174</sup> Se punkt 4.



Bestemmelsen gir uttrykk for at foreldreansvaret innebærer en omsorgsplikt, samt en bestemmelsesrett og en bestemmelsesplikt overfor barnet. Foreldreansvaret medfører også en forsørgelsesplikt, en plikt til å sørge for utdanning etter evne, og en plikt til å avstå fra vold. Samlet sett er det snakk om en rett og plikt til å dekke barnets nødvendige fysiske og psykiske behov.<sup>175</sup> Sammenlignet med samværsretten er det knyttet flere rettigheter og plikter til foreldreansvaret.

### **7.3 HR-2022-847-A**

En mann (A) var tidligere registrert som juridisk far til et barn gjennom barnelova § 3 og pater est-regelen. Partene hadde møttes på Guatemala i 2012, og de giftet seg i 2013. Barnet ble født i 2014. Faren hadde i flere år omsorgen for barnet, delvis alene. Samlivet mellom A og moren B tok på et tidspunkt slutt. B gikk da til sak om endring av farskapet etter barnelova § 6.

Underveis mens farskapssaken pågikk gikk B til sak mot A med krav om foreldreansvar alene, at barnet skulle ha fast bosted hos henne og at A skulle ha samvær fastsatt etter rettens skjønn. Saken ble lagt i bero i påvente av resultat i farskapssaken. På dette tidspunktet ble partene enige om en midlertidig avtale, som skulle gjelde til saken ble endelig avgjort. Denne avtalen innebar at barnet skulle ha delt bosted hos begge foreldrene, og at barnet skulle være folkeregistrert hos A.<sup>176</sup>

Da farskapssaken var avgjort og det ved DNA-test ble fastslått at A ikke var biologisk far til barnet, fortsatte behandlingen av saken om foreldreansvar, fast bosted og samvær. Som vi vet, er barnelovas regler om foreldreansvar sterk tilknyttet biologisk foreldreskap hva gjelder reglene om endring av farskapet. På bakgrunn av dette kom tingretten til at A ikke skulle ha foreldreansvaret for barnet, og heller ikke ha barnet boende hos seg.<sup>177</sup> A fikk derimot samvær med barnet, under henvisning til den tidligere omtalte saken fra lagmannsretten.<sup>178</sup>

Etter tingrettens behandling flyttet B og barnet til B sitt hjemland, Guatemala. A anket dommen. For lagmannsretten var spørsmålet om A kunne tilkjennes foreldreansvar på annet grunnlag, ettersom han ikke lenger hadde foreldreansvaret for barnet etter barnelova § 34. Spørsmålet var

---

<sup>175</sup> Bendiksen og Haugli (2021) s. 91.

<sup>176</sup> HR-2020-847-A avsnitt 8.

<sup>177</sup> TOSLO-2018-183543.

<sup>178</sup> LB-2020-134645, se punkt 6.3.

dermed om hensynet til barnets beste, Grunnloven §104 annet ledd og EMK artikkel 8 kunne føre til et annet resultat.

Selv om A og barnet hadde et tett og personlig bånd som er vernet etter EMK artikkel 8, kom lagmannsretten til at det ikke var i strid med EMK artikkel 8 ikke å tilkjenne A del i foreldreansvaret, og heller ikke nektelse av fast bosted for barnet hos A. Det ble imidlertid fastslått samvær to ganger i året med to ukers varighet per gang, og med samvær minst fire timer om dagen. I tillegg ble A gitt rett til digital kommunikasjon med barnet minst én gang i uken med 30 minutters varighet. Dette var begrunnet i reiseavstanden mellom Norge og Guatemala.

A anket dommen til Høyesterett hvor det nylig ble avsagt dom.<sup>179</sup> Høyesterett kom til samme resultat som lagmannsretten, men med noe ulik begrunnelse.

Høyesterett la til grunn at A ikke lenger var far, og dermed ikke forelder til barnet i barnelovas forstand.<sup>180</sup> Som følge av dette hadde han ikke foreldreansvaret for barnet, jf. barnelova § 34. Ettersom ingen av foreldrene var døde, kom ikke lovens § 45 og §§ 64-64 d til anvendelse. Høyesterett uttalte klart i avsnitt 57 at hverken foreldreansvar, fast bosted eller samvær derfor kunne tilkjennes A i medhold av barnelova.

Spørsmålet var således om slike rettigheter kunne hjemles i EMK artikkel 8. Høyesterett var ikke i tvil om at forholdet mellom A og barnet utgjorde et «familieliv» i konvensjonens forstand.<sup>181</sup> Med henvisninger til blant annet den tidligere omtalte Nazarenko-saken,<sup>182</sup> var det klart at A og barnet hadde tette personlige bånd («close personal ties») til hverandre. Både A og barnet var i flere år i god tro om at A var barnets biologiske far. A hadde oppfostret henne til hun var omkring 7 år, da hun flyttet til Guatemala.<sup>183</sup>

Den konkrete vurderingen var om det ville være i strid med EMK artikkel 8 ikke å tilkjenne en tidligere far rettigheter til barnet.<sup>184</sup> Med henvisninger til Nazarenko-saken uttalte Høyesterett

---

<sup>179</sup> HR-2022-847-A.

<sup>180</sup> Ibid avsnitt 51-53.

<sup>181</sup> Ibid avsnitt 63.

<sup>182</sup> Se punkt 5.3.

<sup>183</sup> Ibid avsnitt 64.

<sup>184</sup> Ibid avsintt 75.

at det må foretas en balansert avveining («fair balance») av de motstridende interesser, hvor barnets beste har stor vekt.<sup>185</sup>

Hva gjelder spørsmålet om fast bosted uttalte Høyesterett at hensynet til best mulig samlet foreldrekontakt står svakere i en situasjon hvor A ikke er far i barnelovas forstand.<sup>186</sup> Det ble uttalt at

«med mindre barnets interesser klart taler for det, skal det mye til for å pålegge flytting av barnet til en som ikke er forelder i lovens forstand, selv om personen tidligere har vært far».

På bakgrunn av dette kan det sies at det var av betydning i saken at B og barnet bodde i Guatemala. En flytting ville derfor ha vært mer belastende for barnet enn om A og B hadde bodd i nærheten av hverandre.

Hva gjelder foreldreansvaret uttalte Høyesterett at de samme hensyn gjør seg gjeldende slik at det skal mye til for å kunne tilkjenne A foreldreansvaret.<sup>187</sup> Dette samsvarer med lagmannsrettens uttalelse om at det er stor forskjell på å tilkjenne samvær mellom barnet og en tidligere juridisk forelder, og å gi vedkommende del i foreldreansvaret og de omfattende rettigheter og plikter som medfølger.<sup>188</sup>

For spørsmålet om samvær kom Høyesterett til at det ville være i barnets «interesse å opprettholde god kontakt med A». De tok stilling til As subsidiære krav om samværsrett og sluttet seg til lagmannsrettens fastsettelse.<sup>189</sup>

Det ble altså ikke ansett å være i strid med EMK artikkel 8 ikke å tilkjenne A del i foreldreansvaret, ei heller fast bosted hos ham. As rett til familieliv med barnet ble ivaretatt gjennom samvær. Dette ble også ansett å være i samsvar med barnets beste.

Dommen er et godt eksempel på at EMK til en viss grad overstyrer tradisjonell tankegang og hensyntar mangfoldet av familiesituasjoner ved å tilkjenne sosial far samværsrett med barnet. Dommen er også et konkret eksempel på biologiens betydning for foreldreskapet og familielivet

---

<sup>185</sup> Ibid avsnitt 72.

<sup>186</sup> Ibid avsnitt 88.

<sup>187</sup> Ibid avsnitt 91.

<sup>188</sup> Se punkt 6.2 og 7.2.

<sup>189</sup> HR-2022-847-A avsnitt 99.

som sådan. Når lovgiver først og fremst har valgt å knytte rettsvirkninger til det biologiske foreldreskapet, setter dette begrensninger for sosiale foreldre.

Biologien, eller fraværet av den, har stor betydning for hvilke rettigheter og plikter en forelder har overfor barnet. Som vi vet innebærer foreldreansvaret et større omfang av rettigheter og plikter overfor barnet enn samværsretten gjør.<sup>190</sup> Det skal derfor mer til for å tilkjenne en sosial far foreldreansvaret, enn samværsrett. Når staten likevel har en positiv plikt til å sikre respekt for familielivet, kan det tenkes at dette enklest mulig kan gjøres gjennom samvær. I lys av forarbeidsuttalelsene om at antagelser basert på det biologiske prinsipp ikke skal legges til grunn ved anvendelsen av samværsreglene, kan det sies at det biologiske prinsipp på dette området er noe nedtonet.<sup>191</sup> Lovforslaget om utvidelse av samværsretten til andre enn juridiske foreldre underbygger dette.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> Se punkt 6.2. og 7.2.

<sup>191</sup> Se punkt 6.2 med henvisninger til Prop. 85 L (2012-2013) s. 42.

<sup>192</sup> Se punkt 6.4.

## 8 Avslutning

Gjennomgangen har vist at lovgiver har valgt å knytte rettsvirkninger til en voksen persons spesielle tilknytning til et barn. Dette kan være den fødende kvinnens tilknytning, den som er gift med henne ved fødselen, eller den som erklærer foreldreskapet. I mange tilfeller vil denne tilknytningen være begrunnet i biologi. Den fødende mor vil i de fleste tilfeller også være barnets biologiske mor. Som barnelovutvalget har uttalt vil det også i forholdet mellom barnet og mannen som er gift med mor ved fødsel, være høy treffsikkerhet for at det juridiske og det biologiske foreldreskapet stemmer overens.

Også reglene om adgangen til å endre foreldreskapet viser at biologisk tilknytning er et viktig hensyn ved etableringen av foreldreskap etter barnelova.<sup>193</sup> Gjennom disse reglene gir lovgiver uttrykk for et ønske om at det juridiske foreldreskapet skal samsvare med det biologiske foreldreskapet.

I tilfeller hvor foreldre har gjort bruk av assistert befruktning vil det imidlertid ikke foreligge noen biologisk tilknytning mellom barnet og den ene av foreldrene. I slike tilfeller er det andre hensyn enn biologi som begrunner reglene om etablering av foreldreskap. Gjennom vilkår om at vedkommende må være gift eller samboer med den som føder barnet, at vedkommende må samtykke til behandlingen, samt at behandlingen må skje ved godkjent helsepersonell, knytter loven rettsvirkninger til den ikke-biologiske forelders ønske om å bli forelder. Det er dette ønske om å bli forelder som begrunner disse reglene om foreldreskap. I stedet for at prinsippet i slike tilfeller kommer inn som begrunnelse for reglene om etablering av foreldreskap, kommer det inn i betydningen av kunnskap om biologisk opphav.<sup>194</sup>

Hva gjelder vektleggingen av det biologiske prinsipp har EMD i flere saker vedrørende rekkevidden av «familieliv» lagt vekt på den faktiske tilknytningen mellom barnet og dets omsorgspersoner. Den faktiske tilknytningen ble tillagt vekt til tross for manglende biologisk tilknytning både i K. og T. mot Finland og i Nazarenko mot Russland. Likevel viser den spesielle surrogati-saken Paradiso og Companelli mot Italia, at ikke enhver form for tilknytning er tilstrekkelig for å etablere et «familieliv» etter EMK. Også i Norge har domstolene lagt vekt

---

<sup>193</sup> Se punkt 4.7.

<sup>194</sup> Se punkt 2.3.3, 4.8, adopsjonsloven § 39 og bioteknologiloven § 2-7.

på den faktiske og sosiale tilknytningen fremfor den manglende biologiske tilknytningen, særlig hva gjelder spørsmålet om samværsrett.<sup>195</sup>

I NOU 2012:5 ble det i barnevernloven foreslått å innføre et nytt prinsipp som «skulle tillegges avgjørende vekt» ved ulike beslutninger i barnevernssaker.<sup>196</sup> Prinsippet ble kalt «det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp», og skulle innebære at den faktiske tilknytningen mellom barn og deres omsorgspersoner, samt tilknytningens kvalitet, skulle tillegges betydning i barnevernssaker. Utvalget mente at prinsippet skulle ha forrang i forhold til det biologiske prinsipp.<sup>197</sup> Forslaget møtte kritikk. Kritikken gikk ut på at tilknytnings- og relasjonskvalitet allerede inngår i vurderingen av hva som er barnets beste.<sup>198</sup> På bakgrunn av dette ble ikke forslaget videreført.

Barnelovutvalgets forslag i NOU 2020:14 om at det i barneloven skal innføres samværsrett for andre enn juridiske foreldre sier likevel noe om rettsutviklingen på området. At personkretsen for de samværsberettigede er foreslått utvidet i tråd med EMDs praksis og synet på hva som er å anse som «familieliv» tilsier at perspektivet flyttes fra kun å omhandle biologisk tilknytning mellom barnet og samværspersonen, til også å omfatte emosjonell og relasjonell tilknytning generelt.

Barn i familier hvor det ikke eksisterer biologisk tilknytning mellom barnet og en av foreldrene, kan oppleve en like sterk emosjonell og relasjonell tilknytning til sine juridiske foreldre som et barn gjør med sitt biologiske opphav. Derfor er det nødvendig å utvide det juridiske foreldrebegrepet slik at også andre faktorer enn biologi kan være avgjørende for etableringen av foreldreskapet. Dette vil særlig gjøre seg gjeldende der den biologiske tilknytningen ikke foreligger, typisk ved assistert befruktning. Også i tilfeller som de to nevnte sakene,<sup>199</sup> hvor en person feilaktig blir registrert som far i den tro at han er barnets biologiske far, er slik tilknytning av betydning når det senere skal fastslås hvilke rettigheter som skal tilkjennes sosial far. Dette samsvarer med begrunnelsen for avvisningen av forslaget om et utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp i barnevernloven. Tilknytningskvaliteten skal hensyntas ved vurderingen av barnets beste generelt.

---

<sup>195</sup> LB-2020-134645 og HR-2022-847-A.

<sup>196</sup> NOU 2016:16 s. 49.

<sup>197</sup> NOU 2012:5 s. 86.

<sup>198</sup> NOU 2016:16 punkt s. 49.

<sup>199</sup> Ibid.

# Kilderegister

## Lover

Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.
Barnelova	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre.
Barnevernloven	Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester.
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett.
Lov 20. desember 2002 nr. 92. om endringer i lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (fastsetting og endring av farskap).	
Bioteknologiloven	Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m.
Kongelig resolusjon 25. juni 2004 nr. 985.	
Adopsjonsloven	Lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon.
Lov 19. juni 2020 nr. 78 om endringer i bioteknologiloven m.v.	

## Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjonen	Konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK).
Barnekonvensjonen	FNs konvensjon 20. november 1989 om barns rettigheter (BK).

FNs Barnekomité Generelle kommentarer

FNs Barnekomité, Generell kommentar nr. 14, Barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn.

### **Forarbeider og offentlige dokumenter**

Dok.nr.16 (2011-2012).

Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

NOU 2009: 5

Farskap og annen morskap — Fastsettelse og endring av foreldreskap.

NOU 2016: 16

Ny barnevernslov — Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse.

NOU 2012: 5

Bedre beskyttelse av barns utvikling — Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet.

NOU 2020: 14

Ny barnelov — Til barnets beste.

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. 33 (2007-2008).

Om lov om endringer i ekteskapsloven, barnelova, adopsjonsloven, bioteknologiloven mv. (felles -ekteskapslov for heterofile og homofile par).

Prop. 85 L (2012-2013).

Endringer i barnelova (barneperspektivet i foreldretvister).

Prop. 105 L (2012-2013).

Endringer i barnelova (farskap og morskap).



Prop. 85 L (2015-2016).

Endringer i barnelova m.m. (oppheving av tidsfristar i farskapssaker m.m.)

Prop. 34 L (2019-2020).

Endringer i bioteknologiloven mv.

Prop. 133 L (2020-2021).

Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven.

### **Høyesterettspraksis**

Rt. 2007 s. 561.

Rt. 2011 s. 1439.

Rt. 2011 s. 1572.

Rt. 2012 s. 323.

Rt. 2015 s. 93.

HR-2022-847-A.

### **Underrettspraksis**

LB-2020-134645.

LB-2021-53640.

TKOEI-2020-76350.

TOSLO-2018-183543.

### **Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)**

X, Y og Z mot Storbritannia (1997)

Case of X, Y and Z v. The United Kingdom, no. 21830/93, 22.04.1997.

Kroon m.fl. mot Nederland (1994)

Case of Kroon and others v. The Netherlands, no. 18535/91, 27.10.1994.

K. og T. mot Finland (2001)	Case of K. and T. v. Finland, no. 25702/94, 12.07.2001.
Görgülü mot Tyskland (2004)	Case of Görgülü v. Germany, no. 74969/01, 26.05.2004.
S.H. m.fl. mot Østerrike (2011)	Case of S.H. and others v. Austria, no. 57813/00, 03.11.2011.
X m.fl. mot Østerrike (2013)	Case of X and others v. Austria, no. 19010/07, 19.02.2013.
Nazarenko mot Russland (2015),	Case of Nazarenko v. Russia, no. 39438/13, 16.07.2015.
Paradiso og Companelli mot Italia (2017)	Paradiso and Companelli v. Italy, no. 25358/12, 24.01.2017.
V.D. m.fl. mot Russland (2019)	V.D. and others v. Russia, no. 72931/10, 09.04.2019.
Strand Lobben m.fl. mot Norge (2019)	Case of Strand Lobben and others v. Norway, no. 37283/13, 10.09.2019.

## **Litteratur**

Aall (2021)	Aall, Jørgen. <i>Rettsstat og menneskerettigheter</i> , 5. utgave, Fagbokforlaget 2021.
Bendiksen (2008)	Bendiksen, Lena R.L. <i>Barn i langvarige fosterhjems plasseringer</i> , Fagbokforlaget 2008.
Bendiksen og Haugli (2021)	Bendiksen, Lena R.L og Trude Haugli. <i>Sentrale emner i barneretten</i> , 4. utg. Universitetsforlaget 2021.

- Høstmælingen m.fl. (2020) Høstmælingen, Njål, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.) *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge*, 4. utg. Universitetsforlaget 2020.
- Sandberg (2003) Sandberg, Kirsten. *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal Akademisk 2003.
- Smith (2020) Smith, Lucy. «FNs konvensjon om barnets rettigheter», i *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge*, 4. utg. Høstmælingen m.fl (red). Universitetsforlaget 2020.
- Smith m.fl. (2020) Smith, Lucy, Peter Lødrup og Kirsten Sandberg. *Barn og Foreldre*, 8. utg. Gyldendal Norsk Forlag 2020.
- Stang (2020) Stang, Elisabeth Gording. «Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet», i *Barnekonvensjonen, barns rettigheter i Norge*, 4. utg. Høstmælingen m.fl (red). Universitetsforlaget 2020.

### **Artikler og øvrige kilder**

- Skjørten og Sandberg (2019) Skjørten, Kristin og Kirsten Sandberg. «Children's Participation in Family Law Proceedings», 2019.
- Bunkholdt s. 13. Bunkholdt, Vigdis. «Om kompetanse, tilknytning og det biologiske prinsipp: Er det en sammenheng?», *Fosterhjemsforening*, u.å., <https://www.fosterhjemsforening.no/wp-content/uploads/2015/06/Om-kompetanse->

[tilknytning-og-det-biologiske-prinsipp.pdf](#)

(sjekket 25.04.2022)

Petersen (2021)

Petersen, Truls. «100 år med sæddonasjon», *Bioteknologirådet* 05.01.2021,

<https://www.bioteknologiradet.no/2021/01/100-ar-med-saeddonasjon/>

(sjekket

08.04.2022.

Regjeringen (2020)

Regjeringen. «Folkerett», 31.01.2020.

<https://www.regjeringen.no/no/tema/utenrikssaker/folkerett/folkerett/id2076280/>

(sjekket 04.04.2022).

Solbrække og Kvernflaten (2019)

Solbrække, Kari Nyheim og Birgit Kvernflaten. «Derfor er eggdonasjon så kontroversielt», *Forskning* 01.02.2019,

<https://forskning.no/bioteknologi-etikk-forskeren-forteller/derfor-er-eggdonasjon-sa-kontroversielt/1287991>

(sjekket 24.03 2022).