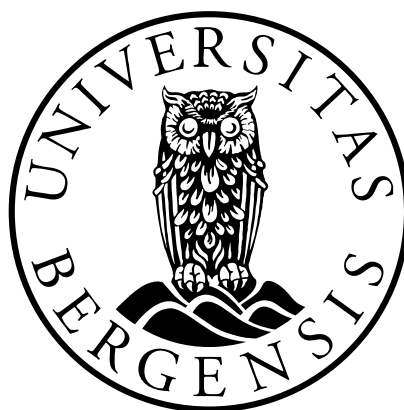


Barnets rett til samvær med andre enn foreldre

En fremstilling av reguleringen av samværsrett for andre enn foreldre, sett hen til barneloven og Den europeiske menneskerettskonvensjonen.

Kandidatnummer: 82.

Antall ord: 13 464



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema, aktualitet og problemstilling	4
1.2 Avgrensninger	6
1.3 Rettskildebildet og metodespørsmål	6
2 Hensyn knyttet til spørsmål om samvær for andre enn foreldre	8
2.1 Et sammensatt bilde	8
2.2 Sentrale hensyn knyttet til barnet	9
2.2.1 Barnets rett til familieliv	9
2.2.2 Hensynet til barnets beste.....	9
2.2.3 Barnets behov for omsorg, trygghet og stabilitet	12
2.2.4 Barnets rett til å si sin mening og bli hørt	13
2.3 Hensyn knyttet til foreldrene	14
2.4 Hensyn knyttet til personkretsen som ønsker samvær	15
2.4.1 Samvær av hensyn til å holde kontakt med storfamilien	15
2.4.2 Andre personer enn foreldre sin rett til familieliv med barnet	16
2.4.3 Behovet for å opprettholde stabilitet og kontinuitet.....	16
2.5 Øvrige hensyn	17
2.5.1 Forholdet til tilgrensede rettsfelt	17
2.5.2 Ressurshensyn	18
2.5.3 Likhet og forutberegnelighetshensyn	19
3 Lovregulering av samvær for andre enn foreldre.....	20
3.1 Foreldres rett til samvær som utgangspunkt	20
3.1.1 Grunnvilkår for samvær	20
3.1.2 Hvem er foreldre etter barneloven?.....	20
3.1.3 Samværsrett når det juridiske foreldreskapet endres.....	22
3.2 Lovregulert samværsrett for slektninger og andre	23
3.2.1 En eller begge foreldrene er døde	24
3.2.2 Forelder er nektet samvær	26
3.2.3 Avsluttende bemerkninger - barnets nære relasjoner	27
4 Samværsrett mellom barn og andre enn foreldre etter EMK artikkel 8	28
4.1 Nærmere om HR-2022-847-A	28
4.2 Familieliv	29
4.2.1 Hvilke mellommenneskelige relasjoner er beskyttet etter EMK artikkel 8	29
4.2.2 Begrepet «familieliv» favner bredt	35

4.3 Betydningen av vernet etter artikkel 8 for samværsspørsmålet	35
5. Rettspolitiske bemerkninger.....	37
5.1 Bør det gjøres endringer i barneloven?	37
5.1.1 Innledning.....	37
5.1.2 Endring av hensyn til forutberegnelighet og andre systembetraktninger?	38
5.1.3 Hvordan bør vurderingstemaet i en eventuell lovregulering formuleres?.....	40
6. Litteraturliste	43

1 Innledning

1.1 Tema, aktualitet og problemstilling

Temaet for denne masteroppgaven er barnets rett til samvær med andre mennesker enn foreldre. Hovedproblemstillingen er hvordan barnets rett til samvær med andre enn foreldre er regulert i gjeldende rett. Utgangspunktet og hovedregelen i barneloven § 42 er at samvær primært er en rett som tillegges foreldrene. Barneloven anser foreldre for de som innehar det juridiske foreldreskapet.¹ I dag er spørsmålet om samvær for andre enn foreldre er regulert i barneloven § 45, men bestemmelsen trekker opp en nokså snever krets av samværsberettigede, noe jeg gjør rede for senere i oppgaven.

Hovedproblemstillingen oppstår derfor i hovedsakelig i to situasjoner. Den første er at omsorgspersoner som innehar en «foreldrerolle» for barnet, men som rettslig sett ikke er foreldre til barnet, ønsker samvær med barnet. Foreldrerollen har mange sider, herunder biologiske, genetiske, rettslige og sosiale foreldrerelasjoner, og disse er ikke alltid sammenfallende.² Spørsmålet om samværsrett kan derfor reises av tidligere sosiale foreldre, juridiske foreldre, steforeldre og kvinner som ikke har oppfylt vilkårene for etablering av medmorskap. Spørsmål om samvær for andre er også relevant for enkelte andre personer som har mellommenneskelige relasjoner³ i barnets liv, som ikke innehar en foreldrerolle. Det kan for eksempel være besteforeldre, søsken og fjernere slektskap, men også personer uten noe familierelasjon, men som barnet har en sterk følelsesmessig tilknytning til.

Temaet har økt aktualitet. Det norske samfunnet er et dynamisk og moderne samfunn hvor det stadig blir vanligere at det oppstår nye former for familiekonstellasjoner, endrede familiemønstre utover den tradisjonelle kjernefamilien og nye former for bosituasjoner. Det har skjedd en stor utvikling i samfunnet når det kommer til både normer og syn på familiekonstellasjoner og omsorgspersoner siden spørsmålet om samvær med andre enn foreldre sist ble vurdert av lovgiver, og samværsreglene i Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (heretter barneloven).

¹ Bendiksen og Haugli (2022) side 81.

² Sørensen, vedlegg 4 til NOU 2016:16, side 335.

³ Uttrykket er hentet fra NOU 2020: 14 punkt s. 234, se også Bendiksen og Haugli (2022) side 52.

Det har også skjedd en utvikling i den rettslige reguleringen av samværsrett for andre enn foreldre. Samvær med andre enn foreldre har nokså nylig vært et tema i dommen HR-2022-847-A og i tre lagmannsrettsdommer fra 2020.⁴ I høyesterettsdommen ble en tidligere juridisk far tilkjent en samværsrett med barnet direkte i kraft av den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter EMK) artikkel 8. Av særlig stor betydning for den rettslige reguleringen er derfor avgjørelser tatt av den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD), hvor det har vært en stor utvikling. Det er som påpekt i NOU 2020:14 kommet en «betydelig mengde praksis fra EMD som kaster lys over spørsmålet om hvorvidt barnet og andre personer som står i et nært forhold til det, kan ha rett til samvær med hverandre [...]».⁵ Samtidig som det fremheves at det kan være «ulike meninger om hvor langt forpliktelsene rekker etter EMK artikkel 8».⁶ Rettslitteratur er imidlertid noe kritisk til anvendelsen av EMK artikkel 8 som rettsgrunnlag, og oppfordrer lovgiver til å komme på banen.⁷ Hos lovgiver har spørsmålet om samvær for andre enn foreldre vært diskutert flere ganger, og er i dag et aktuelt tema, i og med at flertallet i utvalget i NOU 2020:14 har lagt frem et forslag om at personkretsen som kan tilkjennes en samværsrett etter barneloven må utvides noe. Det er imidlertid dissens i utvalget, og mindretallet fremhever at kretsen av samværsberettigede ikke må trekkes altfor snevert.⁸

Disse utviklingstrekkene i synet på og reguleringen av samvær for andre enn foreldre er et uttrykk for at spørsmålet om hvem som skal være samværsberettiget aktualiserer en rekke grunnleggende, men også kryssende hensyn slik som retten til familieliv, hensynet til foreldrenes autonomi, konfliktavverging, hensynet til ro og stabilitet og hensynet til barnets beste. Disse prinsipielle sidene ved samværsretten gjør at spørsmålet om samvær for andre enn foreldre er sammensatt og krevende, både når gjeldende rett for spørsmålet skal fastlegges og rettspolitisk sett. Siktemålet med oppgaven er derfor å analysere gjeldende rett om samvær for andre enn foreldre i lys av slike grunnleggende hensyn. Til slutt vil jeg reise utvalgte spørsmål knyttet til gjeldende rett i kapittel 5.

⁴ Se LB-2020-83577, LB-2020-134645 og LB-2020-167199.

⁵ NOU 2020:14 side 234.

⁶ Ibid.

⁷ Se Bendiksen og Haugli (2022) side 170.

⁸ Se NOU 2020:14 side 236.

1.2 Avgrensninger

Det vil i oppgaven avgrenses mot etablering av rettslig foreldreskap etter Lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon (adopsjonsloven) og etablering av samværsrett etter Lov 18. juni nr. 97 2021 om barnevern (barnevernsloven). Det avgrenses også mot en nærmere analyse av forskjellige former for samvær og samværsordninger.

1.3 Rettskildebildet og metodespørsmål

Reguleringen av samvær for andre enn foreldre er relativt magert sett i et nasjonalt perspektiv. Det foreligger kun én høyesterettsdom, og tre lagmannsrettsdommer som tar for seg tematikken. Bruk av underrettspraksis som rettskilde reiser som kjent metodespørsmål, da underrettspraksis har begrenset rettskildemessig vekt, men vil som Bendiksen og Haugli benevner det kunne ha en «viktig funksjon som et empirisk materiale over hva som rent faktisk skjer».⁹ I denne oppgaven har jeg undersøkt all lagmannsrettspraksis.¹⁰ Siden det er lite tilgjengelig nasjonal praksis, har EMDs praksis stor betydning, ikke minst på grunnlag av at Høyesterett som nevnt i forrige punkt nylig har tilkjent samværsrett med EMK artikkel 8 som rettsgrunnlag. Siden lovreguleringen er forholdsvis gammel, men under utredning, reiser temaet enda et særskilt metodespørsmål: bruk av NOU fra en ennå ikke avsluttet lovprosess som rettskilde. Den vil dermed hovedsakelig kunne gi politiske signaler inntil videre.¹¹

Som ytterligere en bemerkning om rettskildebildets karakter er det grunn til å nevne at temaet er på barnerettens område, noe som generelt sett aktualiserer noen metodiske særpreg. Domstolene skal foreta avgjørelser som er til barnets beste, jf. GrL. § 104 andre ledd, BK artikkel 3 nr.1, bl. § 48 og bvl. § 1-3, noe som innebærer konkrete vurderinger med store innslag av skjønn og hvor det legges stor vekt på sakkyndige vurderinger. Backer tar til orde for at tidligere samværsavgjørelser «kan i stor grad ikke tjene som prejudikater i streng forstand», men han viser til at de kan «angi hva slags momenter» som er relevant i en barnets-beste vurderingen samt «gi illustrasjoner av hvordan forskjellige hensyn avveies mot hverandre».¹² Samtidig fremhever rettslitteratur at samfunnsutviklingen medfører at tidligere praksis og barnefaglig kunnskap ikke helt uten videre kan legges til grunn i nye saker

⁹ Bendiksen og Haugli (2022) side 39.

¹⁰ Se LB-2020-83577, LB-2020-134645 og LB-2020-167199.

¹¹ Boe (2010) side 139.

¹² Backer (2008) side 337.

angående barn og samvær.¹³ Både utvikling av verdioppfatninger i samfunnet om barns behov og medvirkning, samt mye ny kunnskap på det barnepsykologiske feltet gjør med andre ord at det må foretas konkrete og oppdaterte vurderinger av hva som er barnets beste i samværssaker.¹⁴ Endelig nevner jeg at i evalueringen i kapittel 5 også reiser metodespørsmål, men at jeg kommer tilbake til disse i 5.1 og avklarer dem der.

¹³ Bendiksen og Haugli (2022) side 80.

¹⁴ Ibid.

2 Hensyn knyttet til spørsmål om samvær for andre enn foreldre

2.1 Et sammensatt bilde

Spørsmålet om samværsrett med andre enn foreldre oppstår fordi andre mennesker enn foreldre i barnets liv har interesse av samvær med barnet. Slike rettsspørsmål aktualiserer en rekke prinsipper, hensyn og verdier, og disse dreier seg i stor utstrekning om barnets rettigheter og behov ved spørsmål om samvær med andre enn foreldre.¹⁵ Jeg vil i det følgende trekke opp disse sidene ved spørsmålet om samvær for andre enn foreldre som ulike hensyn i punkt 2.2. Utover hensynene knyttet til barnet, vil imidlertid også en rekke andre hensyn aktualiseres. Dersom foreldrene er i live, vil samværs spørsmål med andre blant annet berøre hensynet til foreldrenes autonomi, se nærmere i punkt 2.3. I tillegg vil de som ønsker samvær kunne påberope seg at de har en beskyttelsesverdig interesse med bakgrunn i en rekke hensyn. Det vil jeg komme nærmere inn på i punkt 2.4, og mot slutten av kapittelet vil jeg vise til en gruppe hensyn med ulike systembetragtninger.

Samværs spørsmål aktualiserer med andre ord komplekse, sammensatte overveielser basert på en rekke ulike hensyn, både i rettsanvendelse og rettspolitisk sett. Bildet kompliseres ytterligere av at flere av hensynene, ikke bare hensyn knyttet til barnet, vil kunne tale både for og imot at det skal tilkjennes samværsrett med andre enn foreldre, noe jeg først og fremst kommer tilbake til i kapittel 3. Siktemålet med redegjørelsen her i kapittel 2, er derfor primært å identifisere hvilke sentrale, men også kryssende hensyn som kan påropes som argumenter ved spørsmål for andre enn foreldrene. Kapittel 2 bereder derfor grunnen både for avklaringen

¹⁵ I det videre går jeg videre ikke nærmere inn på likheter og forskjellene mellom termene prinsipp, hensyn og verdi, men jeg nevner kort at det i rettslitteraturen er hevdet generelt at et prinsipp er en «retningslinje med tungtveiende karakter» jf. Nygaard 2004 s. 261. Det taler for at de må tillegges mer vekt enn mindre tungtveiende hensyn og momenter i saker.

av gjeldende rett i kapittel 3 og 4, og for de rettspolitiske vurderingene jeg vil foreta i kapittel 5.¹⁶

2.2 Sentrale hensyn knyttet til barnet

2.2.1 Barnets rett til familieliv

Av Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen artikkel 8 nr.1 fremgår det at «enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse». Det er ingen tvil om at «enhver» også inkluderer barn som rettighetssubjekt. De samme rettighetene fremkommer også av Grunnloven § 102 og barnekonvensjonen artikkel 16. Staten har både en plikt til å verne enkeltindividet mot vilkårlig innblanding fra myndighetenes side, samt en plikt til å sikre familielivet. Retten til respekt for familielivet omfatter i sin kjerne forholdet mellom barn og foreldre, men også andre nære relasjoner kan være vernet etter bestemmelsen.¹⁷ Hvilke andre relasjoner som kan omfattes av «familieliv» etter EMK artikkel 8 vil jeg komme nærmere inn på i kapittel 4.

Andre personer i barnets liv enn foreldrene kan derfor ha en vernet relasjon og dermed rett til samvær med barnet etter EMK artikkel 8 og retten til familieliv. Dersom det foreligger et familieliv etter konvensjonens forstand, så innebærer det at staten har en positiv plikt til å respektere barnet og vedkommende sin rett til familieliv, jf. EMK artikkel 8 nr.1.

Vernet beror imidlertid på om det foreligger tette personlige bånd («close personal ties») mellom barnet og vedkommende.¹⁸ Forutsatt at det foreligger slike nære, personlige bånd mellom andre enn foreldre og barnet, så vil hensynet og retten til ivaretagelse og beskyttelse av denne relasjonen kunne tale for at det skal kunne etableres en samværsrett. Dette analyserer jeg nærmere i kapittel 4.

2.2.2 Hensynet til barnets beste

Hva som er til barnets beste vil være et avgjørende prinsipp når det kommer til samvær for andre enn foreldre, da det kan tale både for og imot samvær, alt etter de faktiske forholdene i saken. Prinsippet går ut på at alt av avgjørelser og beslutninger som berører barn skal tas med

¹⁷ Sørensen, vedlegg 4 til NOU 2016:16, side

¹⁸ *K. and T.v. Finland [GC]* no.25702/94 avsnitt 150.

hensyn til hva som er det beste for barnet. Prinsippet er forankret i bl. § 48, Grl. § 104 annet ledd, barnekonvensjonen artikkel 3 nr.1, jf. menneskerettsloven § 2 nr. 4 og i barnevernloven § 1-4. Prinsippet kommer ikke direkte til uttrykk i EMK, men det er fastlagt gjennom EMD-praksis at hensynet til barnets beste er av «paramount importance».¹⁹ Prinsippet er således helt grunnleggende og har en unik posisjon i barneretten, og omtales av FNs barnekomité som et tolkningsprinsipp, en selvstendig rettighet og en saksbehandlingsregel.²⁰ Bestemmelsene i Grl. § 104 annet ledd og BK art. 3 nr. 1 er sammenfallende, da BK art. 3 nr.1 er bestemmelsens folkerettslige forbilde.²¹

Det fremkommer av Grl. § 104 annet ledd at «[v]ed handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Ordlyden av «handling eller avgjørelser» tilsier at bestemmelsen favner bredt. Den naturlige språklige forståelsen av «berører» tilsier at også saker som også indirekte påvirker barnet omfattes. En slik ordlydsfortolkning har også støtte i forarbeidene.²² Avgjørelser om en eventuell samværsrett mellom barnet og andre enn foreldre som barnet har en nær tilknytning til, vil klart direkte påvirke barnet. Det kan også være snakk om de mer indirekte avgjørelsene som påvirker barnet og samvær med andre mer perifert. For eksempel der det i hovedsak er snakk om endring av fast bosted, noe som også vil ha følger for samværet med andre, for eksempel dersom foreldrene flytter.

Av barnelovens § 48 første ledd fremgår det at avgjørelser om blant annet samvær «skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet». Ordlyden av «best for barnet» tilsier at det må foretas konkrete vurderinger for hvert enkelt barn, sett i lys av alle relevante forhold i saken. Dette har støtte i forarbeidene, jf. Ot.prp.nr. 29 (2002- 2003). Hva som er best for barn i en slik situasjon generelt sett, er således ikke av avgjørende betydning, men kan være et moment i helhetsvurderingen. Lovfestingen i barneloven § 48 ble gjort for å få frem barnets beste som overordnet norm.²³ Det fremgår av foarbeidene at «bestemmelsen fastslår barnets beste som det styrende kriteriet så vel for innholdet av avgjørelsene som for saksbehandlingen. Poenget ved å ta inn bestemmelsen i kapittelet om saksbehandlingen var å fokusere på barnets beste som overordnet norm og gjøre loven mer oversiktlig».²⁴ Det styrker

¹⁹ *Strand Lobben and others v. Norway*, no. 37283/13 avsnitt 204.

²⁰ FNs Barnekomité Generelle kommentarer side 4.

²¹ Dok. nr.16 (2011-2012) side 192 og HR-2015-206-A avsnitt 63 og 64.

²² Innst. 186 S (2013-2014) side 29.

²³ NOU 1998:17 side 93, og Ot.prp.nr. 29 (2002- 2003) side 28.

²⁴ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) side 82.

barnets rettsstilling og samsvarer således med at Grunnloven og Barnekonvensjonen skal gi uttrykk for minimumsrettigheter.²⁵

Av ordlyden «først og fremst» fremgår det at barnets beste skal være det overordnende hensynet, men at andre forhold også kan være utslagsgivende. Samtidig er barnets beste som Bendiksen og Haugli fremhever «ikke enerådende i møte med andre hensyn».²⁶ Dette understrekes også av rettspraksis, herunder i den såkalte Maria dommen, der Høyesterett peker på at «[...] hensynet til barnets beste skal 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».²⁷ Dette sier således noe om vektingen av barnets beste opp mot andre aktuelle hensyn og interesser. Det følger også av rettspraksis at vurderingen av hva som er barnets beste skal «[f]oretas på grunnlag av forholdene på avgjørelsestidspunktet og ta sikte på å finne den løsningen som må antas å være best for barnet i tiden fremover».²⁸

Barnets beste er således et dynamisk og skjønnsmessig begrep, da det ikke finnes noe felles og entydig definisjon av begrepet.²⁹ Hva som er til det beste for barnet beror på en konkret vurdering, og prinsippets meningsinnhold kan variere i stor grad ut fra en rekke faktorer, herunder blant annet kulturforskjeller, samfunnsutviklingen, fagområder og livssituasjoner.³⁰ FNs barnekomité har i sine generelle kommentarer utarbeidet en liste med momenter som er relevante ved barnets beste- vurderingen, herunder blant annet barnets synspunkter, barnets identitet, bevaring av familiemiljøet og opprettholdelse av relasjoner, omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet.³¹ Når det kommer til barnets identitet, vil det i samværsvurderingen være relevant å se hen til barnets behov og retten til å kjenne sitt kulturelle, religiøse, kulturelle og språklige opphav, jf. også Barnekonvensjonen artikkel 30.³²

Et slikt dynamisk begrep har en rekke fordeler, da det utvikler seg i tråd med samfunnet og dermed gir muligheten til å omfatte en rekke nye momenter og oppfatninger. Det gir således rom for fleksibilitet og skjønnsutøvelse. Dette er særlig aktuelt i samværsaker med andre enn foreldre, som nettopp aktualiseres på grunnlag av samfunnsutviklingen og endringene av

²⁵ Smith m.fl. (2020) side 129.

²⁶ Bendiksen og Haugli (2022) side 28.

²⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 65.

²⁸ HR-2020-01843-A avsnitt 34, med henvisning til RT-2005-682 avsnitt 32.

²⁹ Bendiksen og Haugli (2022) side 27.

³⁰ Ibid.

³¹ FNs Barnekomité Generelle kommentarer avsnitt 52- 79.

³² Ibid, avsnitt 55-57.

verdier og normer i samfunnet. Det er snakk om en utvikling av normer og syn på familiemønstre, foreldreroller, tilknytning til andre omsorgspersoner og alternative familiekonstellasjoner utover den tradisjonelle kjernefamilien.³³

2.2.3 Barnets behov for omsorg, trygghet og stabilitet

Hensynet til et barns behov for omsorg, trygghet og stabilitet kan være et tungtveiende argument i samværsaker for andre enn foreldre, for eksempel der det er sviktende omsorg hos en eller begge foreldre. Foreldrene kan ha perioder med fysiske eller psykisk utfordringer, misbruk, mye jobb, minimalt med fritid eller andre utfordringer. Det kan tale for samværsrett for andre enn foreldre, i de tilfellene der de kan tilby et kjærlig miljø, samt verdifull omsorg og støtte for barnet. Det følger av Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 2 at statene er forpliktet til å sikre at barnet får den omsorg og beskyttelse som er nødvendig for barnet sin trivsel.

Ordlyden er her vid og favner bredt, og vil her kunne omfatte forholdet til omsorgspersoner i barnets liv og samværet med dem, utover bare med foreldrene.³⁴ Barnekomiteen har gitt uttrykk for at emosjonell omsorg er et helt grunnleggende behov for barn.³⁵ Det avgjørende er at barnet skal beskyttes og få tilstrekkelig omsorg, herunder barnets rett til å etablere og bevare stabil og god tilknytning til voksne omsorgspersoner. Det vil klart være svært negativt for barnet at emosjonelle, relasjonelle bånd med andre enn foreldre ikke blir opprettholdt. Det kan dermed tale for samvær i enkeltsaker.

Ivaretagelsen av disse hensynene ble problematisert i NOU 2009:5 i relasjon til barn og tidligere juridiske foreldre, hvor det ble stilt spørsmål til hvorvidt «dagens absolutte endring av juridisk farskap uten mulighet for fastsettelse av samvær, er i overensstemmelse med barns behov for omsorg, trygghet og stabilitet».³⁶

I relasjon til stabilitet, så kan det også ses hen til hensynet til konfliktavverging og hensynet til å unngå en oppstykket tilværelse. En samværsrett for andre enn barnets foreldre, vil kunne være konfliktskapende og føre til mer uro og konflikt rundt barnet. Dette var noe av bakgrunnen for at departementet i Ot.prp.nr. 56 (1996-1997) ikke etablerte en selvstendig søksmålsadgang for besteforeldre utover den begrensede adgangen som følger av bl. § 45.³⁷

³³ Bendiksen og Haugli (2022) side 85.

³⁴ Ibid side 49.

³⁵ FNs Barnekomité Generelle kommentarer pkt. 72.

³⁶ NOU 2009:5 side 118.

³⁷ Ot.prp.nr. 56 (1996-1997) side 62.

Når det kommer til flere samværsordninger, så vil det både kunne medføre en oppstykket tilværelse for barnet samt en for stor samværsbelastning.³⁸ Barnets hverdag kan dermed bli stressende og oppdelt som følge av forskjellige samværsordninger. Dette vil imidlertid kunne hensyntas ved fastsettelse av samværsordninger.

2.2.4 Barnets rett til å si sin mening og bli hørt

I saker hvor det er snakk om samvær med andre enn foreldre, så vil åpenlyst hensynet til barnets ønsker, oppfatninger og uttalelser være av stor betydning. Denne retten fremgår av bl. § 31, bk art. 12 og Grl. § 104. Barnets rett til å si sin mening og bli hørt må særlig ses i sammenheng med prinsippet om barnets beste når det gjelder samværsaker, i og med at det i mange situasjoner vil være avgjørende å få frem barnets ønsker og meninger for å komme frem til hva som er til det beste for barnet. Det følger av bl. § 31 annet ledd at retten til å få mulighet til å si sin mening og retten til å få informasjon gjelder for barn som er «fylt sju år, og yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkt» før det blir tatt beslutninger om personlige forhold for barnet, herunder «samvær». Det følger videre av bl. § 31 annet ledd at når barnet har fylt tolv år, så «skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner».

Departementet viste til FNs barnekomites generelle kommentarer ved endring av barneloven, hvor det fremgår at partene skal gå ut fra at barnet har evne til å uttale seg.³⁹ Departementet viser til komiteens uttalelser om at skal foreligge en presumsjon for at barnet har egne meninger og skal få uttale seg, og at det således ikke er opp til barnet å bevise dette.⁴⁰

Hvor mye vekt barnets mening skal tillegges ved spørsmål om samvær med andre enn foreldre, beror på en skjønnsmessig vurdering hvor blant annet modenhet, forståelse av situasjonen og bakgrunnen for barnets syn kan være relevante momenter.⁴¹ Vekten barnets mening har beror på hvorvidt andre sterke hensyn gjør seg gjeldende, men et grunnleggende poeng som understrekes i forarbeidene er at jo eldre barnet er, jo mer kreves det for å gå imot barnets ønsker.⁴²

Barnets rett til å bli hørt er dermed som nevnt særlig aktuelt i samværsaker, siden barnet vil ha en rett til å medvirke til hvorvidt det skal gis samvær og i hvilket omfang. Dette må likevel

³⁸ Kilde?

³⁹ Prop. 85 L (2012-2013) side 35.

⁴⁰ Ibid side 38.

⁴¹ Ibid side 35- 36 og 40.

⁴² Prop. 85 L (2012- 2013) side 35- 36.

ses i lys av at det å ta slike valg kan være særlig utfordrende for barn, ikke minst fordi valget kan skape en lojalitetskonflikt for dem. For eksempel dersom det foreligger et konfliktfyllt forhold mellom foreldre og besteforeldre som barnet ønsker samvær med. Det følger derfor av dommerinstruks for samtaler med barn at det skal formidles til barnet at det er de voksne, og ikke barnet, som tar avgjørelsen.⁴³

2.3 Hensyn knyttet til foreldrene

Som forelder vil det være naturlig å engasjere seg og til en viss grad kontrollere hvem barnet tilbringer tid med, da man som forelder har den primære omsorgen for barnet. I tråd med dette uttales det i Ot.prp. nr. 44 (1987-88) at avgjørelsen om hvem barnet skal tilbringe tid med «hører naturlig inn under foreldreansvaret».⁴⁴ Det kan i relasjon til dette ses hen til at en rett for foreldrene til å utøve foreldreansvar faller innunder foreldrenes rett til å utøve familieliv med barnet.⁴⁵ Foreldreansvaret kan imidlertid sies å innebære både en plikt og en rett til å foreta avgjørelser på vegne av barnet.⁴⁶

Statlig innblanding i form av lovgivning med tilkjenning av samværsrett for andre vil for foreldre kunne oppleves svært inngripende. Det vil innebære statlig innblanding utenfor deres kontroll. Utvalget i NOU 2020:14 tar til orde for dette når de uttaler at «barnets rett til kontakt med andre i utgangspunktet skal styres av foreldrenes beslutninger, som de skal ta i samråd med barna. Flertallet vil advare mot en rettsliggjøring av en kategori av beslutninger som i utgangspunktet hører til den sosiale og private sfæren».⁴⁷ Det at lovgiver nødvendig vil tillate for mye statlig innblanding i den private sfære av respekt for foreldrenes autonomi og selvbestemmelsesrett kommer også til uttrykk i Ot.prp.nr. 56 (1996), hvor det uttales at man må være «meget varsom» med å tilkjenne samværsrettigheter for andre enn foreldrene, da det kan gjøre vedkommende til «konkurrenter» med hensyn til barnet.⁴⁸

Det er som påpekt av Holgersen «sterkt ønskelig» at samvær og kontakt har sitt utspring i frivillighet.⁴⁹ Dette har støtte i departementet sin uttalelse i Ot.prp.nr. 44 (1987- 1988) om at

⁴³ Domstol administrasjonen, nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, versjon 2.0, side 33.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 44 (1987-88) side 21-22.

⁴⁵ Bendiksen og Haugli (2022) side 189.

⁴⁶ Se bl. § 30.

⁴⁷ NOU 2020: 14 side 236.

⁴⁸ Ot.prp.nr. 56 (1996-1997) side 62. Det stilles også spørsmål til hvorvidt man ønsker «å bringe inn rettslige myndigheter i løsningen av slike konflikter utover den nokså begrensede rammen som gjelder i dag».

⁴⁹ Holgersen (2008) side 244.

det «ikke er til hinder for at samvær finner sted når den eller de som har foreldreansvaret (og barnet selv) ønsker eller i det minste godtar samværet».⁵⁰ Det fremheves også i Ot.prp. nr. 56 at det er «mest nærliggende» at foreldrene regulerer samvær mellom besteforeldre og barnebarna, samt at «samvær og kontakt er her basert på frivillighet».⁵¹ Det ønskede utgangspunktet for samvær mellom foreldre og andre enn foreldre er klart samvær basert på frivillighet.

I relasjon til dette kan det ses hen til samværsbelastning og intensitet, hvor blant annet Holgersen tar til orde for at samværsrett for andre «vil kunne føre til økt belastning for den som har omsorgen for barnet»⁵². Det vil kunne sies å være belastende både emosjonelt og fysisk å legge til rette for samvær med andre, og særlig dersom det er et konfliktfylt forhold.

Et annet moment er at i situasjoner hvor foreldre er nektet samvær, så vil kontakt med storfamilien, særlig besteforeldrene, være et viktig hensyn. Det vil føre til ivaretagelse og opprettholdelse av familiære bånd, og føre til en enklere overgang for forelderens når samværsnektelsen bortfaller. Dette ligger bak lovreguleringen i bl. § 45 som jeg vil komme tilbake til i kap.3.⁵³

2.4 Hensyn knyttet til personkretsen som ønsker samvær

2.4.1 Samvær av hensyn til å holde kontakt med storfamilien

Som påpekt av Bendiksen og Haugli (2022) er samvær en måte å holde kontakten med storfamilien på, noe som er et sentralt hensyn ved spørsmål om samvær med andre enn foreldre.⁵⁴ Det er naturlig at man som slektninger ønsker å ha og ivareta en relasjon med barnet. Dette hensynet var noe av bakgrunnen for høringen i Ot.prp.nr. 56 (1996-1997) om samværsrett for besteforeldre, da mange besteforeldre mister kontakten med barnebarna når familien splittes og dermed har et ønske om en selvstendig samværsrett.⁵⁵ Departementet uttalte i sammenheng med dette at «[k]ontakt på tvers av generasjonene er av meget stor verdi

⁵⁰ Ot.prp.nr. 44 (1987- 1988) side 21.

⁵¹ Ot.prp. nr. 56 (1996-1997) side 62.

⁵² Holgersen (2008) side 244, jf. Ot.prp.nr. 56 (1996-1997) side 61.

⁵³ Ot.prp.nr. 56 (1996-1997).

⁵⁴ Bendiksen og Haugli (2022) side 170.

⁵⁵ Ot.prp.nr. 56 (1996-1997) side 62.

for alle parter».⁵⁶ Det kan både ha korrelasjon til hensynet til å opprettholde en nær og stabil tilknytning, og hensynet til trygghet, omsorg og stabilitet. Dette vil også ha overføringsverdi til personer uten noe biologisk tilknytning til barnet, men som barnet har vært nært og ansett som et «familiemedlem». Uten noe selvstendig samværsrett så kan en stå i fare for å miste all kontakt med barnet, dersom samværsforelderen eller foreldrene ikke går med på noe avtalt samvær.

2.4.2 Andre personer enn foreldre sin rett til familieliv med barnet

I likhet med at barnet har en rett til familieliv med også andre personer enn egne foreldre, kan flere enn foreldrene ha en selvstendig rett til å utøve familieliv med barnet, forutsatt at relasjonen er vernet etter EMK artikkel 8 nr.1. Et sentralt eksempel er EMD dommen i *Nazarenko v. Russland* hvor EMD kom frem til at den nasjonale domstolens terminering av farens foreldrerettigheter utgjorde et brudd på EMK artikkel 8.⁵⁷ Den tidligere juridiske faren trodd at han hadde vært faren til barnet i over fem år. Han hadde oppdratt henne som sitt eget barn, og tatt vare på henne og de hadde åpenlyst en betydningsfull rolle i hverandres liv. Et brudd i slike nære personlige bånd vil klart være opprivende og ødeleggende for barnet og vedkommende, og kan ha store emosjonelle konsekvenser for dem begge. Det vil kunne medføre en brist i det grunnleggende behovet for tilhørighet og tilknytning. Det er klart alvorlig og vil ha store emosjonelle konsekvenser å miste kontakten med de menneskene man føler en tilhørighet til, og som man til og med i noen tilfeller har trodd man er forelder til.⁵⁸

2.4.3 Behovet for å opprettholde stabilitet og kontinuitet

Dersom barnet for eksempel bor eller har bodd med en sosial forelder, så vil hensynet til behovet for stabilitet og kontinuitet kunne tale for at det etableres en samværsrett, ikke bare sett fra barnets perspektiv, men også sett fra den som ønsker samvær sitt ståsted. Dette hensynet gjør seg for eksempel også gjeldene for tidligere stesøsken, og hvis barnet har bodd hos besteforeldrene.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ *Nazarenko v. Russia* [J], no. 39438/13 avsnitt 68.

⁵⁸ Slik som i *Nazarenko v. Russia* [J], no. 39438/13.

2.5 Øvrige hensyn

2.5.1 Forholdet til tilgrensede rettsfelt

En del andre og mer rettstekniske hensyn vil også være relevante ved spørsmål om samvær for andre enn foreldre. Et slikt hensyn er forholdet til tilgrensede rettsfelt, først og fremst til barnevernsfeltet.

Når det kommer til reguleringer etter barneloven og barnevernsloven, så går forskjellen især ut på at barns foreldre i de fleste tilfeller innehar fullt foreldreansvar og gir barnet den omsorg og oppfølging det behøver. Imidlertid er ikke alltid dette tilfellet, og da vil det offentlige ha det Bendiksen og Haugli benevner som et «subsidiært ansvar» på bakgrunn av at «barn har et grunnleggende rett til liv, utvikling og omsorg».⁵⁹ Det vil kunne innebære at barnet må være under det offentliges omsorg, og barnevernsloven har dermed en funksjon om å regulere myndighetens ansvar for barn i slike sårbare situasjoner som aktualiserer en rekke særegne prinsipper og hensyn.⁶⁰ Til tross av dette så vil mange av de grunnleggende hensynene som gjelder barnet gjøre seg gjeldende for begge feltene, da begge primært har til formål å ivareta barnets behov, rettigheter og interesser. Særlig hensynet til barnets beste er helt sentralt.⁶¹ Relevant i denne konteksten er at det gjennomgående ses hen til lovreguleringer, rettsavgjørelser og forarbeidsuttalelser på tvers av feltene, da det i mange sammenhenger vil ha overføringsverdi på bakgrunn av at de samme hensynene vil gjøre seg gjeldene.⁶² I tillegg vil både avgjørelser etter barneloven og barnevernsloven vurderes etter EMK artikkel 8, da begge feltene omhandler retten til familieliv.

Barnevernsloven har etter lovendringen trådt i kraft 1.1.2023 fått en ny paragraf 7-5 hvor det fremkommer at «barnverntjenesten skal sørge for at barnet gjennom samvær og kontakt kan opprettholde og styrke bånd til søsken og andre som har et etablert familieliv og nære personlige bånd til barnet. Samvær skal være til barnets beste».⁶³

⁵⁹ Bendiksen og Haugli (2022) s. 189.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

⁶² Se for eksempel NOU 2020:14 side 25, 26 og 74. Se også LB-2020-83577.

⁶³ Bvl. § 7-5.

Det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen er ment å ivareta og styrke båndene mellom barnet og søsken og andre nærstående gjennom samvær.⁶⁴ To vilkår må være oppfylt for at samvær skal tilkjennes, og det er at begge gruppene må ha et etablert familieliv og nære personlige bånd til barnet.⁶⁵ Søskenbegrepet favner vidt, og omfatter både helsøsken, halvsøsken, stesøsken og adoptivsøsken.⁶⁶ Hvorvidt det foreligger et etablert familieliv må avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering, hvor det i forarbeidene vises til at om de har bodd sammen, lengden av boforholdet og om de har en nær tilknytning er relevante momenter.⁶⁷

Dette er imidlertid en pliktbestemmelse for barnevernstjenesten og ikke en rettighetsbestemmelse for samvær for barnet. Departementet «mener forslaget samlet sett vil styrke rettsstillingen til andre nærstående i barnets nettverk» samt at de får en «utvidet mulighet til samvær og kontakt med barnet sammenlignet med dagens regelverk».⁶⁸

Til tross av at det ikke er en rettighetsbestemmelse, så viser bestemmelsen at lovgiver anerkjenner behovet for og ser viktigheten av barnets behov for opprettholdelse av samvær mellom søsken og andre nærstående i barnets liv. Den viser også en utvikling i tråd med EMD sin praksis, nemlig at de nære, personlige båndene kan være av like mye betydning som de biologiske, noe vi vil se igjen i EMD sin praksis i kapittel 4.

2.5.2 Ressurshensyn

Et relevant hensyn ved regulering og tolkning av hvem som skal kunne tilkjennes samværsrett annet enn foreldrene, er som vist til i NOU 2020:14 ressurshensyn. Som påpekt i NOU 2020:14 så taler ressurshensyn for at det bør være en begrenset adgang til å reise søksmål angående samvær.⁶⁹ Dersom flere tilkjennes en samværsrett, vil det potensielt kunne medføre en stor økning i antall søksmål. Det vil klart kunne utgjøre en belastning for foreldre og barn med en økning i rettsprosesser, dette er også trukket frem i tidligere forarbeider.⁷⁰ Det vil i tillegg kunne føre til mer konflikt og skape uro for barnet.

⁶⁴ Prop. 133 L (2020-2021) side 562.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid s. 278.

⁶⁹ NOU 2020:14 side 238.

⁷⁰ Ot.prp.nr. 56 (1996-1997)

Noe av det overnevnte ble også trukket frem i høringsnotatet om ny barnevernslov hvor det ble påpekt at en lovfestet rett til samvær for en større personkrets vil kunne medføre en økning i rettsprosesser som kan være «uheldig for barns behov for ro og stabilitet».⁷¹ Dette hensynet gjør seg enda sterkere gjeldene i barnevernsretten, men er fortsatt aktuelt i samværsaker etter barneloven. Dette ble nyansert ved at det ble trukket frem at det «samtidig» er viktig «å sørge for at barn får opprettholdt kontakt med nærstående når det er til barnets beste».⁷²

2.5.3 Likhet og forutberegnelighetshensyn

En tilkjenning av samværsrett for andre direkte i kraft av EMK artikkel 8, vil som nevnt tidligere i kapitlet bero på hensynet til barnets beste. Sett fra et rettsikkerhetsperspektiv så vil begrepet «barnets beste» kunne være utfordrende. Bendiksen og Haugli tar til orde for at en slik åpen ordlyd som «barnets beste» «utfordrer vår tradisjonelle rettsikkerhetstenking».⁷³ Det er på bakgrunn av at et slikt begrep med mye rom for skjønn skaper mindre forutsigbarhet.⁷⁴ Hensynet til forutberegnelighet og likebehandling må som nevnt modifieres på bakgrunn av hensynet til barnets beste, hvor det i barneretten kreves et stort innslag av skjønsmessige vurderinger for individuelt tilpassede avgjørelser til barnets beste.

⁷¹ Høringsnotatet om ny barnevernslov side 167.

⁷² Ibid.

⁷³ Bendiksen og Haugli (2022) side 31.

⁷⁴ Ibid.

3 Lovregulering av samvær for andre enn foreldre

3.1 Foreldres rett til samvær som utgangspunkt

3.1.1 Grunnvilkår for samvær

Kjernen i samværsretten er tosidig: barnet har rett til samvær med foreldre, og foreldre har rett til samvær med barnet. Barnet har rett til samvær med begge foreldrene, også når de bor hver for seg, og foreldrene har et gjensidig ansvar for at samværsretten blir oppfylt, jf. bl. § 42 første ledd. Foreldrenes rett til samvær med barnet følger av barneloven § 43 første ledd første punktum, hvor det fremkommer at «den av foreldra» som «barnet ikkje bur saman med» har rett til samvær med barnet om ikke annet er avtalt eller fastsatt. Hensikten bak lovgivningen var å få styrket rettsstillingen til forelderen som ikke bor sammen med barnet fast, og som en følge av det minske konflikter rundt samvær.⁷⁵ Disse reglene er uttrykk for at barn og foreldre har en gjensidig samværsrett.

3.1.2 Hvem er foreldre etter barneloven?

Spørsmålet om samvær med andre enn foreldre, har et viktig bakteppe i reglene om hvem som regnes som foreldre etter barneloven. Hvem som juridisk sett er foreldre etter barneloven er regulert i kapittel 2. Rettslig foreldreskap blir etablert på den måten som er anerkjent av lovgiver, noe som vil bli redegjort for i det følgende.

Vilkåret «den av foreldra» kan oppfylles av at vedkommende oppfyller vilkårene for å være juridisk mor, far eller medmor. Barneloven § 2 første ledd slår fast at den kvinnen som føder barnet, skal regnes som «mor». Bestemmelsen bygger rent på et biologisk prinsipp, hvor det avgjørende er at kvinnen føder barnet.⁷⁶ På grunnlag av den biologiske tilknytningen mellom fosteret og kvinnen etableres juridisk morskap direkte. Bestemmelsen tydeliggjør at en norsk

⁷⁵ Sandberg (2020) side 159.

⁷⁶ Backer (2008) side 61.

kvinne ikke kan få fastsatt morskap etter barneloven dersom barnet er født av surrogatmor i utlandet, til tross for at den norske kvinnen har donert egg.⁷⁷

I likhet med morskap, er reglene om juridisk farskap først og fremst basert på det biologiske prinsipp, ved at det foreligger en presumsjon om at ektemannen er biologisk far til barnet etter pater est- reglen, jf. bl. § 3 første ledd.⁷⁸ Pater-est reglen anses etter forarbeidene å ha «høy treffsikkerhet» når det kommer til «forholdet mellom det juridiske og det biologiske foreldreskapet».⁷⁹ Dette taler klart for et ønske fra lovgiver om et overlappende biologisk og juridisk foreldreskap. Dersom foreldrene ikke er gift, kan farskap følge av erklæring jf. bl § 4, eller etter dom jf. bl. § 9. Ved erklæring må foreldrene være enige om farskapet, jf. bestemmelsens annet ledd annet punktum.

Foreldre omfatter også «medmor» etter bl. § 3 eller § 4. Medmor til barnet er «den kvinne som mora er gift med ved fødselen når barnet er avla ved assistert befruktning innafør godkjent helsestell og med kvinne sitt samtykke til befruktninga», jf. bl. § 3 annet ledd, § 4 fjerde ledd og bioteknologiloven § 2-5 annet ledd. Dersom ikke alle vilkårene er oppfylt, vil ikke vedkommende tilkjennes rettigheter som juridisk medmor etter barneloven.⁸⁰

Å være forelder har imidlertid flere siden enn den juridiske relasjonen som defineres av barneloven. Det er tatt til orde for i juridisk teori, blant annet av Backer og Bendiksen og Haugli (2022), at det å være forelder kan defineres både biologisk, rettslig, genetisk og sosialt.⁸¹ Det er også i NOU 2009:5 vist til «spenningen mellom rettslig, biologisk og sosialt foreldreskap».⁸²

Det er kun i relasjon til morskap på bakgrunn av utviklingen innen bioteknologien med eggdonasjon og surrogati at det kan foretas et skille mellom det biologiske og genetiske morskapet. Surrogati er imidlertid forbudt i Norge, og en slik avtale vil ikke være bindende, jf. bl. § 2 andre ledd.⁸³

⁷⁷ Bendiksen og Haugli (2022) side 86.

⁷⁸ Se også HR-2022-847-A avsnitt 75.

⁷⁹ NOU 2020:14 side 125.

⁸⁰ Ot.prp.nr. 33 (2007-2008) side 91.

⁸¹ Backer (2008) side 46 og Bendiksen og Haugli (2022) side 81.

⁸² NOU 2009:5 side 29.

⁸³ Bendiksen og Haugli (2022) side 86-87.

For fedre vil imidlertid alltid det biologiske og genetiske farskapet være overlappende.⁸⁴ Det overnevnte kan ses i tråd med at det ikke er opplagt hvem som er «foreldre» etter barnekonvensjonen artikkel 7 nummer 1. FN's barnekomité har ikke direkte uttalt seg om dette, og det foreligger ingen enighet internasjonalt heller.⁸⁵

Spørsmål om samvær for andre enn foreldre oppstår gjerne nettopp fordi det biologiske/genetiske, juridiske og sosiale foreldreskapet ikke nødvendigvis er sammenfallende.⁸⁶ Slik som for eksempel mellom en mann som er sosial forelder for et barn ektefellen har fra et tidligere ekteskap.⁸⁷

3.1.3 Samværsrett når det juridiske foreldreskapet endres

Det vil kunne oppstå særlige spørsmål i tilknytning til foreldrevilkåret for samværsrett etter §§ 42 og 43 når det juridiske foreldreskapet endres. For den som mister den juridiske foreldretilknytningen, vil spørsmål om samvær oppstå. Dette var for eksempel tilfelle i HR-2022-847-A hvor det fremkom under en tvist om foreldreansvar, bosted og samvær at vedkommende ikke var biologisk far til barnet. Det fremgikk som følge av en farskapssak, som legges uprøvd til grunn i andre saker jf. bl. § 8.⁸⁸ Det følger av barneloven §§ 6 og 7 at farskap kan endres, det kan skje enten frivillig eller ved dom.⁸⁹ Reglene viser et ønske fra lovgiver om et sammenfallende juridisk og biologisk farskap, noe som er gjennomgående i lovgivningen.⁹⁰ Det innebærer at ved endring av foreldreskap så vil den «nye» faren innta rettighetsposisjon som juridisk far, og dermed blant annet tilkjennes samværsrett. Den tidligere juridiske faren vil miste sin rettslige posisjon som far og miste samværsretten med barnet etter barneloven.⁹¹ Dermed oppstår spørsmålet om samværsrett kan gis med rettsgrunnlag i andre bestemmelser slik som EMK artikkel 8, noe jeg kommer tilbake til i kapittel 4.

⁸⁴ Ibid side 87.

⁸⁵ NOU 2020:14 side 121.

⁸⁶ Sørensen, vedlegg til NOU 2016:16 side 335.

⁸⁷ Bendiksen og Haugli (2022) side 85.

⁸⁸ HR-2022-847-A avsnitt 51.

⁸⁹ Det kan stilles spørsmål om endring av medmorskap reguleres på samme måte. Det skal etter bl. § 4 a fjerde ledd tas utgangspunkt i reglene om endring av farskap så langt de passer. Frivillig endring av farskap etter reglene i bl. § 7 er ikke anvendelig når det kommer til medmorskap, da det ikke foreligger en biologisk tilknytning jf. Ot.prp.nr.33 (2007-2008) side 76.

⁹⁰ Se under punkt 3.1.2.

⁹¹ Se HR-2022-847-A avsnitt 52-53.

Endring av juridisk foreldreskap er komplekst og åpner for en rekke spørsmål som jeg ikke skal gå nærmere inn på her, men det er likevel grunn til å nevne at det i NOU 2009:5 ble foreslått å gi domstolene mulighet til å fastsette samvær «for en mann som har vært barnets juridiske far, men hvor farskapet senere er blitt endret».⁹² Departementet fant det ikke «hensiktsmessig» å følge opp forslaget i den påfølgende Prop. 105 L (2012-2013) med bakgrunn i at den foreliggende proposisjonen «gjelder endringer i barnelovens kapitler om farskap og morskap» og uttaler videre at departementet «vil vurderer forslaget nærmere i andre prosesser som gjelder samværsrett».⁹³ Det er enda ikke gjort, noe jeg kommer tilbake til i kapittel 5.

3.2 Lovregulert samværsrett for slektninger og andre

Barneloven § 45 fastsetter samværsrett for andre enn foreldre i kun to tilfeller. For det første når en eller begge foreldrene er døde jf. første ledd, og for det andre når en forelder er nektet samværsrett etter § 43 første ledd tredje punktum jf. annet ledd. Gruppen som kan tilkjennes samvær er ikke den samme. Muligheten til samvær med barn for andre enn foreldre etter barneloven er uttømmende regulert i § 45.⁹⁴ Det følger direkte av bestemmelsens ordlyd at samværsretten må fastsettes særskilt av retten i hvert enkelt tilfelle.⁹⁵

Barneloven § 45 åpner med andre ord ikke for en løpende, parallell samværsrett ved siden av foreldrenes samværsrett dersom de begge er i live og ingen av dem er nektet samværsrett etter bl. § 43 første ledd tredje punktum, da dette ifølge forarbeider «synes vanskelig forenlig med prinsippet om barnets beste».⁹⁶ Det ble særlig sett hen til at dette kan være konfliktskapende, og barnet står i fare for å stå i midten av en konflikt mellom foreldre og den som hevder å være samværsberettiget.⁹⁷

Et annet fellestrekk ved to tilfellene som er regulert i bl. § 45 første og andre ledd, er at forelderen ikke har mulighet til å være bindeleddet mellom barnet og den påståtte samværsberettigede, enten på grunn av død eller samværsnektelse. Hensynene som begrunner fortsatt kontakt i form av samværsrett varierer imidlertid noe for kretsen av

⁹² NOU 2009:5 side 118.

⁹³ Prop. 105 L (2012-2013) side 9.

⁹⁴ NOU 2020:14 side 231, se også av RT-2012-323.

⁹⁵ Se også Backer (2008) side 411.

⁹⁶ Ot.prp.nr.56 (1996-1997) side 62; Rt-2012-323 avsnitt 42.

⁹⁷ Ot.prp.nr.56 (1996-1997) side 62.

samværsberettigede etter første ledd, se nærmere punkt 3.2.1 og etter andre ledd, se videre i punkt 3.2.2.

3.2.1 En eller begge foreldrene er døde

Barneloven § 45 første ledd innebærer at slektninger eller «andre som er nær knytte til barnet» kan kreve samvær når en eller begge av foreldre er døde. Det fremgår av forarbeidene, Ot.prp.nr. 44 (1987-1988) at formålet med denne bestemmelsen er å forhindre at barnet blir stående uten noe tilknytning til slekten til den avdøde forelderen etter dødsfallet.⁹⁸ Bestemmelsen ivaretar dermed hensynet til kontakt med storfamilien, og andre hensyn som presentert i kapittel 2, slik som hensynet til omsorg og trygghet.

Den naturlige språklige forståelsen av «slektninger» tilsier at alle som har en biologisk tilknytning til barnet kan tilkjennes samværsrett, og bestemmelsens ordlyd favner dermed vidt. Det at slektninger på gjenlevende forelders side har en forelder som et naturlig bindeledd mellom dem og barnet, tilsier at bestemmelsen er mest aktuell for slektninger på avdødes side. En slik forståelse er i tråd med bestemmelsens formål om ivaretagelse av familiære bånd på avdødes side, samt at spørsmål om samvær da vil ligge innenfor den gjenlevende foreldres autonomi og foreldreansvar. Dette har støtte hos Backer som tar til orde for at det i «utgangspunktet» vil være «slektninger på avdødes side, eller for en steforelder som har en nær tilknytning til barnet» som bestemmelsen er aktuell for på bakgrunn av «lovens system» og det reelle behovet.⁹⁹ Det uttales i NOU 1977:35 at utvalget antar at bestemmelsen har størst praktisk betydning for besteforeldre.¹⁰⁰

For andre enn slektninger kreves det et nært bånd mellom barnet og vedkommende, jf. ordlyden av «andre som er nært knyttet til barnet». Det tilsier at det kan ses hen til nære, personlige bånd mellom barnet og personen. Det kan for eksempel være tidligere fosterforeldre, omsorgspersoner, sosiale foreldre og juridiske foreldre som bestemmelsen er aktuell for. Ordlyden tilsier at det må foretas konkrete vurderinger i hvert enkelt tilfelle, noe som er i tråd med prinsippet om barnets beste og de føringene jeg viste til i kapittel 2 om samværsspørsmålet.

⁹⁸ Ot.prp.nr. 44 (1987-1988) side 21.

⁹⁹ Backer (2008) side 411 – 412.

¹⁰⁰ NOU 1977:35 side 132.

Et uavklart spørsmål knyttet til tolkningen av ordlyden i § 45 første ledd, er hvorvidt kravet til tilknytning i bl. § 45 kun gjelder for «andre», eller om det også gjelder for slektninger. Teori og rettspraksis er her noe delt. Det uttales i NOU 1977:35 at «det er et vilkår at den som får samværsrett, har vært nært knyttet til barnet, jfr. bestemmelsens ordlyd», noe som taler for at det foreligger et slikt krav om tilknytning.¹⁰¹ Backer er av en annen oppfatning og hevder at «[...] etter min mening bør vilkåret om tilknytning bare anses for å gjelde andre enn slektninger».¹⁰² I etterkant av dette, ble det i LG-2013-52027, ikke tatt endelig stilling til spørsmålet, men det ble ved spørsmål om det burde etableres samvær mellom tantene og barna uttalt at «om det er slik tilknytning mellom tantene og barna som kreves i barneloven § 45 [...]».¹⁰³ Noe som kan implisere at det foreligger et slikt tilknytningskrav for slektninger. I NOU 2020:14 påpekte utvalget i relasjon til nevnte dom at lagmannsretten ikke tok «endelig stilling til spørsmålet, men synes å forutsette at tilknytningskravet også må gjelde for slektninger».¹⁰⁴ På bakgrunn av dette legges det til grunn at et slikt tilknytningskrav også gjelder for slektninger. En slik forståelse vil også være i tråd med hensynet til barnets beste.

Avgjørelsen av samvær etter § 45 første ledd skal «først og fremst» rette seg etter det som er til barnets beste, jf. bl. § 48, jf. GrL § 104 andre ledd og Barnekonvensjonen art.3. Ordlyden tilsier at hensynet til barnets beste skal være det overveiende hensynet i saken. Det fremholdes i Rt-2005-682 at vurderingen skal tas på grunnlag av «forholdene på avgjørelsestidspunktet og ta sikte på å finne den løsningen som må antas å være best for barnet i tiden fremover».¹⁰⁵ Det er fremhevet i Ot.prp. nr. 29 (2002- 2003) at det må foretas konkrete vurderinger av alle de relevante omstendighetene i saken.¹⁰⁶ Det sentrale vurderingsmomentet er dermed hvorvidt barnet har behov for slikt samvær.¹⁰⁷ Det uttales i Ot.prp. nr.56 (1996-1997) at for tilkjennelse av samværsrett etter § 45 kreves det «ikke spesielle eller sterke grunner, men samværsretten er i disse tilfellene ikke like selvfølgelig som for de biologiske foreldrene».¹⁰⁸ Departementet uttalte på bakgrunn av dette at «[m]an bør derfor være varsom med å fastsette en samværsrett for besteforeldre mot protester fra den

¹⁰¹ NOU 1977: 35 side 133.

¹⁰² Backer (2008) side 412.

¹⁰³ LG-2013-52027.

¹⁰⁴ NOU 2020:14 side 232.

¹⁰⁵ Rt-2005-682 avsnitt 32.

¹⁰⁶ Ot.prp.nr. 29 (2002-2003) side 28.

¹⁰⁷ Ot.prp.nr. 56 (1996-1997) side 61.

¹⁰⁸ Ibid. Se også LB-2020-83577.

gjenlevende mor eller far».¹⁰⁹ Det viser til en respekt for foreldreskapet og hensynet til foreldrenes autonomi.

Barneloven § 45 første ledd sier ikke noe om hvor mange «slektninger» og/eller «andre» som kan tilkjennes samværsrett. Hensynet til barnets beste og hensynet for stabilitet og ro for barnet tilsier at det ikke bør tilkjennes samværsrett til for mange. Det er i tråd med hva som fremkommer av en rekke barnevernssaker. Det er blant annet uttalt i K.O og V.M mot Norge at samvær ikke kan utsette barnet for en urimelig belastning.¹¹⁰ Med tanke på barnets beste kan det tas til orde for at en slik vurderingsnorm har overføringsverdi også i saker etter barneloven, da mange av de samme hensynene gjør seg gjeldende.¹¹¹

3.2.2 Forelder er nektet samvær

Samværsrett etter bl. § 45 annet ledd er bare aktuelt rettsgrunnlag i situasjoner der det er en «sak om samværsrett mellom foreldra» og der retten har nektet en forelder samværsrett. I slike situasjoner følger det av ordlyden «[...] hans eller hennar foreldre» at det kun er besteforeldre som kan tilkjennes samvær etter denne bestemmelsen.

Et ytterligere vilkår er ifølge annet ledd annet punktum at besteforeldrene ikke lar den forelder som er nektet samvær få møte barnet. Det ville isåfall ha uthult samværsnektelsen. Det følger av forarbeidene at formålet til bl. § 45 annet ledd er å ivareta kontakten mellom barnet og familien til den forelderen som ikke selv har samvær.¹¹² Dette er for at barnet skal få opprettholde den biologiske, samt emosjonelle tilknytningen til denne delen av barnets slektskap.¹¹³

I likhet med fastsettelse av samværsrett etter første ledd, skal samværsrett for besteforeldre «først og fremst» avgjøres ut fra hensynet til barnets beste, jf. § 48. De samme momentene og vurderingstema er her relevante som ved første ledd. I rettslitteratur er hensynet til kontinuitet og stabilitet for barnet fremhevet, for eksempel når vises til at det vil være «mest naturlig»

¹⁰⁹ Ot.prp. nr.56 (1996-1997) side 61.

¹¹⁰ *K.O and V.M v. Norway* [J] no. 64808/16, avsnitt 69.

¹¹¹ Dette har støtte i LB-2020-83577.

¹¹² Ot.prp.nr.56 (1996-97) side 87.

¹¹³ Backer (2008) side 413.

med samværsrett for besteforeldrene, dersom barnet fra tidligere har en god relasjon med dem.¹¹⁴ Dette vil også være i tråd med hensynet til konfliktavverging.

Søksmålsadgangen er regulert i tråd med hensynet til foreldrenes autonomi og respekt for foreldreskapet. Forelderen kan kreve at domstolen «tar stilling til» om vedkommende sine foreldre skal tilkjennes samværsrett og i hvilket omfang jf. bl. § 45 andre ledd. Det foreligger dermed ikke en selvstendig søksmålsadgang for besteforeldre.¹¹⁵

3.2.3 Avsluttende bemerkninger - barnets nære relasjoner

Hittil har analysen løftet frem at adgangen til samværsberettigede etter barneloven § 45 er nokså snever. Det vil derfor kunne være en lang rekke av mennesker i barnets liv som ikke kan tilkjennes en samværsrett etter barneloven §§ 43 eller 45. Sentrale eksempler er situasjoner der en person har den biologiske eller sosiale tilknytningen til barnet, men mangler det juridiske bindeleddet og dermed ikke har samværsrett etter barneloven. Det kan blant annet være tale om en sosial forelder, en tidligere juridisk forelder eller en kvinne som ikke har oppfylt vilkårene for etablering av medmorskap. Samt når begge foreldrene er i live og har samværsrett, så vil ikke slektninger eller andre viktige personer i barnets liv kunne tilkjennes samværsrett.

Til tross for at lovgiver har vært svært tilbakeholdne med å åpne opp for en samværsrett for andre enn foreldre,¹¹⁶ så fastsetter Høyesterett i HR-2022-8847-A at samværsrettigheter for andre enn foreldre *kan* tilkjennes med hjemmel i EMK artikkel 8. Høyesterett har med dette utvidet persongruppen og relasjoner som kan kreve samværsrett og etablert et nytt rettslig grunnlag for samværsrett for andre enn foreldre. Dette vil jeg komme nærmere inn på i det følgende.

¹¹⁴ Backer (2008) side 415.

¹¹⁵ Ot.prp.nr.56 (1996-1997) side 87.

¹¹⁶ Backer (2008) side 411.

4 Samværsrett mellom barn og andre enn foreldre etter EMK artikkel 8

4.1 Nærmere om HR-2022-847-A

Dommen i HR-2022-847-A omhandlet foreldreansvar, fast bosted og samvær mellom et barn og en mann som ikke var barnets far. Jeg vil i det følgende bare se hen til hva som var relevant for spørsmålet om samværsrett.

Saken som opprinnelig var en ordinær foreldretvist, fikk imidlertid en annen retning da det underveis kom frem på bakgrunn av en farskapssak, at mannen ikke var biologisk far til barnet. Høyesterett fastslo dermed at siden han ikke lenger var å regne som forelder i barnelovens forstand, har han ingen rettigheter etter barneloven.¹¹⁷

Spørsmålet for Høyesterett ble dermed blant annet hvorvidt han kan tilkjennes samværsrett med hjemmel i EMK artikkel 8. Høyesterett fant det klart at forholdet mellom barnet og mannen utgjorde et «familieliv» etter EMK artikkel 8, og at det forelå tette personlige bånd («close personal ties») med blant annet henvisning til EMD dommen i Nazarenko mot Russland med et lignende saksforhold.¹¹⁸ Det ble vist til at han har oppdratt henne frem til syv års alderen, hun hadde da bodd hos han i store deler av livet sitt og begge var i god tro om farskapet.¹¹⁹

Høyesterett påpeker at «det faktum at [han] har mistet alle de posisjoner og rettigheter til barnet som han tidligere hadde hatt, kan betraktes som et inngrep i hans rett til familieliv med barnet».¹²⁰ Imidlertid kommer Høyesterett på bakgrunn av henvisninger til tidligere EMD dommer frem til at mannen sine krav skal vurderes etter EMK artikkel 8 nr.1, og spørsmålet ble dermed hvorvidt «[...] statens positive plikt til å respektere hans rett til et familieliv med barnet er brutt».¹²¹

Høyesterett foretar deretter konkrete vurderinger av hva som vil være til det beste for barnet når det kommer til foreldreansvar, fast bosted og samvær. Når det kommer til spørsmålet om

¹¹⁷ HR-2022-847-A avsnitt 51-54 og avsnitt 57.

¹¹⁸ Ibid avsnitt 60-64.

¹¹⁹ Ibid avsnitt 64.

¹²⁰ Ibid avsnitt 67.

¹²¹ Ibid avsnitt 71.

samvær mellom han og barnet, så viste Høyesterett til at «forholdene ligger godt til rette for å fastsette samvær».¹²² Høyesterett viste til statens positive plikt til å ivareta slike familieband med grunnlag i EMD sin praksis.¹²³ Høyesterett kom dermed frem til at det ville være i barnets beste interesse å opprettholde god kontakt med sin tidligere juridiske far, både på bakgrunn av at han hadde vært farens hennes i mange år og at de klart hadde et nært, personlig band. Høyesterett viste også til at samvær ville gi muligheten til å ivareta tilknytningen til Norge hvor hun har bodd store deler av livet sitt.¹²⁴ Høyesterett sluttet seg dermed til lagmannsrettens fastsettelse av samvær, og anså det som et «godt og tilstrekkelig grunnlag» for opprettholdelse av familiebandene mellom dem.¹²⁵ Det ble også sett hen til praktiske grunner og reiseavstand, og det overordnede hensynet i hele vurderingen var hensynet til barnets beste.¹²⁶

4.2 Familieliv

4.2.1 Hvilke mellommenneskelige relasjoner er beskyttet etter EMK artikkel 8

4.2.1.1 Innledning

Spørsmålet blir hvilke av barnets «mellommenneskelige relasjoner» som er beskyttet av retten til familieliv etter EMK artikkel 8, som NOU 2020:14 formulerer vurderingstemaet, og dermed kan ha en rett til samvær etter konvensjonen.¹²⁷ Det beror på en tolkning av «familieliv» i konvensjonens forstand. Konvensjonstekstens ordlyd gir ingen nærmere føringer på hva som inngår i familielivsbegrepet. EMD har imidlertid tatt stilling til begrepets innhold i en rekke avgjørelser etter EMK artikkel 8.¹²⁸ Selve kjernen og utgangspunktet for familielivsbegrepet er forholdet mellom biologiske eller juridiske foreldre og mindreårige barn. Det grunnleggende elementet i familielivet etter konvensjonen er retten til å leve

¹²² HR-2022-847-A avsnitt 94.

¹²³ Ibid. avsnitt 95.

¹²⁴ Ibid. avsnitt 96 og 97.

¹²⁵ Ibid. avsnitt 99.

¹²⁶ Bendiksen og Haugli (2022) side 172.

¹²⁷ NOU 2020: 14 side 234. Se også Bendiksen og Haugli (2022) side 52.

¹²⁸ NOU 2016: 16 vedlegg 4 side 336.

sammen så familieforhold kan utvikles normalt,¹²⁹ samt den gjensidige gleden foreldre og barn får av hverandres selskap.¹³⁰

EMD anvender imidlertid en videre forståelse av begrepet familieliv enn den primære barn og foreldre relasjonen. Som det oppsummeres i NOU 2020:14: «EMDs praksis, som er rikholdig, viser at biologiske bånd ikke er et vilkår for et «familieliv». Følelsesmessige bånd står sentralt».¹³¹ Utover biologiske foreldre, så kan blant annet besteforeldre, onkler og tanter, søsken, tidligere juridiske foreldre, fosterforeldre og sosiale foreldre anses å ha en slik relasjon til barnet at den er beskyttelsesverdigg etter EMK artikkel 8 dersom det etter omstendighetene kan vises til et faktisk familieliv («de facto family life»), hvor det sentrale vurderingstemaet er hvorvidt det foreligger nære, personlige bånd («close personal ties») mellom barnet og vedkommende.¹³²

Det springende punktet er dermed hva som utgjør «close personal ties» ifølge EMDs praksis. Relevant i tolkningen er ifølge EMD sin rettspraksis biologiske, sosiale og rettslige bånd.¹³³ Sørensen tar til orde for i NOU 2016:16 at «[g]enerelt kan en si at de biologiske og sosiale forhold er av størst betydning».¹³⁴

4.2.1.2 Kun biologisk bånd til barnet

Det kan dermed stilles spørsmål ved hvorvidt det er tilstrekkelig at det kun foreligger en biologisk tilknytning mellom barnet og en biologisk far, hvor vedkommende ikke har det juridiske foreldreskapet, for at relasjonen er vernet etter EMK artikkel 8 nr.1. Slik som for eksempel for ugifte fedre uten registrert farskap og deres biologiske barn.¹³⁵

Det fremgår av EMD praksis at dersom det kun eksisterer en biologisk tilknytning mellom forelderen og barnet, uten noe annen juridisk eller faktisk relasjon som indikerer eksistensen av et nært, personlig forhold, så er ikke det tilstrekkelig.¹³⁶ Slik som at forholdet mellom en sæddonor og et barn i seg selv er tilstrekkelig.¹³⁷

¹²⁹ *Marckx v. Belgia* [J], no. 6833/74 avsnitt 31.

¹³⁰ *McMichael v. The United Kingdom* [J] no. 16424/90 [J] avsnitt 86.

¹³¹ NOU 2020:14 side 234.

¹³² *V.D. and others v. Russia* [J] no. 72931/10 avsnitt 90.

¹³³ Sørensen, vedlegg 4 til NOU 2016: 16, side 336.

¹³⁴ *Ibid.* side 335

¹³⁵ *Ibid.* side 336.

¹³⁶ *L.v.the Netherlands* [J] no. 45582/99 avsnitt 37-40.

¹³⁷ NOU 2016:16 side 336.

Som oftest vil det først være tale om et «familieliv» dersom personen har bodd sammen med barnet, men det er ikke alltid en nødvendig forutsetning, jf. *Kopf og Liberda mot Østerrike*.¹³⁸ Til tross av dette har imidlertid EMD gjennom rettspraksis fastslått at den framtidige potensielle relasjonen mellom en biologisk forelder og barnet unntaksvis vil kunne falle innenfor bestemmelsen, spesielt i saker hvor familielivet ikke er blitt etablert enda og det ikke ligger på saksøkerens hånd.¹³⁹ Dette var tilfellet i *L. mot Nederland* hvor den biologiske faren ønsket samvær med datteren sin.¹⁴⁰ Det ble i dommen vist til at relevante momenter for å vurdere hvorvidt det kan anses å foreligge «close personal ties» i disse tilfellene beror på «the nature of the relationship between the natural parents and a demonstrable interest in and commitment by the father to the child both before and after the birth», jf. avsnitt 35.¹⁴¹ I *L. mot Nederland* viste EMD til at datteren var født inn i et genuint forhold mellom saksøkeren og moren som varte i tre år og frem til datteren var 16 måneder.¹⁴² Han hadde vært datterens «auxiliary guardian» frem til hun var syv måneder, da dette ble avskaffet.¹⁴³ Til tross av at de ikke har bodd sammen, ble vist til at han besøkte datteren med jevne mellom, han byttet bleie et par ganger, satt barnevakt for henne én eller to ganger, og at han hadde flere samtaler med moren angående datterens nedsatte hørsel.¹⁴⁴ EMD kom dermed frem til at eksisterte «certain ties» i tillegg til biologisk slektskap mellom mannen og hans biologiske datter, som var tilstrekkelig for å omfattes av familielivbegrepet i EMK artikkel 8.¹⁴⁵

4.2.1.3 Fjernere slektskap

Det er også tilfeller hvor andre persongrupper som har et enda fjerne slektskap til barnet ønsker samvær, og EMD har i flere saker anerkjent at det kan foreligge et familieliv i disse tilfellene. Det fremgår av rettspraksis og teori at det generelt er slik at jo fjernere slektskap det er til barnet, desto større krav stilles det til at det foreligger nære personlige bånd mellom barnet og den påståtte samværsberettigede.¹⁴⁶ Det kan i relasjon til dette ses hen til NOU 2016:16 hvor det uttales at det i relasjon til persongrupper med fjerne slektskap må foreligge «en betydningsfull relasjon», og videre at «[s]øsken vil således lett ha et

¹³⁸ *Kopf and Liberda v. Austria* [J] no. 1598/06.

¹³⁹ *Anayo v. Germany* [J]. no. 20578/07 avsnitt 57, se også *L.v.the Netherlands* [J] no. 45582/99.

¹⁴⁰ *L.v.the Netherlands* [J] no. 45582/99.

¹⁴¹ *Ibid* avsnitt 36.

¹⁴² *Ibid* avsnitt 38.

¹⁴³ *Ibid* avsnitt 38.

¹⁴⁴ *Ibid* avsnitt 39.

¹⁴⁵ *Ibid* avsnitt 40.

¹⁴⁶ Bendiksen (2008) side199.

konvensjonsvernet familieliv, men også forholdet mellom barn og besteforeldre og barn og onkel/tante vil kunne utgjøre familieliv i EMKs forstand».¹⁴⁷

Det fremgår av *Strand Lobben m.fl. mot Norge* (2017) at «...within the meaning of Article 8, ‘family life’ between grandparents and grandchildren may, accordingly, exist ‘where there are sufficiently close family ties between them... While cohabitation is not a prerequisite, as close relationships created by frequent contact also suffice, relations between a child and its grandparents with whom it had lived for a time will normally be considered to fall within that category...».¹⁴⁸ EMDs bruk av “may..exist» tilsier at også disse nære biologiske relasjonene, slik som for eksempel ovenfor barn og besteforeldre,¹⁴⁹ søsken og onkler eller tanter,¹⁵⁰ må prøves for hvorvidt det foreligger nære personlige bånd. Det er som nevnt ikke tilstrekkelig med kun den biologiske tilknytningen for at det foreligger et «familieliv» etter konvensjonen.

Det at barnet og den som hevder seg samværsberettiget har bodd sammen, vil normalt anses som et krav for at relasjonen er beskyttet etter EMK artikkel 8.¹⁵¹ Imidlertid illustreres det gjennom EMD sin rettspraksis at det kan ses hen til andre relevante faktorer i vurderingen av hvorvidt det foreligger et familieliv med nære, personlige bånd.¹⁵² Dette var tilfelle i *Boyle mot Storbritannia* som omhandlet en onkel som ønsket samvær med en nevø som var under offentlig omsorg.¹⁵³ De hadde aldri bodd sammen, og det ble uttalt at dette kun var ett av flere momenter som kunne være viktig i helhetsvurderingen.¹⁵⁴ Det ble tillagt avgjørende vekt at de hadde hatt mye kontakt siden nevøen ble født, at han pleide å tilbringe helgene med onkelen og han er blitt beskrevet som «a good father figure» for nevøen.¹⁵⁵ Det ble ansett å foreligge nære, personlige bånd mellom dem og et vernet familieliv etter EMK artikkel 8.¹⁵⁶ Dommen illustrer at det foretas helt konkrete vurderinger i hvert enkelt tilfelle, hvor relevante momenter utover hvorvidt man har bodd sammen er, som påpekt i Prop. 133 «[...] hvor mye tid de har tilbrakt sammen tidligere, den følelsesmessige bindingen og hvor mye

¹⁴⁷ NOU 2016: 16 side 182.

¹⁴⁸ *Strand Lobben and others v. Norway* [GC] no. 37283/13 avsnitt 87 og 89.

¹⁴⁹ *Marckz mot Belgia* (1969)

¹⁵⁰ *Boyle v. The United Kingdom* [C], no. 16580/90, avsnitt

¹⁵¹ *Nazarenko v. Russia* [J] no. 39438/13, avsnitt 56.

¹⁵² *Boyle v. The United Kingdom* [C], no. 16580/90 avsnitt 43.

¹⁵³ *Boyle v. The United Kingdom* [C], no. 16580/90.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.* avsnitt 8-25, 42 og 44.

¹⁵⁶ *Ibid.* avsnitt 45.

vedkommende har engasjert seg i barnet».¹⁵⁷ Det er som Sørensen tar til orde for «[...] desto fjernere slektskap det er til barnet, desto større krav stilles det imidlertid til at det foreligger omfattende faktiske bånd mellom barnet og den aktuelle personen».¹⁵⁸

Et annet eksempel er T.S og J.J mot Norge som omhandlet en bestemor som ønsket samvær med barnebarnet som var plassert i en fosterfamilie.¹⁵⁹ EMD kom frem til at en bestemoren og barnebarnet hadde et tilstrekkelig nært forhold («sufficiently close family ties») og det forelå et familieliv etter konvensjonens forstand.¹⁶⁰ Barnebarnet hadde hatt god kontakt med henne frem til han var fire år gammel, de hadde bodd sammen en periode og de hadde jevnlig kontakt over telefon.¹⁶¹ Det må imidlertid bemerkes at dette var en avvisningsavgjørelse, og Søvig tar til orde for at de har «[b]egrenset rettskildemessig gjennomslagskraft for så vidt gjelder materielle rettigheter etter EMK».¹⁶²

EMD praksis viser dermed at det er noe lempeligere krav til faktiske bånd, i form av nære, personlige bånd, avhengig av hvor nær biologisk relasjon man har til barnet. Det er i tråd med uttalelsen om at jo fjernere slektskap, jo høyere krav til faktiske bånd er det.¹⁶³ Det er som Jørgen Aall benevner det snakk om et «relativt familiebegrep» som får betydning for vernet etter bestemmelsen og statens forpliktelser, noe jeg kommer tilbake til i punkt 4.2.3 i relasjon til samvær.¹⁶⁴

4.2.1.4 Kun sosialt bånd til barnet

Et ytterligere spørsmål er hva som kreves av tilknytning i relasjon til persongrupper hvor det ikke foreligger noe juridiske eller biologiske forbindelse, og kun et sosialt bånd. EMD sin praksis illustrer at relasjonen vil kunne være verneverdig dersom det har eksistert et faktisk familieliv over en viss tid («de facto family life») med nære personlige bånd («close personal ties») mellom barnet og vedkommende.¹⁶⁵

¹⁵⁷ Prop. 133 L (2020-2021) side 37.

¹⁵⁸ Sørensen, vedlegg 4 til NOU 2016:16, side 336. Med videre henvisning til Bendiksen (2008) side 119.

¹⁵⁹ *T. S and J.J. v. Norway* [J] no. 15633/15 avsnitt 19.

¹⁶⁰ *Ibid* avsnitt 23.

¹⁶¹ *Ibid*.

¹⁶² Søvig (2005) side 127.

¹⁶³ Sørensen, vedlegg 4 til NOU 2016:16, side 336. Gjengitt i Prop. 133 L (2020-2021) side 37.

¹⁶⁴ Aall (2015) side 234.

¹⁶⁵ jf. *K. and T.v. Finland [GC]* no.25702/94 avsnitt 150.

Slik som at forholdet mellom fosterforeldre og fosterbarn kan utgjøre et familieliv. Dette var tilfellet i *Moretti og Benedetti mot Italia*, hvor problemstillingen var hvorvidt det at barnet ble adoptert bort til en annen familie innebar en krenkelse av fosterfamiliens rett til respekt for familieliv med barnet etter EMK artikkel 8.¹⁶⁶ I den sammenheng trakk EMD frem flere momenter som måtte vektlegges i vurderingen av hvorvidt det forelå et faktisk familieliv med nære personlige bånd. Det ble sett hen til «hvor lang tid man hadde tilbrakt sammen, hvilken type familierelasjon det var snakk om og hvilken rolle de voksne hadde påtatt seg overfor barnet».¹⁶⁷ Disse momentene er trukket frem i senere praksis, blant annet i *Kopf and Liberda mot Østerrike*.¹⁶⁸

Som tidligere vist til, så kom EMD i *Nazarenko mot Russland* frem til at det forelå tilstrekkelig nære og personlige bånd mellom barnet og den tidligere juridiske faren til at det var snakk om et etablert familieliv etter konvensjonens forstand.¹⁶⁹ EMD viste til at han hadde oppfostret henne og tatt vare på henne i mer enn fem år, og trodd at han var hennes datter.¹⁷⁰ Det var også dokumentert av sakkyndige at det forelå et nært, emosjonelt bånd mellom dem, og hun hadde også bodd hos han hele livet.¹⁷¹

I *Moretti og Benedetti mot Italia* kom EMD frem til at forholdet mellom fosterforeldrene og barnet var vernet etter familielivbegrepet i EMK artikkel 8 nr.1.¹⁷² Barnet hadde bodd hos dem i periode på nitten måneder, de hadde oppfostret henne som sin egen og de ønsket å adoptere barnet, noe som viste at det forelå tilstrekkelig nære, personlige bånd.¹⁷³ *Kopf og Liberda mot Østerrike* omhandlet et par som ønsket samvær med deres tidligere fosterbarn.¹⁷⁴ Det ble vist til at barnet hadde bodde hos fosterforeldrene i en 46 måneders periode, og at det hadde begynt å utvikle seg en «emotional link [...] similar to the one between parents and

¹⁶⁶ *Moretti et Bendetti c. Italie* [J] no. 6318/07.

¹⁶⁷ *Moretti et Bendetti c. Italie* no 16318/07. Sitat hentet fra lovdata: *Affaire Moretti et Bendetti c. Italie* (Norsk sammendrag).

¹⁶⁸ Se *Kopf and Liberda v. Austria* [J] no. 1598/06.

¹⁶⁹ *Nazarenko v. Russia* [J], no. 39438/13 avsnitt 58.

¹⁷⁰ *Ibid* avsnitt 58.

¹⁷¹ *Ibid* avsnitt 58.

¹⁷² *Moretti et Bendetti c. Italie* no 16318/07 avsnitt 49-50, ikke utgitt på engelsk så har brukt google translate.

¹⁷³ *Ibid*.

¹⁷⁴ *Kopf and Liberda v. Austria* [J] no. 1598/06.

children [...]» i perioden de bodde sammen.¹⁷⁵ Det ble ansett å foreligge et familieliv i konvensjonens forstand.¹⁷⁶

EMD sin praksis viser dermed at i disse tilfellene må det ses hen til om det foreligget et etablert familieliv («de facto familylife») hvor den sosiale tilknytningen er så sterk at det er snakk om nære, personlige bånd («close personal ties»).

4.2.2 Begrepet «familieliv» favner bredt

Beskyttelsen av retten til respekt for familieliv etter EMK artikkel 8 beror således på en konkret helhetsvurdering, og hvorvidt det foreligger et faktisk «familieliv». Det må i den sammenheng ses hen til hvilke biologiske og sosiale bånd som foreligger, og hvor sterke de båndene er. Det ses hen til de nære, personlige båndene mellom barnet og den påståtte samværsberettigede der ikke de biologiske båndene er tilstrekkelige. EMD sin praksis viser som overnevnt at jo fjerne biologisk relasjon, jo nærmere personlige bånd kreves.¹⁷⁷ EMD sin praksis åpner som vist for å verne barnets relasjoner med andre personer enn foreldre, og viser at en lang rekke relasjoner kan være beskyttelsesverdige etter EMK artikkel 8. EMD ser dermed utover kun den tradisjonelle kjernefamilien og biologiske bånd, og anerkjenner den viktige rollen andre mennesker enn foreldre kan ha i et barns liv.¹⁷⁸ EMDs praksis illustrer hvordan det foretas en dynamisk tolkning av bestemmelsen i tråd med samfunnsutviklingen, og det gis plass til mangfoldet av moderne familiekonstellasjoner, implikasjoner av brudd i forhold og verdsettelsen av nære, personlige bånd barnet kan ha med andre enn foreldre.¹⁷⁹

4.3 Betydningen av vernet etter artikkel 8 for samværsspørsmålet

Dersom en relasjon er vernet etter EMK artikkel 8 nr.1, så blir spørsmålet hva retten til respekt for familieliv omfatter i relasjon til samvær, samt hva det innebærer av positive forpliktelser for staten.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Ibid avsnitt 37.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Sørensen, vedlegg 4 til NOU 2016:16, side 336.

¹⁷⁸ NOU 2020: 14 side 234.

¹⁷⁹ Sørensen, vedlegg 4 til NOU 2016:16, side 336.

¹⁸⁰ NOU 2020:14 side 235.

I relasjon til dette ble uttalt i NOU 2020:14 at «praksis fra EMD gir ikke holdepunkter for at staten har en plikt til å sørge for samvær mellom et barn og dets nærstående i alle henseender. Retten til samvær er ikke absolutt, og omfanget av statens forpliktelser vil variere etter forholdene i den enkelte sak og sett hen til den konkrete relasjonen».¹⁸¹

Det fremgår av Nazarenko mot Russland at dersom det foreligger en beskyttet relasjon etter EMK artikkel 8 så må de nasjonale myndighetene «[...] in principle act in a manner calculated to enable that tie to be maintained».¹⁸² De positive forpliktelsene “ [...] may involve the adoption of measures designed to secure respect for family life, even in the sphere of relations between individuals, including both the provision of a regulatory framework of adjudicatory and enforcement machinery protecting individuals’ rights and the implementation, where appropriate, of specific steps”.¹⁸³ Det kan for eksempel være lovendring i nasjonal rett, som jeg vil komme nærmere inn på i kapittel fem.

Det fremgår av EMD sin praksis at beskyttelsesnivået har et relativt preg, se for eksempel Krušić mot Kroatia. En samværsrett vil dermed kunne oppfylle statens positive plikt til å legge til rette for at barnet og den som ønsker samvær får opprettholdt familiebandene mellom dem etter EMK artikkel 8 nr.1, slik de har rett på etter bestemmelsen. For eksempel, i tidligere omtalte HR-2022-847-A kom Høyesterett til at en samværsrett og den samværsordningen lagmannsretten hadde fastsatt ga «et godt og tilstrekkelig grunnlag for at barnet og den samværsberettigede kan opprettholde sine familieband».¹⁸⁴ Det må som dommen illustrer og som fremhevet i EMD sin praksis ved tilkjenning av samværsrett alltid foretas konkret vurderinger av relevante hensyn, med utgangspunkt i hva som er til barnets beste.¹⁸⁵

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² *Nazarenko v. Russia* [J], no. 39438/13 avsnitt 60.

¹⁸³ Ibid. avsnitt 61.

¹⁸⁴ HR-2022-847-A avsnitt 99.

¹⁸⁵ Se *V.D. and others v. Russia* [J] no. 72931/10 avsnitt 126.

5. Rettspolitiske bemerkninger

5.1 Bør det gjøres endringer i barneloven?

5.1.1 Innledning

I barnelovens regulering av samværsrett er det, som vist i kapittel 4, ikke tatt høyde for at det kan foreligge et etablert familieliv mellom andre enn de juridiske foreldrene og barnet.

Enkeltindivider kan derfor etter gjeldende rett tilkjennes en samværsrett med barnet direkte i kraft av EMK artikkel 8, for å ivareta retten til familieliv og ikke minst hensynet til barnets beste, slik som vi så Høyesterett gjorde i HR-2022-847-A. Som vist i oppgaven, vil det på bakgrunn av EMD praksis kunne tilkjennes samværsrett etter EMK artikkel 8 for en videre krets av mennesker enn den som fremgår av bl. § 45 første og annet ledd. Med andre ord, så er altså gruppen som anses å kunne ha en vernet relasjon med barnet større enn etter barnelovens regulering. Det kan både være snakk om mennesker som ikke rettslig sett er forelder til barnet men som innehar «foreldrerollen» i form av sosiale foreldre og som ønsker samvær med barnet, og for slektninger eller enkelte andre personer som barnet har en sterk følelsesmessig tilknytning til. Barnelovens regulering av samvær samsvarer dermed ikke med EMK artikkel 8, noe som er en av flere grunner som kan tale for at det bør foretas endringer i barneloven. Dette har også støtte i rettslitteraturen, som nevnt i kapittel 1, hvor det er signalisert noe skepsis til rettstilstanden slik den fremstår etter HR-2022-847-A.

I kjølevannet av oppgavens hovedproblemstilling om hvordan barnets rett til samvær med andre enn foreldre er regulert i gjeldende rett, er det derfor grunn til å rette et kritisk blikk på rettstilstanden. Spørsmålet her i kapittel 5 er om det bør gjøres endringer i barneloven, og jeg vil reise to utvalgte problemstillinger ved hjelp av enkelte av de hensynene for samværsrett med andre personer enn foreldre, som ble trukket opp i kapittel 2. Hensynene brukes som det rettspolitiske grunnlaget for drøftingen her i kapittel 5, med sikte på diskusjonen både på lovgiverhold og blant jurister om hvordan samvær med andre enn foreldre bør reguleres.

Det tas til orde for i teorien at «[f]ordi avhandlingens adressat er lovgiver og ikke domstolene, blir perspektivet rettspolitisk»,¹⁸⁶ og Horn påpeker videre at rettspolitisk metode bør baseres på en «[...] diskursiv forståelse der det sentrale blir å analysere og bringe til torgs argumenter og perspektiver som kan berike diskursen og som kan legge til rette for at lovgiver kan treffe mer reflekterte valg».¹⁸⁷ Han definerer rettspolitikkenes oppgave som «en søken etter innsikt til bruk for lovgivers vurdering av om loven bør endres og hva lovgiver da bør ta i betraktning ved vurderingen av lovens utforming».¹⁸⁸

5.1.2 Endring av hensyn til forutberegnelighet og andre systembetraktninger?

Det kan i første omgang stilles spørsmål til hvorvidt hensynet til en forutberegnelig rettstilstand innebærer at det må fremgå av barnelovens regulering at samvær for andre enn foreldre kan tilkjennes dersom det foreligger «close personal ties» etter en konkret vurdering med rettslig grunnlag i EMK artikkel 8 nr.1.

Et sentralt argument for å svare ja på dette spørsmålet er at EMKs folkerettslige innhold har forrang foran annen lovgivning etter mrl. § 3 og gjelder som norsk rett. Endring av barneloven på dette punktet kan derfor særlig begrunnes i behovet for rettssikkerhet, herunder behovet for forutberegnelighet. Gjeldende rett, som vist i oppgaven, følger ikke direkte av lovens ordlyd. For et komplett bilde av gjeldende regulering av samværsrett for andre enn foreldre, må dermed EMK artikkel 8 ses i sammenheng med EMDs praksis.

Menneskerettighetsbestemmelsene kan være krevende å forstå for borgere uten juridisk kunnskap. Det vanskeliggjør muligheten til å sette seg inn i egen rettslig posisjon og gjøre seg kjent med gjeldende rett, noe som kan sies å være problematisk rettssikkerhetsmessig. Særlig sett hen til at vi er her på barnrettens område, som er et rettsfelt som berører privatpersoner og berørte individer kan stå i krevende privat og emosjonelle situasjoner som vist til i oppgaven. En lovregulering av samværsrett for andre enn foreldre i barneloven vil dermed skape mer forutberegnelighet for norske innbyggere, og ivareta behovet for et mer tilgjengelig og forståelig regelverk. Dette har støtte i rettslitteratur hos Bendiksen og Haugli når de tar til

¹⁸⁶ Horn (2015) side 48.

¹⁸⁷ Ibid side 62.

¹⁸⁸ Ibid side 50.

orde for at det «sannsynligvis vil være en fordel om flere av disse spørsmålene reguleres i barneloven, hvis hensynet til [...] forutberegnelighet skal kunne ivaretas».¹⁸⁹

Det må imidlertid i denne sammenheng ses hen til at EMK er et «levende instrument» som må tolkes dynamisk i tråd med samfunnsutviklingen.¹⁹⁰ Det innebærer at EMK stadig er under utvikling på bakgrunn av EMDs rettsutvikling på området. Det medfører at barneloven alltid må tolkes i tråd med den dynamiske utviklingen av EMK. En utvidet lovhjemmel for samværsrett for andre enn någjeldende regulering i barneloven vil dermed kun i begrenset grad gi et helhetlig bilde av den gjeldende rettslige reguleringen sett hen til våre menneskerettslige forpliktelser.

Et annet moment for utvidet lovhjemmel, er at en tydelig lovregulering i barneloven også vil kunne ses som et ledd i statens positive plikt til å sikre at familiebandene opprettholdes mellom barnet og den samværsberettigede. En mer vidtfavnende samværsrett for andre enn foreldre vil føre til at barneloven er i samsvar med EMK artikkel 8, noe som vil være i tråd med hensynet til konsistens mellom regelkretsene, subsidiaritetsprinsippet og presumsjonsprinsippet, hvor sistnevnte forutsetter at norsk rett stemmer overens med folkeretten. Dette er særlig relevant med tanke på menneskerettighetenes posisjon i norsk rett. Det vil også kunne dempe bekymring fra EMD sitt hold om «the inflexibility [...] concerning contact rights» når det gjelder norsk rett, som var tilfellet i *Nazarenko mot Russland*.¹⁹¹

Et relevant argument er også hensynet til likebehandling i norske domstoler. Dette argumentet fremheves også av rettslitteratur hos Bendiksen og Haugli da de tar til orde for at det «sannsynligvis vil være en fordel om flere av disse spørsmålene reguleres i barneloven, hvis hensynet til likebehandling [...] skal kunne ivaretas» enn ved tilkjennelse av en samværsrett direkte etter EMK artikkel 8.¹⁹² Hensynet til forutberegnelighet og likebehandling må som nevnt modifieres på bakgrunn av at det på barnerettens område kreves et stort innslag av skjønnsmessige vurderinger for individuelt tilpassede avgjørelser i tråd med hensynet til barnets beste.

¹⁸⁹ Bendiksen og Haugli (2022) side 172

¹⁹⁰ *Tyrer mot Storbritannia* (1979) avsnitt 31.

¹⁹¹ *Nazarenko v. Russia* [J], no. 39438/13 avsnitt 65.

¹⁹² Bendiksen og Haugli (2022) side 172.

Et ytterligere argument for en utvidet lovfesting av samværsretten for andre enn foreldre i barneloven er at lovteksten og forarbeider vil få en viktig rettskildemessig funksjon, da det er minimalt med rettspraksis fra domstolene på området, i form av kun én høyesterettsdom. Dette forsterkes ytterligere av at det som fremgår og vil fremgå av rettspraksis på området, vil kunne være såpass skreddersydd og skjønnsmessig i hver enkelt sak, at det gjør det vanskelig å anvende dem på lignende saker. Det øker behovet for en lovtekst og grundige forarbeider.

5.1.3 Hvordan bør vurderingstemaet i en eventuell lovregulering formuleres?

Et sentralt spørsmål for en eventuell utvidet regulering av samværsrett for andre enn foreldre enn någjeldende bl. § 45, er hvordan kretsen av samværsberettigede skal trekkes. Som vist i kapittel 2 viser en rekke hensyn at det bør være begrensninger på adgangen til samvær, blant annet av hensynet til å unngå en oppstykket tilværelse for barnet, og av hensyn til å forebygge konflikter. Som vist innledningsvis så foreslo barnelovutvalget i NOU 2020:14 en utvidelse av samværsretten til andre enn juridiske foreldre på bakgrunn av EMDs praksis. Utvalgets flertall vil viderefører barneloven § 45 første og annet ledd, og foreslår i sitt forslag til § 8-9 annet ledd at «søsken eller personer med en nær omsorgsrelasjon til barnet kan kreve at retten» fastsetter en samværsrett.¹⁹³ Utvalget viser til at dette vil være i tråd med våre menneskerettslige forpliktelser og verne om de nære, personlige båndene mellom den samværsberettigede og barnet.¹⁹⁴

Hvordan vurderingstemaet i en eventuell lovregulering bør være, kan imidlertid diskuteres. Det må ses i lys av at barneretten er et komplekst felt som både bør bidra til å skape forutberegnelighet og stabilitet for barnet, og samtidig må det også være rom for fleksibilitet og skjønn for å foreta konkrete vurderinger til barnets beste.

Flertallet argumenter for en lovbestemmelse med vilkåret «nær omsorgsrelasjon». Det vil som påpekt av flertallet, prøves av domstolen av eget tiltak «som et prosessuelt inngangsvilkår».¹⁹⁵ Det vil således ivareta ressurshensyn samt hensynet til at rettslige prosesser er en påkjenning for de det gjelder, herunder barn og foreldre.

¹⁹³ NOU 2020: 14 side 237.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Ibid.

Flertallet sitt forslag vil etter min mening ivareta hensynet til barnets beste i den henseende at oppfyllelse av vilkåret «nær omsorgsrelasjon» eller søskenrelasjonen ikke automatisk innebærer at det fastsettes en samværsrett.¹⁹⁶ Det vil i tråd med hensynet til barnets beste alltid måtte foretas konkrete vurderinger ved tilkjenning av samvær med vedkommende, som vist til i blant annet V.D mfl. mot Russland hvor det uttales myndighetene pålegges «an obligation to examine on a case-by-case basis whether it is in the child's best interests to maintain contact with a person, whether biologically related or not, who has taken care of him or her for a sufficiently long period of time».¹⁹⁷

Det kan imidlertid spørres om flertallets formulering trekker opp kretsen av samværsberettigede på en måte som ivaretar hensynet til forutberegnelighet og rettssikkerhet i den forstand at lovverket skal være så klart og tydelig som mulig. Bakgrunnen er, som vist til i oppgaven og i tråd med EMDs uttalelse, at en lang rekke personer vil kunne ha en beskyttelsesverdig interesse i samvær med barnet.

Ordlyden av «nær omsorgsrelasjon» tilsier at det er de nære og personlige båndene som er av betydning, noe som vil være i tråd med våre menneskerettslige forpliktelser. Flertallet mener det vil medføre fleksibilitet i vurderingen av samværsberettigede, uavhengig av relasjon og i tråd med hensynet til barnets beste.¹⁹⁸

Mindretallet foreslår formuleringen «personar som er nært knytte til barnet», og mener at det vil vise at tilknytningen mellom barnet og samværspersonen ikke nødvendigvis er biologisk i tråd med EMDs standpunkt.¹⁹⁹ Mindretallet hevder også at formuleringen «nær omsorgsrelasjon» ikke er tilstrekkelig fleksibelt, og mener det gir inntrykk av at barnet og personen må ha bodd sammen.²⁰⁰ Dette er imidlertid noe som også kan avklares i forarbeider og med henvisning til relevant EMD praksis.

Hensynet til foreldrenes autonomi og foreldreskapet, ressurs hensyn samt at rettsprosesser er en påkjenning for barn og foreldre, er hensyn som må tas i betraktning ved lovregulering. Samværsrett er som nevnt i kjernen av den private og sosiale sfære og en naturlig del av

¹⁹⁶ NOU 2020: 14 side 237.

¹⁹⁷ *V.D. and others v. Russia [J]* no. 72931/10 avsnitt 126.

¹⁹⁸ NOU 2020:14 side 237.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ NOU 2020: 14 side 238.

foreldreskapet, noe som tilsier en særlig aktpågivenhet fra lovgiver. Søksmålsadgangen skal etter flertallets forslag til bestemmelse være en «sikkerhetsventil», som fremgår av ordlyden «i særlige høve».²⁰¹ Samtidig må de overnevnte hensynene ikke gå på bekostning av barnet og vedkommende sin rett til familieliv der samvær er til barnets beste.

Jeg er mest enig med flertallet sitt forslag, da det etter min mening vil ivareta de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende ved en slik regulering. Bestemmelsen vil være en «sikkerhetsventil» som ikke skal misbrukes og således gå på bekostning av hensynene til foreldrenes autonomi, barnets behov for ro og stabilitet, ressurs samt konflikthensyn. Det vil også innebære at bestemmelsen vil kunne være en nødløsning der den samværsberettigede må gå rettens vei for ivaretagelse av familiebandene med barnet, der det er til barnets beste. Det vil ivareta den samværsberettigede og barnet sin rett til familieliv og deres nære personlige bånd. En frivillig samværsavtale vil ved en rekke tilfeller kunne være vanskelig å etablere, særlig i konfliktfylte forhold, noe som sies å nødvendiggjøre en slik «sikkerhetsventil». Samværet mellom den samværsberettigede og barnet gjør seg dermed ikke avhengig av hvor «interessert samværsforelder er i å formidle kontakt mellom barnet og vedkommende» som Holgersen påpeker.²⁰² Ordlyden av «nær omsorgsrelasjon» vil også vise at det er de nære og personlige båndene som er av betydning, som er i tråd med våre menneskerettslige forpliktelser.

²⁰¹ NOU 2020: 14 side 238.

²⁰² Holgersen (2008) s. 244.

6. Litteraturliste

Norske lover:

Grunnloven: Kongerike Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

Barneloven: Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).

Menneskerettsloven: Lov 21. mai 1999 nr.30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Adopsjonsloven: Lov 16. juni 2017 nr. 48 om adopsjon (adopsjonsloven).

Barnevernloven: Lov 18. juni nr. 97 2021 om barnevern (barnevernsloven).

Forarbeider, offentlige dokumenter, veileder/retningslinjer

Høringsnotatet om ny barnevernslov:

Barne- og likestillingsdepartementet. Høringsnotat- forslag til ny barnevernslov. 04.04.2019.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-ny-barnevernslov/id2639982/>

Domstol administrasjonen nasjonal veileder for behandling av foreldretvister, versjon 2.0.

<https://www.domstol.no/no/domstoladministrasjonen/publikasjoner-og-veiledere/publikasjoner-og-veiledere/>

NOU 1977: 35 Lov om barn og foreldre (barneloven).

Ot.prop.nr. 44 (1987-1988) Om lov om endringer i barneloven (underholdsbidrag, samværsrett m v).

Ot.prp.nr. 56 (1996-97) 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).

Ot.prp.nr. 29 (2002- 2003) Om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)

NOU 2009:5 Farskap og annen morskap. Fastsettelse og endring av foreldreskap.

NOU 2012:5 Bedre beskyttelse av barns utvikling – Ekspertutvalgets utredning om det biologiske prinsipp i barnevernet.

NOU 2016:16 Ny barnevernslov. Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse.

NOU 2020:14 Ny barnelov – Til barnets beste.

Prop. 105 L (2012-2013) Endringer i barnelova (farskap og morskap).

Prop.133 L (2020-2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven.

Innst. 186 S (2013-2014)

Dok nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Internasjonale konvensjoner og kommentarer

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

Norsk rettspraksis:

LG-2013-52027

LB-2020-134645

LB-2020-83577

LB-2020-167199

Rt-2005-682

Rt-2012-323

Rt-2015-93

HR-2019-1230-A

HR-2022-847-A

Dommer fra Den europeiske menneskerettsdomstol:

Boyle v. The United Kingdom, [C] no. 16580/90, ECHR:1993:0209REP001658090.

K. and T.v. Finland [GC] no. 25702/94, ECHR:2001:0712JUD002570294.

L.v.the Netherlands [J] no. 45582/99, ECHR:2004:0601JUD004558299.

Marckx v. Belgia [J], no. 6833/74, ECHR:1979:0613JUD000683374.

McMichael v. The United Kingdom, no. 16424/90 [J], ECHR:1995:0224JUD001642490

Kopf and Liberda v. Austria [J] no. 1598/06, ECHR:2012:0117JUD000159806

Nazarenko v. Russia [J], no. 39438/13, ECHR:2015:0716JUD003943813

Paradiso and Campanelli v. Italy [GC] no. 25358/12, ECHR:2017:0124JUD002535812.

Moretti et Bendetti c. Italie [J] no. 16318/07, ECHR:2010:0427JUD001631807 [Sitat hentet lovdata, fra Affaire Moretti et Bendetti c. Italie (Norsk sammendrag)].

V.D. and others v. Russia [J] no. 72931/10, ECHR:2019:0409JUD007293110

Strand Lobben and others v. Norway [GC] no. 37283/13, ECHR:2019:0910JUD003728313

T.S and J.J v. Norway [J] no. 15633/15, ECHR:2016:1011DEC001563315

Tyrer v. The United Kingdom [J] no. 5856/72, ECHR:1978:0425JUD000585672

K.O v. V.M v. Norway [J] no. 64808/16, ECHR:2019:1119JUD006480816

X v. Latvia [GC] no. 27853/09, ECHR:2013:1126JUD002785309.

Juridisk litteratur og artikler, rapporter:

- | | |
|----------------------------|--|
| Aall (2021) | All, Jørgen: <i>Rettsstat og menneskerettigheter</i> , 4. utgave., Universitetsforlaget 2021. |
| Backer (2008) | Backer, Inge Lorange, <i>Barneloven Kommentarutgave</i> , 2. utgave., Universitetsforlaget 2008. |
| Bendiksen (2008) | Bendiksen, Lena R.L. <i>Barn i langvarige fosterhjems plasseringer</i> , 1. utgave., Fagbokforlaget 2008. |
| Bendiksen og Haugli (2022) | Bendiksen, Lena R.L. og Trude, Haugli. <i>Sentrale emner i barneretten</i> , 5. utgave., Universitetsforlaget, 2022. |

- Boe (2011) Boe, Erik. Grunnleggende juridisk metode: en introduksjon til rett og rettstenkning. 2. utgave., Universitetsforlag 2011.
- Holgensen (2008) Holgensen, Gudrun, *Barnerett*, 1. utgave., Høyskoleforlaget 2008.
- Horn (2015). Horn, Thomas. *Fullstendig isolasjon ved risiko for bevisforspillelse: rettspolitiske vurderinger*. Fagbokforlaget, 2015.
- Smith m.fl. (2020) Smith, Lucy, Lødrup Peter og Sandberg Kirsten. *Barn og foreldre*, 8. utgave., Gyldendal Norsk Forlag 2020.
- Søvig (2005) Søvig, Karl Harald. *Avskjæring av samvær mellom søsken*, Tidsskift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål, Volum 3 (2005) [sitert fra Lovdata].

Artikler og øvrige kilder:

Elisabeth Gording Stang og Gunn-Astrid Baugerud; *Samvær etter omsorgsovertakelse; En barnefaglig og juridisk utredning*. OsloMet Rapport 2018 nr 10.