

Kan hensynet til barnets bedste tilsidesættes?

Can the consideration of the child's best interest be overridden?



AALBORG UNIVERSITET
STUDENTERRAPPORT

Kandidatspeciale – Jura – 2021

Rasmus Kærgaard Timmers

Studienr. 20165067

Simon Guldbjerg Jørgensen

Studienr. 20165390

Vejleder: Marianne Holdgaard

Indholdsfortegnelse

1.	INDLEDNING	1
2.	AFGRÆNSNING	3
3.	METODE	4
4.	DET FAMILIERETLIGE SYSTEM	7
4.1.	Barnets perspektiv i historien	7
4.2.	Barnets perspektiv i lovgivningen	8
5.	GENNEMGANG AF RETSGRUNDLAGET	12
5.1.	FN's Børnekonvention	12
5.1.1.	Generelle principper	12
5.1.2.	Ret til ligebehandling	13
5.1.3.	Barnets bedste	14
5.1.4.	Retten til livet	17
5.1.5.	Barnets synspunkter	17
5.1.6.	Andre perspektiver	19
5.1.6.1.	Barnets forældre	19
5.1.6.2.	Beskyttelsen mod mishandling	20
5.2.	Forældreansvarsloven	21
5.2.1.	Barnets bedste	21
5.2.2.	Barnets egne synspunkter	23
5.2.3.	Samspillet mellem forældre	25
5.2.3.1.	Retten til begge forældre	27
5.2.3.2.	Forældrenes pligter	30
5.3.	Den Europæiske Menneskerettighedskonvention	32
5.3.1.	Ret til respekt for privatliv og familieliv	32
5.3.2.	Praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol	36
5.3.2.1.	Neulinger and Shuruk v. Switzerland	36

5.3.2.2.	R.M.S. v. Spain	38
5.3.2.3.	Schneider v. Germany	39
5.3.2.4.	Dommenes relevans	41
5.4.	Delkonklusion	42
6.	DISKUSSION	44
6.1.	Analyse af U 2021.517 H	44
6.1.1.	Sagens faktiske omstændigheder	44
6.1.2.	Anbringenderne	46
6.1.3.	Dommens konklusion	47
6.1.4.	Dommens relevans	50
7.	KONKLUSION	59
7.1.	Hvad er barnets bedste?	59
7.2.	Kan hensynet til barnets bedste tilsidesættes?	61
8.	ABSTRACT	63
9.	LITTERATURLISTE	65

1. Indledning

Når der opstår familieretlige problemstillinger, hvor børn er involveret, er det vigtigt at kunne holde et fokus på beskyttelsen af barnets rettigheder, og at afgørelserne træffes med henblik på barnets trivsel og beskyttelse, jf. FOL § 1 og 4. Som et hovedprincip bygger det familieretlige system, der behandler afgørelser vedrørende børn, på beskyttelsen af barnets bedste. Dette fremgår af særlove som bl.a. forældreansvarsloven og familieretshusloven. Hensynet til barnets bedste er i løbet af de sidste 100 år kun blevet skærpet. Særligt relevant er det derfor at undersøge, hvad begrebet barnets bedste indeholder, og hvordan "barnets bedste" kommer til udtryk i lovgrundlaget og i domstolenes fortolkning heraf.

Projektet skal beskrive det familieretlige begreb barnets bedste og afdække nogle generelle hensyn indeholdt i begrebet. Der undersøges national og international retligregulering med særligt fokus på forældreansvarsloven (FOL), Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og FN's konvention af 20. november 1989 om barnets rettigheder (børnekonventionen). Den indledende del bygger derfor på et meget teoretisk grundlag for barnets bedste. Efterfølgende perspektiveres til en højesteretsdom om stedbarns adoption, hvor det indgående vurderes om hensynet til barnets bedste tilsidesættes. Der vil herefter opstå et spørgsmål om, hvorvidt tilsidesættelsen er i overensstemmelse med barnets bedste, og om afgørelsen er foreneligt med, hvordan hensynet i øvrigt fortolkes.

Der er ikke i den familieretlige lovregulering hverken FOL, EMRK eller børnekonvention udførligt beskrevet, hvad begrebet barnets bedste yder af beskyttelse. Problematikken ligger dermed i, hvad der nærmere forstås ved hensynet. Udstrækningen af hensynet er derfor overladt til et konkret skøn for den enkelte myndighed. Det kan være en svær vurdering, hvorfor det er nødvendigt at have en grundig forståelse for det enkelte barns situation, samt at kunne anvende begrebet i overensstemmelse med lovgrundlaget. Endvidere er afgørelser truffet efter forældreansvarsloven ofte indgribende for det enkelte barn og familien, idet der i familieretlig sammenhæng er tale om afgørelser angående forældremyndighed, samvær og bopæl. Specialet vil derfor forsøge at belyse, hvilke bagvedliggende hensyn der findes i forældreansvarsloven omkring vurderingen af barnets bedste.

I takt med at der i samfundet løbende er opstået nye familiemønstre, og mulighederne for forældreskab er øget som f.eks. ved surrogatmoderskab og medmoderskab, kan der opstå retlige problemstillinger, idet lovgivningen ikke har taget stilling til sådanne konstellationer. Problemstillingerne kan muligvis komme på kant med anvendelsen af begrebet, i den forstand at den familiekonstellation måske ikke kan beskytte barnets bedste indenfor den retlige regulering. Det findes derfor også samfundsrelevant at undersøge, hvorvidt begrebet reelt set beskytter barnets bedste, samt om det er muligt at tilsidesætte vurderingen af barnets bedste.

Specialet vil belyse begrebet barnets bedste gennem en analyse af forældreansvarslovens bestemmelser, EMRK og børnekonventionen. Analysen af forældreansvarsloven vil blive foretaget på baggrund af forarbejder, lovforslag og domme inden for national ret. Derefter perspektiveres til EMRK og børnekonventionen. Baggrunden for en dybdegående analyse af begrebet barnets bedste er at afdække, hvad der kan lægges vægt på ved en afgørelse.

Formålet med specialet er derpå at besvare følgende problemformulering:

Hvad indeholder begrebet "barnets bedste" og kan hensynet til barnets bedste i visse tilfælde tilsidesættes med hjemmel i dansk lovregel?

Herunder har specialet særligt fokus på Højesteretsdommen af 16. november 2020 angående stedbarnsadoption (U 2021.517 H).

2. Afgrænsning

Afsnittet har til formål at afgrænse fra de områder, som ikke er fundet relevant til besvarelse af problemformuleringen, men må anses som værende nært beslægtet til emnet.

Specialet beskæftiger sig med begrebet barnets bedste inden for familieretten set i en kontekst af forældreansvarsloven. Der ses nærmere på forældreansvarsloven, EMRK og børnekonventionen. Barnets bedste vurderingen findes også inden for andre lovgivninger, hvorfor der afgrænses fra lignende retsområder, herunder navnlig socialretten.

Ydermere vil projektet ikke gå i dybden med andre nærliggende lovgivninger indenfor familieretten omhandlende børn, herunder børneloven. Enkelte bestemmelser vil dog blive anvendt i forbindelse med at disse anvendes i højesteretsdommen angående stedbarns adoption, og dermed er relevant i forhold til analysen af retspraksis. Den relevante bestemmelse for specialet er herfor børnelovens §§ 30 og 31. Der ses derfor ikke nærmere på de resterende bestemmelser i børneloven. Det samme gør sig gældende for adoptionsloven, hvor specialet udelukkende behandler §§ 15 og 33. Lovene vil dermed kun blive berørt, hvis det har en klar sammenhæng med hensynet til barnets bedste.

Indenfor den Europæiske Menneskerettighedskonvention behandles særligt artikel 8, som beskytter flere forskellige situationer, i det bestemmelsen er bredt formuleret. I den forbindelse er specialet særligt fokuseret på retten til privat- og familieliv. Specialet vil derpå ikke behandle den del af artikel 8, som omhandler beskyttelsen af hjemmet samt korrespondance.

Specialet behandler i udgangspunktet ikke retsvirkningen af afgørelserne truffet til barnets bedste angående arv. Dog berører specialet kort retstillingen ved testamente, idet Højesteret i dommen U 2021.517 H forholder sig til betydningen i forbindelse med stedbarns adoption. Derudover er det ikke fundet relevant at behandle arvelovens regler yderligere.

Den konkrete afgrænsning er foretaget for, at specialet ikke bliver en overfladisk behandling af lovgivningen på området. Afgrænsningen medvirker i stedet til en dybdegående analyse af barnets bedste for på den måde at kunne besvare problemformuleringen, der alene relaterer sig til forældreansvarsloven, så klart som muligt.

3. Metode

Specialet tager udgangspunkt i den retsdogmatiske metode. Den retsdogmatiske metode har til formål at beskrive og analysere den gældende retstilstand, og dermed danne grundlag for at løse konkrete retlige konflikter. Metoden anvendes i forbindelse med, at specialet beskriver gældende ret i henhold til forældreansvarslovens bestemmelser angående barnets bedste. På den måde ønskes at finde frem til principperne og hensynene bag bestemmelserne. For at fastlægge gældende ret og principperne bag barnets bedste, er det nødvendigt at anvende fortolkning, hvilket ligeledes er en del af den retsdogmatiske metode.¹ Udgangspunktet for fortolkning er en ordlydsfortolkning, hvilket forstås som den naturlige sproglige betydning.² Idet der i loven ikke udtømmende er oplyst, hvilke hensyn og principper der gør sig gældende i forhold til at vurdere barnets bedste, er det nødvendigt med anden fortolkning end ordlydsfortolkning. Dertil anlægger specialet en subjektiv fortolkning af bestemmelserne. Den subjektive fortolkning anvendes ved at se på lovgivers hensigt med bestemmelsen, hvilket kræver en anvendelse af lovens forarbejder. Specialet anvender særligt lovforslag og betænkninger.³ Som følge af, at der ikke blot kan anlægges en ordlydsfortolkning, anvendes overordnet en præciserende fortolkning. Den præciserende fortolkning skal præcisere udstrækningen af reglen fra en naturlig sproglig forståelse.⁴ Ved at have fastlagt gældende ret på området vil specialet ligeledes anvende faktiske konflikter til at præcisere forhold, hvor der kan være retlig tvivl.

Specialet anvender den juridiske metode ved at tage stilling til et konkret retligt problem. Den juridiske metode anvendes ved domstolene og karakteriseres ved, at et faktum og en retsregel fører til en konkret beslutning. Igennem specialet anvendes flere domme til at beskrive gældende ret på området.⁵ Specialet vil særligt have fokus på Højesteretsdommen U 2021.517 H angående stedbarnsadoption i forbindelse med anvendelse af surrogatmoder.

¹ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, s. 202-203

² Ibid, s. 275

³ Ibid, s. 282-283

⁴ Ibid, s. 279

⁵ Ibid, s. 191-192

Som retskilder anvender specialet loven herunder særligt forældreansvarsloven. Love har en særlig status i forhold til andre retskilder, men der er i teorien uenighed om, hvorvidt love går forud for andre retskilder.⁶ I forbindelse med, at specialet benytter sig af en formålsfortolkning, inddrages også forarbejder til loven. Der er i teorien ligeledes uenighed om, hvorvidt forarbejderne til loven herunder lovforslag og betænkninger kan anses som værende en retskilde. Forarbejderne kan og bliver ofte anvendt til at fortolke loven, men omvendt er der ikke noget krav til anvendelsen.⁷ Specialet benytter sig også af dansk retspraksis som retskilde. Domstolsafgørelser er et særligt vigtigt redskab i henhold til retsskabelse, hvorfor det er relevant at inddrage til fortolkningen af gældende ret.⁸

Desuden anvendes Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og FN's børnekonvention. EMRK er inkorporeret i dansk ret, hvilket betyder, at EMRK er direkte anvendelig. EMRK er præget af en skønsudøvelse, som fastlægges af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). EMD anvender en dynamisk fortolkning af EMRK's artikler, hvorfor forhold der ikke tidligere har været konventionsstridige, vil være det i dag.⁹ I specialet anvendes særligt EMRK artikel 8 angående retten til familieliv og derved EMD-domme, som fastlægger forståelsen af artiklen. Specialet har et særligt fokus på domme omhandlende barnets bedste. FN's børnekonvention er ikke inkorporeret i dansk ret, men er ratificeret, hvorfor den anvendes som en retskilde i Danmark. Den enkelte borger skal nyde godt af beskyttelsen i konventionen, hvorfor Danmark har forpligtet sig til at leve op til disse.¹⁰ Bestemmelserne angående barnets bedste i forældreansvarsloven tager ligeledes afsæt i børnekonventionens artikel 3.¹¹

⁶ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, s. 243-244

⁷ Ibid, s. 283

⁸ Ibid, s. 298

⁹ Ibid, s. 268

¹⁰ Schultz, Trine m.fl., Children's rights, s. 44

¹¹ Christensen, Trine Krone, Forældreansvarsloven med kommentarer, s. 64

Specialet inddrager ydermere vejledninger, som er bindende for underordnede myndigheder, men ikke for den enkelte borger. Vejledninger bruges til orientering af den underordnede myndighed og tjener til at udtrykke gældende forvaltningspraksis.¹²

Specialet vil desuden inddrage juridisk litteratur, herunder videnskabelig litteratur. Anvendelsen af litteraturen sker som en understøttelse af fortolkningen af de i specialet anvendte retskilder. Dette for at opnå den nødvendige viden om emnet. Retslitteratur udgør ikke i sig selv en retskilde, idet en forfatter ikke kan fastlægge ret. Litteraturen kan dog i nogen henseender anvendes som referencer, da en forfatter kan støtte sig på opnåede videnskabelige resultater.¹³

Specialet har grundet covid-19 været udfordret med hensyn til adgangen til de nyeste udgaver af den i specialet anvendte litteratur. Dette må antages at skyldes, at bibliotekerne under nedlukningen har suspenderet alle bøder og gebyrer. Der har dermed for lånerne ikke været noget engagement for at aflevere, hvilken har medført, at andre lånere fortsat efter flere måneder venter på deres bestillinger. Vi har lånt litteratur på diverse biblioteker i forsøget på at tilegne os den nyeste litteratur. Specialet anvender dermed i videst muligt omfang de nyeste udgaver, men der kan forekomme litteratur, hvor ældre udgaver anvendes.

¹² Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, s. 339

¹³ Ibid, s. 346

4. Det familieretlige system

4.1. Barnets perspektiv i historien

Beskyttelsen af barnet i familieretlige sager har gennem tiden undergået en større forandring. I takt med tidens udvikling og ændringerne i familiemønstrene har fokuset på barnet kun fået højere prioritet. Fra den spæde begyndelse og frem til slutningen af 1990'erne, hvor børn i familieretlige sager blev betragtet som interessesubjekter uden at kunne være part i sin egen sag. Barnets perspektiv havde en begrænset rolle i lovgivningen, som i højere grad havde fokus på forældrenes meninger og behov fremfor det enkelte barns.¹⁴ Siden dengang har der været mange overvejelser om børns retstilling, og i dag indeholder forældreansvarsloven en formålsbestemmelse om, at hensynet til barnets bedste og barnets ret til trivsel og beskyttelse skal komme i første række.

Hensynet til barnets bedste er ikke en ny betragtning, men var tidligere indarbejdet i de enkelte bestemmelser. Gennem tiden har de enkelte love således anvendt forskellige nuancer af hensynet til barnets bedste, hvilket medførte, at lovgivningen ikke i tilstrækkelig grad varetog beskyttelsen deraf.¹⁵ Centrale udtryk i dansk lovgivning vedrørende beskyttelsen af barnets rettigheder har med tiden ændret sig f.eks. varetagelsen af "barnet", "barnets tarv", "barnets ret" eller "barnets interesse og behov". Grundlæggende har de forskellige udtryk til fælles at have sikret, hvad der er det bedste for barnet. Alligevel har ændringen af forældreansvarsloven i 2019, herunder etableringen af Familieretshuset øget forståelsen heraf og skærpet lovgivningens fokus på barnets bedste.

Det kan derfor diskuteres, hvad der ligger i barnets perspektiv. Omfattet af begrebet er børn og unge under 18 år, medmindre de har indgået ægteskab eller blevet myndigt tidligere efter børnekonventionen, jf. FOL § 1 a og børnekonventions artikel 1. Barnets perspektiv antages at være det liv, som barnet lever og de oplevelser som følger heraf. Perspektivet for barnets bedste ændrer sig dermed såvel i overensstemmelse med barnets alder og modenhed som i forbindelse med forandringer i barnets omgivelser.¹⁶

¹⁴ Betænkning nr. 1475/2006, s. 58

¹⁵ Ibid, s. 12, s. 53

¹⁶ Ibid, s. 55

Bestemmelserne om barnets bedste i forældreansvarsloven suppleres af familieretshuslovens (FHL) § 1. Familieretshuset skal have sit primære fokus på at støtte børn berørt af familieretlige problemstillinger og sikre at hensynet til barnets bedste sættes i første række, jf. FHL § 1, stk. 1. Ydermere skal Familieretshuset træffe afgørelser ud fra, hvad der er bedst for barnet, jf. FHL § 1, stk. 2. Sammenhængen mellem børnekonventions artikel 3, FOL §§ 1 og 4 samt FHL § 1 understreger dermed vigtigheden af, at barnets bedste altid skal være det afgørende hensyn.

Familieretshuset blev oprettet i 2019 som følge af en større ændring af det familieretlige system.¹⁷ En ændring som medførte et nyt sagsforløb i familieretlige sager. Statsforvaltningen blev erstattet af Familieretshuset, og familieretten blev oprettet som byrettens domstolsenhed for afgørelser på det familieretlige område. Formålet med ændringen var at skabe et enstrengt og sammenhængende system, hvor barnet er i centrum gennem forløbet.¹⁸ Foruden såvel formålsbestemmelserne i FHL § 1 og FOL § 1 har ændringen af det familieretlige system ligeledes medført oprettelsen af Familieretshusets børneenhed, jf. FHL §§ 15-20. Familieretshuset skal derfor yde støtte og rådgivning til børn, der er berørt af familieretlige problemstillinger. Ydermere skal børneenheden sikre barnets rettigheder. Familieretshusets børneenhed sikrer dermed, at Familieretshuset altid har fokusset rettet mod barnets trivsel og barnets bedste.¹⁹

4.2. Barnets perspektiv i lovgivningen

Centralt i det familieretlige system er barnet og beskyttelsen heraf. Forældreansvarsloven regulerer de familieretlige problemstillinger vedrørende forældremyndighed, bopæl og samvær. Forældreansvarsloven er fundamentet for beskyttelsen af barnets bedste. Efter ændringen af forældreansvarsloven i 2019 er hensynet til barnets bedste blevet manifesteret med en formålsbestemmelse i FOL § 1 om, at hensynet til barnets bedste og barnets ret til trivsel og beskyttelse skal komme i første række.²⁰ Det er tydeligt, at hensynet til barnets bedste har forrang over andre hensyn, jf. FOL §§ 1

¹⁷ Lov nr. 1702 af 27/12/2018

¹⁸ Lovforslag L 90, 2018-19, s. 9, afsnit 1

¹⁹ Ibid, s. 20, afsnit 3.3.3.3

²⁰ LBK nr. 1768 af 30/11/2020

og 4. Det følger ikke specifikt af bestemmelserne, hvad der ligger i hensynet til barnets bedste, men udgangspunktet med forældreansvarsloven er at sikre barnets ret til begge sine forældre, jf. FOL 11. Bestemmelserne i FOL §§ 1 og 4 er suppleret af FOL § 4 a. FOL § 4 a indeholder udgangspunktet om, at det i de pågældende situationer ikke er til barnets bedste, hvorefter der skal foretages en konkret vurdering.²¹ Dette medfører vidtrækkende konsekvenser, idet en forælder, som er idømt ubetinget fængsel for visse former for personfarlig kriminalitet af grovere karakter, mister sin ret til forældremyndighed over barnet, og mulighed for bopæl og samvær. FOL § 4 a kan dog efter en konkret og dybdegående vurdering fraviges, hvis det er til fordel for barnet bedste.²² Det følger af FOL § 5, at der i alle forhold vedrørende barnet skal tages hensyn til barnets egne synspunkter efter alder og modenhed. Barnets perspektiv er et grundlæggende element i forældreansvarsloven, og skal i det omfang, det er muligt, sikres ved en inddragelse af barnet, jf. FOL § 34, stk. 1. Inddragelsen af barnets egne synspunkter skal ske under hensyntagen til barnets behov. Der er derfor tale om en ret og ikke en pligt for barnet til at deltage. Det beror dermed på en konkret vurdering i den pågældende situation, hvordan barnets perspektiv belyses hensigtsmæssigt, jf. FOL § 34, stk. 2.

Foruden det nationale lovgrundlag i forældreansvarsloven har Danmark tiltrådt en række internationale konventioner, som ligeledes regulerer de familieretlige problemstillinger. De mest centrale konventioner er børnekonventionen og EMRK.

Hensynet til barnets bedste i forældreansvarsloven har udgangspunkt i børnekonventionen. Børnekonventionen er ratificeret af Danmark og trådte i kraft d. 18. august 1991.²³ Børnekonvention er modsat EMRK ikke inkorporeret i dansk ret, hvilket sætter børnekonventionen i en speciel kontekst. Borgere kan for så vidt påberåbe sig en ratificeret konvention ved domstolene, men konventionen kan ikke tilsidesætte national lovgivning. Alene ratifikationen af børnekonvention medfører dog, at konvention er bindende efter folkeretten, og børnekonventionen vil dermed kunne tillægges en vis retskildemæssig værdi.²⁴ Som et hovedprincip bygger børnekonventionen på en beskyttelse af barnets interesser gennem barnets bedste. Alle foranstaltninger vedrørende børn, hvad enten disse

²¹ Nørgaard, Irene m.fl., Familieret, s. 38

²² VEJ nr. 10064 af 20/12/2020, pkt. 2.1.2.2.

²³ BKI nr. 6 af 16/01/1992

²⁴ Rytter, Jens Elo, Individets grundlæggende rettigheder, kap. 2, afsnit. 4

udøves af offentlige eller private institutioner for socialt velfærd, domstole, forvaltningsmyndigheder eller lovgivende organer, skal barnets tarv komme i første række, jf. børnekonventionens artikel 3. Børnekonventionen medfører en ret til at blive hørt, jf. børnekonventionens artikel 12. Artikel 12 indeholder en vigtig sondring mellem retten til frit at udtrykke sine synspunkter, og retten til at disse synspunkter tillægges passende vægt. Dette medfører, at barnets synspunkter skal tillægges passende vægt i overensstemmelse med alder og modenhed.

Danmark har quo sin ratifikation af børnekonvention forpligtet sig til, hvert femte år, at afgive en rapport om de foranstaltninger, som er blevet truffet, for at leve op til rettighederne i konventionen, jf. børnekonventions artikel 44, stk. 1, litra b. Disse rapporter har stor betydning for danske børns rettigheder, idet FN's Børnekomité flere gang har udtalt kritik af Danmark, hvilket efterfølgende har medført en ændring af lovgrundlaget til fordel for barnets bedste. Siden Danmarks ratifikation af børnekonvention har det ligeledes været til debat, hvorvidt konventionen burde inkorporeres i dansk ret. Vores nabolande har allerede inkorporeret børnekonventionen, mens Danmark fortsat er tilbageholdende. Tilhængerne af en inkorporering har argumenteret for, at dette ville medføre en større forpligtelse til at tage højde for børns rettigheder. Modstanderne har argumenteret for, at Danmark har forpligtet sig til at leve op til børnekonventionen, og at en inkorporering dermed vil være overflødig. Tilbage står, at trods det seneste fremsatte lovforslag fra november 2019 og flere andre forsøg er det gentagende gang blevet afgjort, at børnekonventionen ikke skal inkorporeres i dansk ret.²⁵

En anden vigtig konvention er EMRK. EMRK blev inkorporeret i dansk ret i 1992.²⁶ Borgere kan dermed klage til myndighederne eller lægge sag an med direkte henvisning til EMRK. Danske domstole har pligt til at håndhæve bestemmelserne og tilsidesætte den nationale lovgivning, hvis den strider mod konventionens bestemmelser. Særligt artikel 8 om retten til familieliv har betydning for de familieretlige problemstillinger. Artikel 8 i EMRK beskytter hovedsageligt kontakten mellem et barn og dets forældre, samt eventuelle andre pårørende. Om der er sket et indgreb i retten til familieliv, afhænger af en vurdering om, hvorvidt der foreligger et indgreb beskyttet af artikel 8, stk. 1. Afbrydelse af kontakten mellem et barn og dets forældre er at betragte som et indgreb i retten til

²⁵ B 39 – 2019-20: Forslag til folketingsbeslutning om inkorporering af FN's børnekonvention i dansk ret

²⁶ LOV nr. 285 af 29/04/1992

familieliv. Dernæst skal det vurderes, om indgrebet kan begrundes efter artikel 8, stk. 2. Foranstaltninger kan således legitimeres, hvis betingelserne i artikel 8, stk. 2 er opfyldte, og dermed vil der ikke være tale om en krænkelse af EMRK.²⁷ EMRK artikel 8 indeholder modsat børnekonventionen og forældreansvarsloven ikke en bestemmelse om inddragelse af borgeren, herunder barnets ret til at udtrykke sine synspunkter. Inddragelsen af barnet må dermed ske i sammenhæng med andre retsgrundlag, herunder børnekonventionen, så der foretages en afvejning af de involveredes interesser.

De internationale konventioner skal dermed tillægges stor betydning i national lovgivning. Når der træffes afgørelser efter bestemmelserne i FOL §§ 1, 4 og 4 a sikre bestemmelserne dermed, at Danmarks forpligtelser i forhold til barnets bedste og retten til familieliv efter børnekonventionen og EMRK overholdes.²⁸

²⁷ Betænkning nr. 1475/2006, s. 329

²⁸ VEJ nr. 10064 af 20/12/2020, pkt. 2.1.

5. Gennemgang af retsgrundlaget

5.1. FN's Børnekonvention

5.1.1. Generelle principper

Børnekonventionen bygger på en grundlæggende opfattelse af menneskets naturlige værdi. Mennesket er lige, og konventionens rettigheder gælder uden nogen form for forskelsbehandling. Alligevel opstår der svagheder i beskyttelsen, da konventionen ikke er en lov, men retningslinjer som Danmark folkeretligt har forpligtet sig til at overholde. Der kan dermed opstå nuancer fra stat til stat, hvorfor det kan diskuteres, hvilken betydning børnekonvention har blandt de deltagende stater.

Børnekonventionen kan inddeles i tre dele. Første del indeholder erklæringerne, som ligger til grund for børnekonventionen og danner grundlag for fortolkningsgrundlaget. Af erklæringerne til børnekonventionen fremgår det blandt andet, at *børn har ret til omsorg og bistand*. Anden del indeholder selve børnekonvention med dens artikler (1-41), som tilsammen udformer barnets rettigheder. Barnets rettigheder er dermed det bestemmende hensyn i samtlige af konventionens artikler. Tredje del indeholder artiklerne (42-54) vedrørende normer og tekniske forhold, som sikrer konventionens oprettelse, og at den fremadrettet virker efter hensigten.

Børnekonventionen har sit hovedprincip i beskyttelsen af barnets bedste og indeholder forskellige typer af rettigheder i beskyttelse heraf. FN's Børnekomité (Børnekomitéen) har til formål at undersøge, hvilke fremskridt deltagerstaterne gør for at opfylde de forpligtelser, de har påtaget sig i henhold til konventionen, jf. børnekonventionens artikel 43.²⁹ Børnekomitéen fremhævede i sin første General Guideline fra 1991 fire artikler som værende grundprincipper for børnekonventionen:³⁰

1. Artikel 2 om at barnet skal beskyttes mod diskrimination i alle henseender.
2. Artikel 3 om at hensynet til barnets bedste i alle henseender skal komme i første række.
3. Artikel 6 om forpligtelsen til at sikre barnets overlevelse og udvikling.
4. Artikel 12 om barnets ret til at udtrykke egne meninger.

²⁹ Schultz, Trine m.fl., *Children's rights*, s. 61

³⁰ General Guideline (1991), punkt. 13

Grundprincipperne skal ses som generelle principper for børnekonvention, som har til formål at sikre de i konventionen bestemte rettigheder. De fire grundprincipper om ligebehandling, barnets bedste, retten til liv og barnets ret til at udtrykke sine egne synspunkter skaber dermed ikke kun en ret i sig selv, men også for andre rettigheder. Den resterende del af børnekonventionen skal derfor ses i lyset af de fire grundprincipper.

5.1.2. Ret til ligebehandling

Børnekonventionen gælder for børn, hvilket er karakteriseret som ethvert menneske under 18 år, jf. artikel 1. Grundprincippet i artikel 2 om beskyttelsen mod diskrimination gælder alle børn i Danmark, uanset hvilket land det pågældende barn oprindeligt kommer fra.³¹ Det følger af børnekonventions artikel 2, stk. 1, at forskelsbehandling af børn er forbudt på grundlag af en ikke-udtømmende liste af forhold, herunder fødsel. Artikel 2 indeholder dermed et princip om ligebehandling. Dette medfører, at hvis de tiltænkte foranstaltninger gennemføres med henblik på at mindske diskrimination vil disse være i overensstemmelse med princippet om ligebehandling.³²

Da Danmark ratificerede børnekonventionen, var første forpligtigelse at afgive en rapport senest 2 år efter tiltrædelsen. Rapporten skulle indeholde en beskrivelse af de foranstaltninger, der i perioden er blevet truffet for at leve op til rettighederne i konventionen, jf. børnekonventions artikel 44, stk. 1, litra a. Børnekomitéen havde på baggrund af Danmarks første rapport en række konkluderende bemærkninger. Børnekomitéen konkluderede i 1995, at der med hensyn til implementeringen af børnekonventions artikel 2 skulle træffes yderligere foranstaltninger for at forebygge og bekæmpe diskrimination af sårbare grupper af børn, herunder flygtninge og indvandrerbørn og børn smittet med HIV eller AIDS.³³ Generelt har de konkluderende bemærkninger til Danmark indeholdt en anbefaling om yderligere foranstaltninger vedrørende forskelsbehandling af forskellige grupper. Af de seneste konkluderende bemærkninger fremgår det, at Danmark fortsat bør iværksætte opmærksomhedsskabende foranstaltninger med henblik på at bekæmpe alle former for diskrimination mod

³¹ General Comment nr. 6, 2005, kapitel 4, sektion b

³² General Comment nr. 5, 2003, punkt. 12

³³ Concluding Observations, Denmark (1995), punkt. 25

børn fra etniske minoritetsgrupper, asylsøgende børn, flygtningebørn eller romabørn, børn med handicap og homo- og biseksuelle samt trans- og interkønnede børn.³⁴ Børnekomitéen fastslår dermed, at det er særligt vigtigt, at lovgiver sikrer ligebehandling for alle børn.

5.1.3. Barnets bedste

Hensynet til barnets bedste i børnekonventions artikel 3 er det gennemgående princip i lovgivningen. Det følger af børnekonventions artikel 3, stk. 1, at i alle foranstaltninger vedrørende børn, hvad enten disse udøves af offentlige eller private institutioner for socialt velfærd, domstole, forvaltningsmyndigheder eller lovgivende organer, skal barnets tarv komme i første række. Børnekomitéen har i General Comment nr. 14 om barnets bedste fremlagt en ramme for vurderingen af barnets bedste. Børnekomitéens General Comments skal opfattes som fortolkningsgrundlag for, hvordan staterne kan implementere konventionens artikler i national lovgivning.

Børnekomitéen inddeler barnets bedste i et trefoldigt koncept.³⁵

- a) *A substantive right: The right of the child to have his or her best interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered in order to reach a decision on the issue at stake, and the guarantee that this right will be implemented whenever a decision is to be made concerning a child, a group of identified or unidentified children or children in general. Article 3, paragraph 1, creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court.*
- b) *A fundamental, interpretative legal principle: If a legal provision is open to more than one interpretation, the interpretation which most effectively serves the child's best interests should be chosen. The rights enshrined in the Convention and its Optional Protocols provide the framework for interpretation.*
- c) *A rule of procedure: Whenever a decision is to be made that will affect a specific child, an identified group of children or children in general, the decision-making process must include an evaluation of the possible impact (positive or negative) of the decision on the child or*

³⁴ Concluding Observations, Denmark (2017), punkt. 12

³⁵ General Comment nr. 14, 2013, kapitel 1, sektion a

children concerned. Assessing and determining the best interests of the child require procedural guarantees. Furthermore, the justification of a decision must show that the right has been explicitly taken into account. In this regard, States parties shall explain how the right has been respected in the decision, that is, what has been considered to be in the child's best interests; what criteria it is based on; and how the child's interests have been weighed against other considerations, be they broad issues of policy or individual cases.

På baggrund af ordlyden af børnekonventionens artikel 3 og børnekomitéens tredeling af hensynet må det antages, at "alle foranstaltninger" ikke udelukkende dækker afgørelser, men derimod alle beslutninger, handlinger, forslag, offentlige ydelser, procedurer og andre foranstaltninger vedrørende barnet.³⁶ Der foretages dermed en bred fortolkning af børnekonventionen, hvorfor "vedrørende" ligeledes skal tolkes bredt og omfatter foranstaltninger, der både direkte og indirekte har en effekt på et barn eller en gruppe af børn. Næsten alle foranstaltninger, som staterne træffer, har effekt på børn i et eller andet omfang. Dette medfører i udgangspunktet, at alle foranstaltninger skal indeholde en vurdering af barnets bedste. Børnekomitéen afviger dog fra udgangspunktet, idet kun særlige foranstaltninger, der væsentligt påvirker et barn eller en gruppe af børn, kræver en vurdering.³⁷ Hensynet til barnets bedste vurderes konkret i den enkelte sag, og børnekomitéen understreger som tidligere anført, at hensynet til barnets bedste sikrer såvel individuelle som kollektive rettigheder.³⁸

Børnekomitéen har tidligere haft bemærkninger om beskyttelsen af barnets bedste i Danmark. På baggrund af Danmarks anden rapportering fra 1998 fandt børnekomitéen det betænkeligt, at princippet om barnets bedste ikke blev anvendt fuldt ud, og dermed ikke behørigt var indarbejdet i dansk ret. Der var ifølge børnekomitéens opfattelse ofte større fokus på forældres rettigheder frem for barnets bedste, hvorfor børnekomitéen anbefalede en øget indsats for en implementering af hensynet.³⁹ Senere har børnekomitéen kunne glæde sig over ny lovgivning som f.eks. forældresvarslovens fra 2007, som styrkede børns inddragelse og dermed skabte et øget fokus på barnets

³⁶ General Comment nr. 14, 2013, kapitel 4, sektion a, punkt 1, afsnit a

³⁷ Ibid, afsnit b

³⁸ Ibid, afsnit c

³⁹ Concluding Observations, Denmark (2001), punkt. 28-29

bedste. Selvom børnekomitéen generelt ser fremskridt i beskyttelsen, kan børnekomitéen fortsat finde områder, som ikke får den fornødne opmærksomhed.⁴⁰ Af de seneste bemærkninger fra 2017 angår betænkelighederne især mindreårige asylansøgere og flygtningebørn. Børnekomitéen anfører ingen direkte henvisning til børnekonventions artikel 3, men finder, at barnets tarv ikke i tilstrækkelig grad vurderes og tages med i betragtningen ved immigrationssager.⁴¹

Selvom børnekonventionen ikke er inkorporeret i dansk ret, kan danske domstole, som tidligere nævnt, inddrage konventionen, når sagen angår børns rettigheder. Det fremgår af retspraksis, at domstolene ofte henviser til børnekonventionen i deres afgørelser. Børnekonventionen har dermed en positiv indvirkning på håndhævelsen og udviklingen af børns rettigheder i Danmark. Af eksempler fra retspraksis kan blandt andet nævnes U 2013.2425 V. Sagen omhandlede inddragelse af opholdstilladelse, efter at moderen var udrejst af Danmark. Justitsministeriet havde inddraget et søskendepars opholdstilladelse, efter moderen var rejst tilbage til Thailand. På baggrund af de i sagen oplyste informationer, sås beskyttelsen af hensynet til barnets bedste i børnekonventions artikel 3 ikke at være inddraget særskilt i vurdering efter udlændingelovens § 26, stk. 1. Landsretten ophævede derfor Justitsministeriets afgørelse for drengens vedkommende og hjemviste vurderingen vedrørende pigen til fornyet behandling, da forudsætningerne for afgørelsen måtte anses for ændret efter landsrettens afgørelse om drengen. I U 2004.1047 H blev et søskendepar på henholdsvis 5 og 9 år ikke fritaget for at afgive vidneforklaring i en sag, hvori deres mor var sigtet for vold mod et 1½-årigt barn. Barnet på 1½ år kunne på grund af sin alder ikke afgive forklaring om, hvem der har udøvet volden. Søskendeparret havde været til stede i hjemmet, da volden fandt sted. Højesteret fandt, at vidneforklaringen måtte anses som afgørende for sagens udfald, og at sagens beskaffenheden og betydning gjorde det berettiget at pålægge søskendeparret at afgive forklaring. Pålægget om at afgive forklaring kunne ifølge højesterets afgørelse og under de foreliggende omstændigheder, ikke anses for at stride imod EMRK artikel 8, jf. stk. 2, eller børnekonventions artikel 3. Retsspraksis bekræfter dermed, at hensynet til barnets bedste er til stede i alle foranstaltninger vedrørende børn, hvad enten det sker gennem håndhævelse af børnekonventionen, forældreansvarsloven eller EMRK.

⁴⁰ Concluding Observations, Denmark (2011), punkt. 36

⁴¹ Concluding Observations, Denmark (2017), punkt. 39(d)

5.1.4. Retten til livet

Det følger af børnekonventions artikel 6, at det er staternes pligt at sikre ethvert barns overlevelse og udvikling. Børnekomitéen har aldrig udgivet en General Comment specifikt omhandlede børnekonventions artikel 6, hvorfor artiklen må fortolkes på baggrund af andre generelle bemærkninger. I General Comment nr. 7 om implementeringen af børns rettigheder i den tidlige barndom minder børnekomitéen deltagerstaterne om, at forpligtelsen kun kan implementeres på holistisk måde gennem håndhævelse af børnekonventions øvrige bestemmelser om sundhed, levestandarder, undervisning, fritid (artikel 24, 27, 28, 29 og 31) samt, at der ligeledes skal ses på forældrenes ansvar og på opdragelsen af barnet (artikel 5 og 18).⁴²

Det holistiske begreb medfører, at retten til liv skal ses i sin helhed, hvilket betyder at artiklen fortolkes i den bredeste forstand. Til trods for at børnekonventions artikel 6 er én af de fire grundprincipper, har børnekomitéen aldrig haft bemærkninger hertil i evalueringerne af Danmark. Børnekomitéen har dog i deres bemærkninger til andre lande, heriblandt Sverige, ikke været tilbageholdende med kritik i henhold til artikel 6.⁴³ I 2015 udtalte børnekomitéen bekymring over den i Sverige stadig høje grad af selvmord blandt personer med handicap, herunder børn. Børnekomitéen opfordrede derfor Sverige til at vedtage alle nødvendige foranstaltninger for at forebygge, identificere og adressere problemet.⁴⁴

5.1.5. Barnets synspunkter

Børnekonventions artikel 12 er den sidste af de fire grundprincipper. Det følger af børnekonventions artikel 12, at deltagerstaterne skal sikre et barn, der er i stand til at udforme sine egne synspunkter, retten til frit at udtrykke disse synspunkter i alle forhold, der vedrører barnet. Barnets synspunkter skal tillægges passende vægt i overensstemmelse med dets alder og modenhed. Det må antages, at alle børn i et eller andet omfang er i stand til at udtrykke sine synspunkter, og at disse kan udtrykkes

⁴² General Comment nr. 7, 2005

⁴³ Schultz, Trine m.fl., *Childrens rights*, s. 68

⁴⁴ Concluding Observations, Sverige (2015), punkt. 21-22

frit uden nogen form for indblanding. Tilbage står, at synspunkterne skal tillægges passende vægt. Dette vil derfor være op til en konkret vurdering sammenholdt med, hvad der er til barnets bedste, jf. børnekonventionens artikel 3. Børnekonventionen sikrer dermed alle børns ret til at blive hørt og taget alvorligt.⁴⁵

Selvom børnekomitéen fremhæver fire grundprincipper, skal børnekonventions artikel 12 og artikel 3 fremhæves som noget specielt vigtigt. Dette skyldes, at de to artikler på samme tid både kompletterer og udelukker hinanden. Børnekonventions artikel 3, stk. 1 kan ikke anvendes korrekt, hvis ikke kravene til artikel 12 er opfyldt. Ligeledes styrker børnekonventions artikel 3, stk. 1 funktionaliteten i artikel 12 ved, at formidle den essentielle rolle børnene har, idet barnets bedste gør sig gældende vedrørende alle foranstaltninger.⁴⁶ Børnekomitéen har derfor også understreget, at deltagerstærterne skal træffe passende foranstaltninger for at sikre, at barnet kan udøve sine rettigheder i overensstemmelse med såvel hensynet til barnets bedste, som til retten til at udtrykke sine synspunkter.⁴⁷

Som det var tilfældet i forbindelse med børnekonventionens artikel 2 og artikel 3, har Danmark også modtaget kritik vedrørende børnekonventions artikel 12. Af børnekomitéens bemærkninger til Danmarks anden rapportering fra 1998 fremgår det, at børnekomitéen fandt det betænkeligt, at børn under 12 år på daværende tidspunkt ikke havde ret til at udtale sig. Børnekomitéen kritiserede derfor Danmark for ikke i tilstrækkelig grad at have implementeret børnekonventions artikel 12 i dansk ret.⁴⁸ Af Danmarks tredje rapportering fra 2005 blev denne kritik dog ikke gentaget.⁴⁹ På trods af dette har Danmark imødekommet kritikken med indførelsen af forældreansvarsloven. Forældreansvarsloven indeholder af sine indledende bestemmelser FOL § 5 om hensynet til barnets egne synspunkter, der netop har sit udgangspunkt i børnekonventions artikel 12.⁵⁰

⁴⁵ General Comment nr. 12, 2009, punkt. 2

⁴⁶ General Comment nr. 14, 2013, kapitel 4, sektion b, punkt 3, første afsnit

⁴⁷ Ibid, sidste afsnit

⁴⁸ Concluding Observations, Denmark (2001), punkt. 30-31

⁴⁹ Lovforslag L 133, 2006-2007, alm. bem., pkt. 2.1.2.1., sidste afsnit

⁵⁰ Ibid, bem. til § 5

5.1.6. Andre perspektiver

I relation til hensynet til barnets bedste indeholder børnekonventionen udover grundprincipperne en række artikler, som er særligt relevante for forståelsen heraf:

- Artikel 9 om barnets ret til begge sine forældre
- Artikel 18 om forældrenes hovedansvar for barnets opdragelse
- Artikel 19 om beskyttelsen mod mishandling

5.1.6.1. *Barnets forældre*

Det følger af børnekonventions artikel 9, at et barn har ret til begge sine forældre, medmindre hensynet til barnets bedste er uforeneligt dermed. Sammenholdt med artikel 18 om at forældrene pålægges hovedansvaret for børneopdragelsen betyder, at barnets forældre naturligt har stor indflydelse på barnet. En beslutning om at barnet skal adskilles fra sine forældre medfører, at alle interesserede parter skal have muligheden for at deltage i sagsbehandlingen og have muligheden for at fremføre deres synspunkter, jf. børnekonventionens artikel 9, stk. 2. Deltagerstaterne skal dermed respektere barnets rettigheder, hvilket sikrer, at kontakten ikke ubegrundet afskæres mellem forældre og børn.

Selvom forældrene har hovedansvaret for børneopdragelsen, har deltagerstaterne ligeledes forpligtelser. Deltagerstaterne skal sikre og fremme børnekonventions rettigheder ved at yde passende bistand til barnets forældre, jf. børnekonventions artikel 18, stk. 2. Deltagerstaterne skal med "*passende bistand*" træffe de foranstaltninger, som bedst sikrer forældrenes mulighed for at fremme barnets bedste. Muligheden herfor kan f.eks. ske gennem skatteregulering og fradrag, beskyttelse af tilstrækkelig levestandard og arbejdstidsregler såvel som tilbud om familierådgivning.⁵¹ Børnekomitéen anfører dermed, at børnekonventionen også har stor relevans i den tidlige del af barndommen.

⁵¹ General Comment nr. 7, 2005, punkt 20(a)

5.1.6.2. Beskyttelsen mod mishandling

Barnets ret til beskyttelse mod mishandling er noget specielt i fortolkningen af børnekonventionens rettigheder. Børnekomitéen kræver afskaffelse af nationale bestemmelser, som i en vis grad tillader mishandling af børn.⁵² Børnekomitéen opdeler mishandling i "legemlig" eller "fysisk" afstraffelse.⁵³ Afstraffelsen kan f.eks. bestå i at slå et barn, men overordnet gælder det, at al form for afstraffelse af børn, herunder også i skolen, hjemmet og straffesystemet, anses for uacceptabel og nedværdigende behandling.⁵⁴ Dette medfører, at hensynet til barnets bedste, jf. børnekonventionens artikel 3 aldrig vil kunne retfærdiggøre mishandling af børn.

Historisk set har opfattelsen af afstraffelse ændret sig med tiden. Dette er også tilfældet i Danmark, hvor revselsesretten, der gjorde det muligt for lærere at afstraffe eleverne fysisk, blev afskaffet i 1967. Den fuldstændige afskaffelse af revselsesretten blev dog først afskaffet ved lov i 1997, jf. lov nr. 416 af 6. oktober 1997. Børnekomitéen konstaterede derfor også på baggrund af Danmarks anden rapportering fra 1998 med tilfredshed, at forældres revselsesret over for deres børn var blevet afskaffet.⁵⁵ Med forbuddet blev det forbudt at udøve nogen som helst form for fysisk eller psykisk afstraffelse mod sine børn.

⁵² General Comment nr. 8, 2006, punkt 31

⁵³ Ibid, punkt 11

⁵⁴ Ibid, punkt 12

⁵⁵ Concluding Observations, Denmark (2001), punkt. 6

5.2. Forældreansvarsloven

Børnekonventionen beskytter barnets rettigheder og sikrer hensynet til familien som den naturlige ramme for særligt børns vækst og trivsel.⁵⁶ Med Danmarks ratifikation af børnekonventionen erklærede Danmark at ville følge og håndhæve børnekonventionens bestemmelser. Gældende lovgivning ville blive fortolket i overensstemmelse med børnekonventionen, og ny lovgivning ville ligeledes blive udarbejdet i overensstemmelse hermed.⁵⁷ Børnekonventionen kan derfor betragtes som fundamentet for forældreansvarsloven. Forældreansvarsloven bidrager dermed til Danmarks arbejde for at forbedre børns levevilkår.

I henhold til bestemmelserne § 1 og § 4, skal alle afgørelser efter FOL "træffes ud fra hvad der er bedst for barnet", jf. § 4 og "skal hensynet til barnets bedste og barnets ret til trivsel og beskyttelse komme i første række." Når retsgrundlaget, dvs. FOL, EMRK og børnekonventionen, gennemgås adskilt, skyldes det netop, at i vurderingen efter FOL skal inddrage en menneskeretlig vurdering, hvis der er tvivl om, hvorvidt barnets bedste kan varetages i henhold til reglerne i FOL, dvs. at de internationale regler skal inddrages i skønnet i den konkrete sag i henhold til FOL.

5.2.1. Barnets bedste

Før forældreansvarslovens tilblivelse var reglerne i det familieretlige system spredt i flere forskellige love. De dagældende regler for forældremyndighed og samvær havde siden 1. januar 1996 været samlet i lov om forældremyndighed og samvær.⁵⁸ Før vedtagelsen af lov om forældremyndighed og samvær var beskyttelsen indeholdt i myndighedsloven. Baggrunden for udskillelsen fra myndighedsloven var at tilpasse det familieretlige system således, at det stemte overens med nye familiemønstre og dermed sikrede barnets kontakt til begge forældre, også når de ikke længere var samboende.⁵⁹ Hensynet hertil var begyndelsen på lovgivnings fokus på barnets perspektiv. Et udgangspunkt, som sidenhen har været afgørende, når det familieretlige system er blevet ændret.

⁵⁶ BKl nr. 6 af 16/01/1992, s. 1, linje 26 ff.

⁵⁷ Ibid, s. 1, linje 8 ff.

⁵⁸ Lov nr. 387 af 14. juni 1995

⁵⁹ Lovforslag L 133, 2006-07, s. 10, afsnit 1.1

Da den nye forældreansvarslov trådte i kraft i 2007, var der tale om et paradigmeskift.⁶⁰ Den nye forældreansvarslov ændrede fokuset markant fra forældrenes behov til barnets behov. Dermed skulle der fremadrettet træffes afgørelser ud fra barnets ret til begge sine forældre og ikke forældrenes ret til barnet.⁶¹ Danmark havde på baggrund af deres rapporteringer til FN's Børnekomité om forholdene for børn og unge i Danmark, modtaget en del kritik fra børnekomitéen.⁶² Børnekomitéen fandt ikke, at der i tilstrækkelig grad i lovgrundlag blev foretaget en vurdering af barnets bedste. Det blev derfor besluttet, at barnets bedste fremover skulle være det bærende hensyn i lovgivningen. Der blev som følge af beslutningen nedsat et udvalg til at vurdere, hvordan barnets bedste blev implementeret i dansk ret. På baggrund heraf har forældreansvarslovens sidenhen haft to overordnede hensyn bestående af barnets perspektiv og forældrenes fælles ansvar for barnet. Princippet om, at alle afgørelser efter loven skal træffes ud fra, hvad der er bedst for barnet, blev lovfæstet i FOL § 4. Ved den efterfølgende vurdering af, hvad der er til barnets bedste, skal der derfor tages hensyn til, at barnet har ret til begge forældre. Dette medførte, at myndighederne ved henvisningen til barnets bedste fik muligheden for at bestemme, at den fælles forældremyndighed skulle forsætte, selvom en af forældrene ønskede forældremyndigheden ophævet. Ydermere præciserede loven, at barnets egne synspunkter skulle indgå i afgørelsen efter modenhed og alder, jf. FOL § 5. Forældreansvarsloven fik dermed en række grundlæggende principper, som tilsammen skulle sikre at afgørelser efter loven altid træffes med udgangspunkt i barnets bedste.⁶³

Forældreansvarsloven fra 2007 medvirkede til en reformering af det familieretlige system. Efterfølgende har det familieretlige system gennemgået flere forandringer. I 2018 blev forældreansvarsloven ændret som følge af indførelsen af lov om Familieretshuset og det skærpede fokus på beskyttelsen af barnet bedste.⁶⁴ I forhold til dette speciale fokuseredes der hovedsageligt på ændringen af forældreansvarsloven. Ændringen af forældreansvarsloven medførte indførelsen af den nugældende formålsbestemmelse om barnets bedste i FOL § 1. Det fremgår af FOL § 1, at i alle forhold,

⁶⁰ Lov nr. 499 af 6. juni 2007

⁶¹ Lovforslag L 133, 2006-07, afsnit 1.1

⁶² Concluding Observations, Denmark (1995, 2001, 2005)

⁶³ Lovforslag L 133, 2006-07, afsnit 1.1

⁶⁴ Lovforslag L 90, 2018-19 + Lovforslag L 91, 2018-19

som er omfattet af denne lov, skal hensynet til barnets bedste og barnets ret til trivsel og beskyttelse komme i første række. Formålsbestemmelsen blev indført for at tydeliggøre det ufravigelige hensyn til barnet.⁶⁵ Under førstebehandlingen af lovforslaget til ændringen fra 2018 er det tydeligt, at det har været vigtigt for den lovgivende magt at få indført et overordnet hensyn til barnets bedste. Der er ikke oplyst, hvilke forhold der skal lægges vægt på i denne vurdering, hvorfor lovgiver har overladt dette til et konkret skøn. Lovgiver har bevidst valgt ikke at oplyse, hvilke hensyn der skal veje tungt i forbindelse med en sådan vurdering, idet der ønskes en bredere bedømmelse af begrebet og mulighed for at opfattelsen af begrebet kan ændre sig over tid.⁶⁶ Derpå vil det forsøges belyst, hvilke hensyn der kan og skal inddrages i henhold til vurderingen.

5.2.2. Barnets egne synspunkter

Det er flere gange påpeget i forbindelse med fremsættelsen af loven i 2007, 2012 og 2018, at det er særdeles vigtigt at inddrage barnets egne synspunkter i vurderingen. Barnets synspunkter kan inddrages på forskellig vis og med forskellig styrke, hvilket også er implementeret i loven, jf. FOL § 5 og § 34. Bestemmelsen blev implementeret på baggrund af børnekomiteens kritik af Danmark i deres konkluderende bemærkninger af 2005, idet de ikke mente, den daværende lov opfyldte kravene i børnekonventionens artikel 12.⁶⁷ Barnet skal herved have mulighed for at blive inddraget, således barnets perspektiv og synspunkter skal være en del af vurderingen.

I henhold til forældreansvarsloven er baggrunden for et ønske om inddragelsen af barnet, at det er en grundlæggende ret for barnet at kunne komme til orde i sin egen sag. Barnet har ofte egne meninger om, hvor de ønsker at bo, og hvor meget samvær de ønsker. På den måde belyses sagen også fra flere sider end blot myndigheders og forældrenes.⁶⁸ Barnet kan ligeledes inddrages på flere måder både gennem egentlige samtaler, men også ved en børnesagkyndig undersøgelse eller erklæringer fra andre professionelle. Disse aktører bør anvendes afhængigt af den enkelte situation. Barnets synspunkter kan dog også blive bragt frem af forældrene, idet udgangspunktet for, at få barnets

⁶⁵ Lovforslag L 91, 2018-19, s. 38, afsnit 3.3.3.1.1.

⁶⁶ Betænkning nr. 1475/2006, s. 85-86

⁶⁷ Christensen, Stine Crone, Forældreansvarsloven med kommentarer, s. 133

⁶⁸ L 133, 2006-07, afsnit 1.2

perspektiv belyst, er gennem forældrenes egne oplysninger om barnet. Dette udgangspunkt er grundet i, at forældrene er nærmest barnet og dermed også har størst indsigt i barnets liv.⁶⁹

Vurderingen af, i hvilket omfang barnet skal inddrages samt på hvilken måde, afhænger derfor ligeledes af en konkret vurdering. Det er derfor nødvendigt at se på, hvilke hensyn der kan inddrages. Først og fremmest skal der tages hensyn til egne synspunkter efter barnets alder og modenhed, jf. FOL § 5. Heri er selvfølgelig den objektive vurdering af barnets alder, hvoraf et yngre barn ikke skal stilles komplicerede spørgsmål, men nærmere konkrete spørgsmål barnet kan forholde sig til.⁷⁰ Ligeledes må det indgå i vurderingen, hvad den pågældende sag drejer sig om, og dermed hvor indgribende afgørelsen vil være for barnet. Det er desuden vigtigt, at barnet ikke bringes i en situation, som barnet ikke kan overskue, hvilket potentielt vil kunne skade barnet. Dette kunne f.eks. være situationer, hvor barnet ikke kan overskue konsekvenserne af at give sin mening til kende, hvilket kan resultere i en afgørelse, som ikke er til dennes bedste. Dette følger af forældreansvarslovens § 34, stk. 2. Det er derpå vigtigt at iagttage og vurdere det enkelte barns situation, før barnet indkaldes til eventuelle samtaler og skal tilkendegive sin mening.⁷¹ Barnets synspunkter skal derpå bidrage til beslutningsprocessen og resultere i, at beslutningsgrundlaget i sidste ende bliver til barnets bedste. Ligeledes er det målet, at samtalerne skal støtte barnet bedst muligt, idet barnet bliver tildelt en professionel, som kan medvirke til, at barnet oplever en forståelse og føler sig i centrum for afgørelsen.⁷²

I og med at der kan være tale om en så kompleks vurdering af barnet, kræver dette en stor grad af faglighed for de børnesagkyndige, som foretager vurderingen. Dette skyldes, at barnet ofte er loyale overfor sine forældre, hvorfor det kræver en forståelse for det bagvedliggende af barnets udtalelser. Der stilles krav til, at den sagkyndige kan sætte sig ind i barnets situation og videreformidle barnets perspektiv. Hvis de børnesagkyndige ikke opfylder kravene til fagligheden, vil barnet ikke i nødvendigt omfang blive hørt, hvilket kan være et problem i forhold til barnets ret til at blive hørt.⁷³

⁶⁹ L 133, 2006-07, afsnit 2.2.1 + 2.2.2

⁷⁰ Betænkning nr. 1475/2006, s. 64 ff.

⁷¹ Ibid s. 64-65

⁷² Ibid, s. 96-97

⁷³ Ibid, s. 72-73

I dommen U 2016.863 H som angik en sag om forældremyndighed over tre børn på henholdsvis 5, 11 og 13 år, hvor M blev tillagt forældremyndigheden alene, var forældrene blevet enige om, at børnene ikke skulle høres. Børnene på 11 og 13 år var dog berettiget til at blive hørt i forbindelse med sagen, idet de begge havde alderen til dette. Der var ingen grundlag for ikke at hører børnene, hvorfor retten valgte, at de skulle høres gennem en børnesamtale. Denne dom understreger dermed, hvor vigtigt et hensyn det er at få barnets mening tilkendegivet før der træffes afgørelse.

5.2.3. Samspillet mellem forældre

Fastlæggelsen af forældreskabet medfører i langt de fleste situationer ikke de store problemer. Historisk set har det været naturligt at anse den fødende kvinde som moderen til barnet. Den teknologiske udvikling har sidenhen muliggjort nye familiekonstellationer, hvilket har medført mere principielle spørgsmål i forhold til registrering af forældreskab.

Med de nye familiemønstre er det blevet relevant af opdele forældreskabet i forskellige typer.⁷⁴ Det retlige forældreskab bevirker, at der opstår en retsstatus mellem forældrene og barnet. Det genetiske forældreskab er barnets ophav dvs. forholdet mellem mandens sædceller og kvindens æg. Ved faderskab er det biologiske forældreskab derfor i overensstemmelse med genetiske forældreskab. Ved moderskab kan der imidlertid opstå nye udfordringer. Dette skyldes, at anvendelsen af surrogatmoderskab medfører, at surrogatmoderen opfattes som den biologiske mor, jf. børnelovens (BL) § 30. Modsat vil den genetiske mor være den pågældende kvinde, hvorfra de befrugtede æg stammede fra. Da den teknologiske udvikling har medført, at der ikke nødvendigvis er overensstemmelse mellem de to kvinder, er det sociale forældreskab særligt relevant. Det sociale forældreskab kan opnås af såvel mænd som kvinder, uanset om de er retlige, biologiske eller genetiske forældre til barnet. Det sociale forældreskab er de deltagende "forældre", som er en del af dagligdagen, og dermed reelt fungerer som barnets forældre.⁷⁵

Børneloven indeholder bestemmelser om tildeling af forældreskab. Det retlige forældreskab bygger i dansk ret på det biologiske forældreskab. Udgangspunktet medfører, at den kvinde som føder

⁷⁴ Nørgaard, Irene m.fl., Familieret, s. 26 ff.

⁷⁵ Ibid s. 26.

barnet, anses som mor til barnet, jf. BL § 30, jf. BL § 31. En aftale om, at den fødende kvinde efter fødslen skal udlevere barnet til en anden, er dermed ugyldig, jf. BL § 31.

Tildeling af forældremyndighed skal ses i sammenhæng med børnelovens bestemmelser om registrering af faderskab og medmoderskab. Udgangspunktet i dansk ret er, at forældre, som er gift, har fælles forældremyndighed over barnet jf. FOL § 6, stk. 1. Ligeledes er der fælles forældremyndighed, hvis forældrene har afgivet en omsorgs- og ansvarserklæring efter § 7, stk. 1, nr. 1, eller barnets far/medmor har opnået anerkendelse som barnets forældre jf. FOL § 6, stk. 2. Det fremgår derudover af FOL § 6, stk. 3, at forældre, der er skilt på fødselstidspunktet, men som har været gift med hinanden inden for de sidste 10 måneder før barnets fødsel, automatisk har fælles forældremyndighed. Når forældrene har opnået en fælles forældremyndighed, er udgangspunktet, at forældremyndigheden fortsætter efter separation jf. FOL § 8. Det er derpå vurderet, at det som hovedregel er til barnets bedste, at forældrene har fælles forældremyndighed.⁷⁶ Problemet opstår derefter, når forældrene ikke længere kan enes om forældremyndigheden, hvorfor der skal træffes afgørelse om, hvem der skal have forældremyndigheden jf. FOL § 11. Denne afgørelse skal træffes ud fra, hvad der er til barnets bedste jf. FOL § 4. Ved sådanne afgørelse skal der lægges vægt på forældrenes samarbejde og dermed om, hvorvidt forældrene kan samarbejde og finde løsninger for barnet. Det afgørende i denne situation er, at barnet ikke bliver placeret i en konflikt mellem forældrene.⁷⁷ Vurderingen er derpå, at det ikke er til barnets bedste ved indgåelse af en kompromisløsning. Det er derpå et krav, at der ikke foreligger svære og uovervindelige vanskeligheder i forældrenes samarbejde. Hvis forældrene ikke kan samarbejde, er det nødvendigt at lægge vægt på, hvilken forælder der samarbejder bedst.⁷⁸ Udover beslutningen om forældremyndighed træffes beslutninger om bopæl. Beslutningerne om bopæl træffes efter FOL § 17, som ligeledes skal træffes efter FOL § 4. Hertil er udgangspunktet, at forældrene bliver enige om barnets bopæl og dermed at forældrene ikke deles om bopælen. Vurderingen herfor skyldes, at det vil være bedst for barnet at have en fast base. Dette betyder dermed, at der ikke vil kunne træffes afgørelser om delt bopæl efter FOL § 17. Forældrene kan dog aftale at have delt bopæl jf. FOL § 18 a. Delt bopæl kræver en høj grad af samarbejde hos

⁷⁶ L 133, 2006-07, afsnit 3

⁷⁷ Ibid, afsnit 3.2.2 og 3.2.3

⁷⁸ Ibid, afsnit 3.2.2 og 3.2.3

forældrene, som vanskeligt kan lade sig gøre. Ved delt bopæl vil der kræves enighed om det daglige liv for barnet, hvilket i sidste ende kan problematisere hverdagen for barnet. Problematikken opstår, når der ikke er enighed mellem forældrene om beslutningerne. Uenigheden resulterer ofte i et højt konfliktniveau, hvilket er svært for barnet at navigere i. Ved beslutninger om, hvor barnet skal have bopæl, lægges vægt på, hvilken forælder der bedst til at samarbejde omkring barnet.⁷⁹ Forældrenes evne til at samarbejde må derfor antages at have en stor betydning i vurderingen af barnets bedste efter forældreansvarsloven.

5.2.3.1. Retten til begge forældre

Formålsbestemmelsen om hensynet til barnets bedste i FOL § 1 har stor betydning for forståelsen af forældreansvarsloven. Fortolkningen af formålsbestemmelsen i FOL § 1 skal ses i sammenhæng med FOL § 4. Bestemmelserne har begge deres udgangspunkt i børnekonventions artikel 3, som anfører, at barnets bedste skal komme i første række ved alle foranstaltninger vedrørende barnet. Bestemmelserne i FOL §§ 1 og 4 understreger dermed, at hensynet til barnets bedste og barnets ret til trivsel og beskyttelse altid skal komme i første række. Dette medfører, at hensynene hertil skal vægtes over andre hensyn i sager efter forældreansvarsloven, dvs. ligeledes over hensynet til forældrene.⁸⁰ Det følger af FOL § 19, stk. 1, at barnets forbindelse til begge forældre søges bevaret ved, at barnet har ret til samvær med den forælder, som det ikke har bopæl hos. Barnet har dermed en ret til at have kontakt med begge sine forældre. Det er forældrenes ansvar at sikre, at barnets rettigheder bliver håndhævet, jf. FOL § 19, stk. 2. Det fælles ansvar sikrer såvel barnets samvær med den forælder, som det ikke har bopæl hos, som transporten af barnet i forbindelse med samvær. Selvom der gælder et fælles ansvar for forældrene i forhold til at sikre barnets samvær, skal forælderen uden bopælen alligevel aktivt anmode om samvær med barnet, jf. FOL § 19, stk. 3. I forbindelse med fastsættelse af samvær suppleres FOL § 19 af FOL § 21 om samværsafgørelser. Afgørelser om samvær skal træffes ud fra barnets perspektiv, jf. FOL §§ 1 og 4. Dette medfører, at selvom forælderen uden bopælsret anmoder om samvær, har denne ikke altid ret til samvær med barnet,

⁷⁹ Betænkning nr. 1475/2006, s. 120-121

⁸⁰ Lovforslag L 91, 2018-19, bemærkningerne til § 1, til nr. 1, s. 62

idet en konkret vurdering kan komme frem til, at det ikke er til barnets bedste. Modsætningsvis må derfor antages heller ikke at gælde en samværspligt for forælderen uden bopæl. Der kan derfor ikke fastsættes mere samvær, end denne forælder selv ønsker.⁸¹

Formålet med bestemmelsen i FOL § 19 er som tidligere nævnt, at bevarer barnets forbindelse med begge forældre og dermed vedligeholde forholdet. Det er derfor vigtigt at have sig for øje, at dette er af hensynet til barnet, hvorfor der ikke nødvendigvis fastlægges samvær på trods af forældrens ønske om det.⁸² Et afslag i forhold til samvær kan begrundes i alvorlige problembelastninger hos forælderen. Dette være sig grænseoverskridende adfærd, sociale belastninger, misbrug, vold eller psykiske problemer. Ved sådanne situationer er det vigtigt at vurdere barnets bedste og dermed barnets interesse i at bevare kontakten med denne forældre. Herunder skal der lægges vægt på, hvilken problematik forælderen står i. Der er f.eks. en skærpet pligt til at oplyse sagen i tilfælde, hvor forælderen har misbrugsproblemer, idet der kan være behov for at etablere foranstaltninger som overvåget samvær og antabusbehandling. Ligeledes er det særdeles vigtigt i sager, hvor forælderen beskyldes for sædelighedskriminalitet mod børn. Her skal hurtigst muligt gribes ind med enten overvåget eller suspenderet samvær, idet sådanne forhold generelt ikke er til barnets bedste.⁸³ Dette er eksemplificeret i FOL § 4 a, hvor en part idømt ubetinget fængselsstraf eller dømt til anbringelse, som udgangspunkt ikke har forældremyndigheden, bopæl eller ret til samvær, medmindre dette er bedst for barnet. Det er derpå forudindtaget, at det ikke er til barnets bedste, at en forælder, som er dømt for en alvorlig lovovertrædelse, ikke skal have ret til at træffe beslutninger for barnet. Denne retsstilling bekræftes i TFA 2020.193. Sagen angår en far dømt for overtrædelse af straffelovens § 237, ved at havde dræbt sine børns mor. Der skulle på baggrund heraf træffes afgørelse om, hvorvidt forældremyndigheden skulle forblive hos faderen, jf. FOL § 15 a, jf. § 4 a. Som følge af overtrædelsen af straffelovens § 237 gælder der som nævnt efter forarbejderne en klar formodning imod, at faderen skal have forældremyndigheden over børnene, jf. FOL § 4 a. Herefter blev det vurderet, hvorvidt der forelå særlige omstændigheder, som undtagelsesvist kunne begrunde, at det alligevel ville være bedst for børnene, at faderen fik forældremyndigheden over dem.

⁸¹ Nørgaard, Irene m.fl., Familieret, s. 53

⁸² Christensen, Stine Crone, Forældreansvarsloven med kommentarer, s. 363-364

⁸³ Lovforslag L 133, 2006-07, afsnit 4.8.6

Der er i den konkrete sag lagt vægt på, at børnene på henholdsvis 15 og 16 år havde behov for støtte i en sådan grad, at faderen ikke kunne opfylde deres behov. Ydermere var faderen udvist af Danmark efter endt afsoning. Børnene havde til trods for sagen en nær tilknytning til faderen og ønskede, at han havde forældremyndighed over dem. Børnenes ønske skulle dog ses i lyset af, at de ikke opfattede deres far som moderens drabsmand. Endvidere blev det vurderet, at børnene ikke kunne overskue konsekvenserne, hvis faderen fik forældremyndigheden. Det var på baggrund af en samlet vurdering dermed ikke til børnenes bedste at tildele faderen forældremyndigheden over dem.

Hensynet gør sig ligeledes gældende i situationer, hvor forælderen ikke møder op til aftalte samvær eller lignende og dermed giver et billede af, at forælderen ikke går op i barnet og udviser en manglende interesse. Barnet kan dermed opleve ustabilitet i forholdet, samt en følelse af svigt, hvilket på ingen måde er til barnets bedste.⁸⁴ Ydermere kan der opstå situationer, hvor barnet i længere tid ikke har haft samvær med forælderen. Hertil er det vigtigt primært at have barnets ønsker og behov for øje, som er gennemgået ovenfor. Dette er grundet, at det ikke skal være forældrens ønske om at se barnet, men barnets ønske om at se forælderen.

Et meget væsentligt punkt hertil er samværschikane. Dette gør sig gældende, hvis en forælder konstant opsøger og kontakter den anden eller dennes familie. Ligeledes gør det sig gældende ved fremsættelse af trusler om vold mod den anden part, og dermed chikanerer denne. Vurderingen anvendes særligt til at udmåle, hvor meget samvær den enkelte part skal have med barnet. Det er der på skadende for den forælder, som udøver samværschikane og vurderes at have negativ indvirkning på barnet.⁸⁵ I nyere dansk retspraksis har vurderingen af samværschikane ligeledes haft betydning for fastlæggelsen af forældremyndigheden. I retspraksis har højesteret med afgørelsen i U 2020.3854 H lagt vægt på, at moderen i høj grad vanskeliggør et samarbejde om barnet og uden påviselig grund forsøger at hindre den anden i kontakt til barnet. Hertil vurderes det, at der skal lægges stor vægt på, hvilken forældre der er bedst til at samarbejde og på længere sigt kan sikre barnets samvær med den anden forælder. Ligeledes påvirkes barnet negativt af det manglende samarbejde. På den baggrund vælger Højesteret at ophæve den fællesforældremyndighed og i stedet tillægge denne til faderen.

⁸⁴ Betænkning nr. 1475/2006, s. 226-227

⁸⁵ Lovforslag L 133, 2006-07, afsnit 4.8.3

5.2.3.2. Forældrenes pligter

Forældreansvarslovens § 2 fastlægger forældremyndighedsindehaverens rettigheder og pligter i forhold til barnet. Forældremyndighedsindehaveren skal drage omsorg for barnet og træffe afgørelse om dets personlige forhold ud fra barnets interesse og behov, jf. FOL § 2, stk. 1. Endvidere skal forældremyndighedsindehaveren ligeledes beskytte barnet mod fysisk og psykisk vold eller anden krænkende behandling, jf. FOL § 2, stk. 2. Forældreansvarslovens § 2 sikrer dermed barnets bedste gennem beskyttelse, omsorg og dermed retten til trivsel. Det er derfor afgørende for beskyttelsen af barnets bedste, hvem der har forældremyndigheden. Tildelingen af forældremyndig er reguleret i forældreansvarslovens §§ 6-15 a og §§ 26-28. Der gælder derfor som tidligere anført en række principper for tildelingen. Forældre vil derudover kunne aftale, at forældremyndigheden overføres til andre end forældrene, jf. FOL § 13, stk. 2. En aftale om forældremyndighed efter § 13, stk. 2, skal dog godkendes af Familieretshuset eller familieretten for at være gyldig. Dette medfører, at forpligtelserne til at sikre barnet efter FOL § 2 også omfatter forældremyndighedsindehavere, der ikke er barnets biologiske forældre. Bestemmelsen i FOL § 13, stk. 2 åbner dermed mulighed for, at barnets sociale forældre kan opnå del i forældremyndigheden og derpå blive retlig forælder. Kravet hertil er, som nævnt, godkendelse fra familieretshuset samt indhentelse af en erklæring fra forælderen, der alene har forældremyndigheden jf. FOL § 36, stk. 3. Der er dog forskel på den sociale far og den sociale mors muligheder for at blive anerkendt som barnets retlige forælder. Dette er særligt relevant ved surrogatmoder arrangementer. Det er ofte nemmest for faren at blive anerkendt som barnets retlige far, idet forældreskabet ofte vil være anerkendt i landet for barnets fødsel. Der er større vanskeligheder for den sociale mor, idet Danmark anser den fødende kvinde for værende barnets retlige mor jf. BL § 30.⁸⁶ Ved en manglende anerkendelse kan det derpå gå ud over barnet i og med, at moderen ikke opnår, de rettigheder en registreret forælder har.

Forældreansvarslovens § 2 suppleres af FOL § 3 om forældremyndighedsindehavernes beføjelser vedrørende barnet, hvis der er fælles forældremyndighed. Det følger af FOL 3, stk. 1, 1. pkt., at ved fælles forældremyndighed kræver væsentlige beslutninger vedrørende barnets forhold enighed mellem forældrene. Modsætningsvis kan bopælsforælderen træffe afgørelser om overordnede forhold i barnets daglige liv, jf. FOL 3, stk. 1, 2. pkt. Der kan derfor sættes spørgsmålstegn ved, hvilken

⁸⁶ Artikel: Surrogatmoderskab – en usikker affære – Ankestyrelsen 2014

karakter beslutninger i praksis tillægges. Væsentlige beslutninger omhandler f.eks. flytning til udlandet, valg af religion, væsentlige lægelige indgreb, skolevalg og deltagelse i risikobetonede fritidsaktiviteter. Overordnede forhold kan betegnes som mere generelle beslutninger vedrørende barnets daglige velbefindende, herunder f.eks. indenlandske flytninger, jf. dog § FOL § 18 om varsling af flytning og beslutninger vedrørende barnets daginstitution.⁸⁷

Forældreansvarsloven regulerer ikke, hvilken forælder eller hvilke forældre en offentlig myndighed skal informere om forhold vedrørende barnet.⁸⁸ På baggrund af de manglende reguleringer i særlovningen vedtog Folketinget den 16. marts 2021, at offentlige myndigheder m.v. fremadrettet, når de sender digital post, som indeholder en meddelelse om et barns forhold, som er rettet mod begge indehavere af forældremyndigheden over barnet, skal sende den digitale post til dem begge, jf. lov om ændring af lov om ligestilling af kvinder og mænd § 4 a, stk. 1. Dette gælder uanset om forældrene er samboende eller ej.⁸⁹ Udgangspunktet kan dog fraviges, hvis særlige hensyn, herunder hensynet til barnets bedste, hensynet til den anden indehaver af forældremyndigheden eller hensyn til anden lovgivning, taler for alene at sende posten til den ene indehaver af forældremyndigheden, jf. lov om ændring af lov om ligestilling af kvinder og mænd § 4 a, stk. 2. Ændring af loven sikrer dermed ligestilling mellem forældrene, herunder særligt fædrene, eftersom det for samboende forældremyndighedsindehaver har været tilstrækkeligt for offentlige myndigheder, at meddele den ene forælder, typisk moderen.⁹⁰

Sammenholdt med FOL §§ 1 og 4 præciserer FOL § 2 dermed forældremyndighedsindehavernes pligt overfor barnet. Bestemmelserne tydeliggør væsentligheden af barnets bedste, og de hensyn der skal tages hertil. Det grundlæggende fokus, når såvel myndighederne træffer afgørelser vedrørende barnet, som når forældremyndighedsindehaveren agerer i dagligdagen, skal være på barnets trivsel og på at skærme barnet mod vold og anden nedværdigende behandling.

⁸⁷ Lovforslag L 133, 2006-07, punkt. 3.4.1., afsnit 1.

⁸⁸ Lovforslag L 57, 2020-21, punkt. 2.1.2.

⁸⁹ Ibid, bemærkningerne til § 1, til nr. 2, s. 12

⁹⁰ Ibid, punkt. 3, afsnit 1.

5.3. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Mens børnekonventionen og forældreansvarsloven specifikt beskytter forholdet til barnets bedste, er udgangspunktet for EMRK at opretholde og udvikle menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder.⁹¹ EMRK kan derfor betragtes som den overordnende ramme for beskyttelsen af individets grundlæggende rettigheder. I takt med nye familiemønstre bliver forholdet mellem børnekonventionen, forældreansvarsloven og EMRK udfordret, og uoverensstemmelser kan opstå med hensyn til fortolkningen, idet der i lovgivningen er forskellige formål. Når EMRK anvendes på sager vedrørende hensynet til barnets bedste, ligger der deri en afvejning mellem de involverede parter rettigheder og staternes ansvar for at beskytte barnet i den pågældende situation.

5.3.1. Ret til respekt for privatliv og familieliv

Danmark har været en del af den Europæiske Menneskerettighedskonvention siden begyndelsen i 1953.⁹² Siden 1992 har EMRK, som tidligere nævnt, været inkorporeret i loven, hvilket medfører, at danske love skal overholde konventionen.⁹³ EMRK har en særlig status, hvorfor konventionen i udgangspunktet går forud for dansk lovgivning. Dette gælder dog ikke, hvis der er tale om grundlovssikrede rettigheder og tilfælde, hvor dansk lovgivning konkret vælger at fravige EMRK.⁹⁴ EMRK regulerer den negative forpligtelse hos staterne i form af, at individet beskyttes mod indgreb fra staten og dermed sætter en grænse for lovgivningen.⁹⁵ EMRK kræver ligeledes, at staten positivt forsøger at fremme og beskytte rettighederne. Særligt gør det sig gældende for artikel 8, stk. 1, som fastlægger rettighedens indhold. Danmark har derved forpligtet sig til, at lovgivningen sikrer individets rettigheder, herunder artikel 8 angående retten til familieliv.⁹⁶ Ved at have forpligtiget sig positivt til at beskytte individets rettigheder har staten en pligt til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre respekt for privat- og familielivet. Når der foretages en vurdering af, om staten

⁹¹ Lov nr. 285 af 29/04/1992, linje 11 ff.

⁹² BKL nr. 20 af 11/06/1953

⁹³ Lov nr. 285 af 29/04/1992

⁹⁴ Rytter, Jens Elo, Individets grundlæggende rettigheder, s. 51-52

⁹⁵ Ibid, s 63

⁹⁶ Ibid, s 68

har en positiv forpligtelse, er det nødvendigt at foretage en afvejning af samfundets generelle interesser over for individets. Staterne har hertil en ikke ubetydelig skønsmargin. De positive forpligtelser kan heller ikke pålægge staten en umulig eller uforholdsmæssig byrde.⁹⁷

EMRK's artikler er bredt formuleret, og det kræver derfor ofte en udfyldende fortolkning at fastlægge, hvad de enkelte artikler regulerer.⁹⁸ Fortolkningen bliver foretaget af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, som efter EMRK artikel 32 har ret til at fortolke alle spørgsmål vedrørende anvendelsen af konventionen.⁹⁹ EMD er dermed en vigtig kilde til, hvordan vi fortolker og forstår konventionen. Ligeledes bidrager EMD med retningslinjer til, hvordan medlemsstaterne kan overholde artiklerne. I forbindelse med at EMD fortolker konventionen anvendes både fortolkningsprincipper og en fortolkningsstil. Disse principper bidrager først og fremmest til en sproglig forståelse og for derefter at fastsætte formålet med den enkelte artikel.¹⁰⁰ Fortolkningen adskiller sig dog fra den måde dansk ret fortolkes, idet EMD fastlægger en dynamisk fortolkning. Den dynamiske fortolkning har sit afsæt i, at konventionen hele tiden udvikler sig og dermed skal følge samfundsudviklingen. Dette betyder også, at et forhold som tidligere kan have været i strid med konventionen, ikke er det længere, idet vi i samfundet har accepteret et sådan forhold.¹⁰¹

EMRK består som nævnt af bredt formulerede bestemmelser, hvorfor barnets bedste ikke som udgangspunkt er reguleret i artiklerne. Vurderingen af barnets bedste indgår dog i artikel 8, som omhandler retten til privat- og familieliv, idet EMD har fortolket beskyttelsen af barnet heri.¹⁰² EMRK artikel 8 indeholder flere beskyttelser, herunder retten til privat- og familieliv, beskyttelsen af hjemmet og korrespondance. Ordlyden af artikel 8 er som følgende:

"Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

⁹⁷ Kjølbros, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere, s. 887 ff.

⁹⁸ Rytter, Jens Elo, Individets grundlæggende rettigheder, s. 71-72

⁹⁹ Ibid, s. 79-80

¹⁰⁰ Kjølbros, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere, s. 15

¹⁰¹ Betænkning nr. 1475/2006, s. 328

¹⁰² Kjølbros, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere, s. 875 ff.

Stk. 2 Ingen offentlig myndighed må gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, medmindre det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.”

Retten til respekt for familieliv forudsætter, at der er etableret et familieliv i henhold til bestemmelsen. Begrebet familie er dog ikke begrænset til udelukkende at omhandle ægteskab, idet bestemmelsen ligeledes omfatter de facto forhold. Dette gør sig f.eks. gældende ved ugifte samlevende. Ved vurderingen af, om der de facto foreligger et familieliv, kan der lægges vægt på flere forskellige momenter. Herunder længden af samlivet, om parret er samlevende, om parterne har forpligtet sig overfor hinanden, og i hvilken grad de har forpligtet sig. Ligeledes anerkender bestemmelsen, at forhold mellem andre nærtstående også kan være beskyttet. Det kan være forhold mellem barn og bedsteforældre. De kan f.eks. have levet sammen i en længere periode og på den måde etableret et familieliv. Bestemmelsen beskytter ikke kun eksisterende familieliv, men også potentielle fremtidige familieliv. Dette kan være forholdet mellem adoptivforældre og adoptivbørn, eller børn født af surrogatmødre, så længe den ene af forældrene er biologisk beslægtet.¹⁰³

Beskyttelsen efter artikel 8 gælder dog kun hvis den pågældende situation opfylder betingelserne hertil. En af betingelserne for at muliggøre en overtrædelse af retten til familieliv er, at der er etableret et familieliv i konventionens forstand. Familieliv i konventionens forstand omfatter flere situationer, hvor der er etableret et bånd mellem et barn og dennes forældre eller andre familiemedlemmer. Det er dermed ikke udelukkende situationer, hvor forældrene gifte/ugifte bor sammen, men også tilfælde hvor de inden barnets fødsel flytter fra hinanden, men har boet sammen under graviditeten. Det gælder også, hvis de har været i et fast forhold med hinanden uden at bo sammen. Betingelsen er fastlagt gennem EMD, som i flere situationer har udtalt sig om, hvornår der er tale om et familieliv.¹⁰⁴ Hertil kan desuden henvises til nedenstående beskrivelser af praksis fra EMD.

¹⁰³ Kjølbros, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere, s. 875 ff.

¹⁰⁴ Betænkning nr. 1475/2006, s. 329

EMD har gennem tiden taget stilling til situationer omhandlende forældremyndighed og samvær, som er de situationer, der reguleres i forældreansvarsloven. I henhold til spørgsmålet om forældremyndigheden er det af afgørende betydning, at afgørelsen er til barnets bedste interesser. Dette gælder både ved registrering af forældreskab og ved separation eller skilsmisse. EMRK har i henhold til sådanne afgørelser overladt et betydeligt skøn til myndighederne i det pågældende land, hvorfor det ofte ikke er myndighedernes beslutning som sådan, men nærmere beslutningsprocessen der kan sættes spørgsmålstegn ved. Herunder om alle relevante oplysninger er inddraget til vurderingen af familiesituationen.¹⁰⁵ Desuden er afgørelser om samvær omfattet af EMRK artikel 8, hvor det ligeledes er op til den enkelte myndighed at foretage et konkret skøn. Her har EMD også overladt et betydeligt skøn, hvorfor der sjældent sættes spørgsmålstegn ved selve beslutningen, men i stedet grundlaget. Det er særligt vigtigt ved sager om samvær, at der lægges vægt på barnets interesse i at bevare og udvikle bånd til familien, herunder særligt forældre og det derfor i princippet er til barnets bedste at bevare kontakten med begge forældre. Det er derfor krav til, at myndighederne træffer alle de foranstaltninger, som det med rimelighed kan forventes, således kontakten mellem barn og forældre muliggøres. Der kan dog være konkrete situationer, hvor det er til barnets bedste, at barnet ikke har samvær med begge forældre.¹⁰⁶

Såfremt det er konstateret, at der er tale om et familieliv i konventionens forstand, vil en afbrydelse af en kontakt mellem barnet og det pågældende familiemedlem i udgangspunktet være et indgreb efter artikel 8, stk. 1. Når der er tale om et indgreb efter stk. 1, er det nødvendigt at foretage en konkret vurdering om, hvorvidt forholdet kan legitimeres efter artikel 8, stk. 2. Artikel 8, stk. 2 oplister grunde, der kan legitimere et sådan indgreb i retten til familieliv. Efter stk. 2 findes tre betingelser, som kan legitimere indbegrebet. Der skal findes hjemmel i nationalret, hvorfor det skal være i overensstemmelse med loven. Indgrebet skal tjene et af de formål, som er angivet i stk. 2, herunder eksempelvis at beskytte sundheden eller sædeligheden, eller at beskytte andres ret og frihed.¹⁰⁷ Slutteligt skal der foretages en proportionalitetsafvejning mellem forældrenes ret til et liv med

¹⁰⁵ Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere, s. 839 ff.

¹⁰⁶ Ibid, s. 941 ff.

¹⁰⁷ Ibid, s. 849

barnet og barnets ret til ikke at blive belastet og skadet gennem forældrenes manglende evner.¹⁰⁸ Hvis indgrebet opfylder betingelserne, vil der ikke være tale om en overtrædelse af konventionen. Ved sager angående forældremyndighed og samvær, som vi kender fra FOL, er det ofte proportionalitetsafvejningen, der er til diskussion, idet der i forvejen ofte er hjemmel til indgrebet i lov. Domstolen har i den henseende anerkendt, at de forskellige medlemsstater har en forholdsvis stor skønsmargin, idet de sidder med det i det daglige. Ligeledes anser domstolen det ikke for sin rolle at træde i stedet for de nationale myndigheder.¹⁰⁹

Specialet vil på baggrund heraf gennemgå praksis fra EMD. Til at belyse emnet vil specialet derfor fokusere på tre specifikke domme afsagt i nyere tid. Praksis fra EMD skal bidrage til forståelsen af barnets bedste indenfor EMRK artikel 8. Ligeledes skal gennemgangen bidrage til forståelsen af, hvilken vægt begrebet har ved afgørelser efter konventionen. Som tidligere beskrevet er det EMD, der fastlægger forståelsen af de enkelte artikler i EMRK, hvorfor det er særligt relevant at inddrage retspraksis for at forstå, hvilke hensyn der gør sig gældende for artikel 8, herunder retten til familieliv.

5.3.2. Praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

5.3.2.1. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*¹¹⁰

Sagen omhandler en kvinde fra Schweiz (Isabelle), som flyttede til Israel og mødte en Israelsk mand (Shai), hvorefter de i 2003 sammen fik sønnen Noam. Shai blev efterfølgende meget troende og fulgte en ultra-ortodox bevægelse kaldet "Lubavitch". Isabelle blev derefter nervøs for, at han ville indoktrinere deres søn ved at sende ham afsted. Hun henvendte sig derfor til familieretten i Tel-Aviv, som derefter traf beslutning om, at Noam ikke kunne forlade Israel og Isabelle skulle have forældremyndigheden midlertidigt, mens Shai fik ret til at få samvær med Noam. Baggrunden for denne afgørelse var, at de ikke mente, det var til barnets bedste, at Isabelle og Shai levede under samme tag. Shai skabte et miljø med konstante beskyldninger og skældsord, som stressede Isabelle,

¹⁰⁸ Kjølbros, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere, s. 851-852

¹⁰⁹ Betænkning nr. 1475/2006, s. 329

¹¹⁰ EHCR, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (GC), no. 41615/07, 6.7.2010

hvorfor hun ikke kunne udfylde sin rolle som mor. Efterfølgende samme dag anmeldte Isabelle Shai for vold mod hende, hvilket resulterede i en skilsmisse uden ændring af forældremyndigheden. Isabelle stak derefter af og tog Noam med til Schweiz, hvilket resulterer i sagen ved EMD.

Da sagen kommer for EMD påstår Shai, at der er sket en overtrædelse af EMRK artikel 8 herunder særligt retten til familieliv. EMD udtaler i den forbindelse, at de er enige i, at det er en fundamental del af artikel 8, at forældre kan leve med deres børn, og denne problemstilling klart er en del af anvendelsesområdet for artikel 8. Der er dog flere faktorer, der skal medtages i vurderingen, herunder order public og barnets bedste. Order public er i denne sag relevant, idet Isabelle har bortført Noam, hvilket i udgangspunktet strider imod order public. EMD udtaler i den henseende, at hensynet til barnets bedste kommer forrest, hvorfor både hensynet til forældrene og order public er mindre vigtigt. De udtaler således om problemstillingen *“the interests of children are of paramount importance in matters relating to their custody”*. Ligeledes finder EMD, at der er to hensyn i barnets bedste vurderingen. På den ene side er hensynet til, at barnet fastholder sine familiebånd, og disse kun kan tilsidesættes i exceptionelle situationer, hvorfor det skal forsøges at genopbygge forholdet. På den anden side er det vigtigt for barnets udvikling at være i et trygt miljø, hvorfor barnet ikke skal have kontakt med en forælder, som skader barnets udvikling og helbred.

Ved vurderingen af barnets bedste udtaler EMD *“The child’s best interests, from a personal development perspective, will depend on a variety of individual circumstances, in particular his age and level of maturity, the presence or absence of his parents and his environment and experiences”*, hvilket understreger, at EMD ligesom FOL anlægger en konkret vurderingen for den enkelte sag. EMD lægger i afgørelsen vægt på, at der er udarbejdet flere rapporter, som påpeger, at det vil udgøre en risiko for Noam at vende tilbage til Israel. Risikoen består i den psykiske skade, det vil kunne påføre ham at skulle tage afsked med alt det, som han kender i Schweiz, idet han ikke husker andet. Ligeledes ønsker Isabelle ikke at tage med tilbage, hvilket vil kunne udgøre en endnu større psykisk påvirkning af Noam. Ydermere lægges vægt på den store mængde tid han nu har boet i Schweiz (5 år) og hans sociale, kulturelle bånd til landet. Noam taler på tidspunktet for dommen fransk og går i skole i Schweiz, og selvom han har en alder, hvor han hurtigt vil kunne lære et nyt sprog, vurderer domstolen, at det kan udgøre alvorlige konsekvenser for ham at blive fjernet og sendt til Israel. Domstolen påser også Shai’s forhold. Siden 2005, hvor Isabelle flygtede, har Shai haft to koner og fået en datter. Den nye kone har anlagt sag mod Shai, idet han ikke har betalt børnebidrag. Shai

havde også inden bortførelsen kun overvåget samvær med Noam, idet domstolen i Israel vurderede, at det ikke var bedst for Noam at bo ved Shai. Domstolen tvivler derfor på, at det er bedst for Noam at bo i Israel. Slutteligt lægger EMD vægt på, at Isabelle kan blive retsforfulgt, hvis hun vender retur til Israel, hvorfor hun ikke vil kunne tage sig af Noam. Domstolen vurderer, at dette vil være til stor skade for Noam, fordi Isabelle er hans primære omsorgsperson og har været det de seneste 5 år. EMD finder dermed, at Noam skal blive med Isabelle i Schweiz, hvorfor barnets bedste tillægges stor betydning i dommen.

5.3.2.2. *R.M.S. v. Spain*¹¹¹

Sagen handler om en mor og hendes 3-årige datter (G), som på tidspunktet for pigens fødsel boede sammen med bedstemoderen, bedstemoderens bror og hendes to søskende. Moderen arbejdede ofte i Frankrig, hvor hun plukkede grapefrugt. Hun ønskede ikke, at de to søskende til pigen skulle med, hvorfor bedstemoderens bror tog sig af børnene, når hun var i Frankrig. Børnene blev officielt sendt i pleje ved bedstemoderens bror. Moderen henvendte sig efterfølgende til myndighederne i Granada med hendes kæreste og G, idet de havde brug for et arbejde, mad og husly. Myndighederne i Granada valgte hurtigt, at datteren skulle fjernes fra moderen, idet moderen ingen penge havde, og datterens tilstand var kritisk. I vurderingen indgik, at datteren manglede grundlæggende hygiejne, hun var ikke klædt til sommervejret, hun havde tør hud, ar og sår på kroppen, samt hendes dårlige forhold til mad. Moderen måtte derefter ikke kontakte G, før hun havde gennemgået psykologisk behandling. G kom derefter i pleje, og der blev fastsat overvåget samvær med moderen. Samværet gik skidt, og myndighederne vurderede, at moderen ingen interesse viste for G, og hun var psykisk ustabil, hvorfor de stoppede samværet med G.

Moderen klager derefter over afgørelsen. Moderens påstande er derefter, at hun altid har arbejdet, og dermed har en stabil indkomst, som er tilstrækkeligt til at dække G's behov. Hun gør ligeledes gældende, at hun ikke har en psykisk diagnose, hendes tilstand var blot en reaktion på myndighedernes behandling af hende og hendes datter. Ligeledes bemærker hun, at hun ikke har forladt

¹¹¹ ECHR, *R.M.S. v. Spain*, no. 28775/12, 18.6.2013

hendes to sønner. På baggrund af disse argumenter mener moderen ikke, at myndighederne har haft ret til at fratage hende al kontakt med G.

Myndighederne gør gældende, at børn ikke kan fjernes fra deres forældre, medmindre dette er retfærdiggjort gennem barnets interesser. Myndighederne mener ikke at have fjernet barnet uden at retfærdiggøre beslutningen. De lægger vægt på, at moderen ikke var i en position, hvor hun kunne tage sig af barnet, og det var derfor bedst for barnet at komme til en plejefamilie.

EMD anfører, at det er en meget indgribende handling at splitte en familie ad, hvorfor det er særligt vigtigt at have stærke argumenter for dette, samt tungtvejende interesser i relation til barnets bedste. Det vigtige i denne sag er dermed, om de nationale myndigheder har foretaget alle de handlinger, som er forventet af dem for at sikre, at G kan få et normalt familieliv, inden de traf beslutning om, at hun skulle i plejefamilie med sigte på en adoption. EMD finder, at fjernelsen af barnet og dermed anbringelsen i pleje under omstændighederne var det rigtige at gøre. EMD bestrider dog, at der ikke efterfølgende hurtigt blev undersøgt, hvilket forhold G havde til forælderen, specielt taget i betragtning, at G på det tidspunkt var under 4 år gammel. EMD finder, at der ikke under denne procedure blev lagt vægt på det allerede eksisterende følelsesmæssige bånd mellem mor og datter, og dermed ikke de konsekvenser adskillelsen vil have for begge parter. EMD udtaler ligeledes, at der ikke blev fundet nogle psykiske problemer hos datteren, og der blev i myndighedens afgørelse lagt stor vægt på den svære finansielle situation, som moderen var i. Myndighederne fik derfor ikke udarbejdet en mental rapport på moderen, hvorfor de udelukkende baserede afgørelsen på hendes økonomiske situation. Dertil udtaler domstolen, at dette problem kunne være løst med mindre indgribende foranstaltninger end splittelse af familien. De sociale myndigheders rolle er netop at hjælpe familier med problemer ved at guide dem. EMD konkluderer derfor, at de spanske myndigheder i den pågældende sag ikke har overholdt EMRK artikel 8.

5.3.2.3. *Schneider v. Germany*¹¹²

Sagen omhandler et par fra Tyskland Mr. og Mrs. H, som er gift og har en datter sammen. Mr. H bor i Storbritannien, mens Mrs. H fortsat bor i Tyskland. Mrs. H indleder herefter en affære med en

¹¹² ECHR, *Schneider v. Germany*, no. 17080/07, 15.9.2011

anden mand (ansøgeren). Mrs. H bliver gravid, og 2 måneder senere flytter hun til Storbritannien for at bo med hendes mand Mr. H. Hun føder derefter en søn, hvilket ansøgeren mener, er hans biologiske søn. Mrs. H bestrider ikke, at ansøgeren kan være barnets biologiske far, men ønsker ikke, at ansøgeren skal have noget at gøre med barnet. Omvendt mener Mrs. H dog, at barnet også kan være Mr. H's barn, idet hun i perioden også havde en intim relation til ham. Der er aldrig blevet foretaget en faderskabstest. Ansøgeren blev efterfølgende nægtet samvær og informationer om drengens liv.

For EMD gør ansøgeren gældende, at han er barnets biologiske far, hvilket må anses som værende et familieliv i henhold til artikel 8. Han anfører, at han har haft et længere varende forhold med Mrs. H fra maj 2002 til september 2003, hvor hun fortalte ham, at hendes ægteskab var brudt sammen, og hendes mand nu bor med en anden kvinde i Storbritannien. De havde derefter aftalt at skulle have et barn sammen, hvorfor han tog med til scanninger, og Mrs. H præsenterede ham som barnets far. Han mener derfor, at det er uretmæssigt efter EMRK artikel 8, at han ikke har fået mulighed for at danne et forhold til hans søn. Han har gennem hele forløbet vist stor interesse for barnet og har inden fødslen erklæret, at han er barnets far. Ligeledes gør han gældende, at det er til barnets bedste at have kendskab til sine biologiske rødder og dermed have kontakt med ham.

De tyske myndigheder mente ikke, at der var tale om en overtrædelse af EMRK artikel 8. Domstolene i Tysklands beslutning om, at ansøgeren ikke kunne få ret til kontakt og information omkring sønnen, var dermed ikke i strid med artikel 8. De mener ikke, at påstanden om en biologisk tilknytning er nok til, at forholdet er beskyttet af artikel 8. Ydermere har ansøgeren ikke noget personligt forhold til sønnen. Sønnen lever ligeledes et stabilt liv med moderen og den retlige far.

EMD finder, at det ikke er nødvendigt, at der er et ægteskab mellem parterne, før der efter artikel 8 er tale om et de facto familieliv. Domstolen bemærker dog, at et biologisk slægtskab ikke alene er nok til, at beskyttelsen gør sig gældende, hvis der ikke er noget retligt og socialt forhold mellem faderen og barnet. Hertil bemærker domstolen, at der i særlige tilfælde kan være forhold, der alligevel falder ind under beskyttelsen i artikel 8, navnlig når familielivet endnu ikke er fuldt etableret, og dette ikke er ansøgerens skyld. Domstolen lægger til grund, at ansøgeren ikke har haft mulighed for at etablere et bånd med barnet, idet Mrs. og Mr. H har forbudt ham kontakt med barnet. Ligeledes lægger EMD til grund, at myndighederne ikke har vurderet, om det kunne være til barnets

bedste at have kontakt med sin biologiske far. Det er i sager med en retlig far og en anden biologisk far vigtigt at involvere alle parter i forhold til barnet, idet barnet har en stor interesse i at kende til begge parter. Domstolen finder det derfor ikke bevist, at barnets interesse er blevet medtaget i afgørelsen, hvorfor domstolen mener, at der er tale om et brud på EMRK artikel 8.

5.3.2.4. Dommenes relevans

Specialet har behandlet netop disse domme, idet de belyser forskellige situationer, hvor EMD har taget stilling til barnets bedste og udtalt sig om, hvilke forhold der skal tillægges særligt vægt. Dommen angående Neullinger og Shuruk viser, hvordan afvejningen foretages mellem retten til to forældre og den enkelte forældres forhold. Der bliver særligt lagt vægt på barnets udvikling og tilknytningsforhold. Ligeledes bliver det påpeget, at ved sådanne sager skal barnets bedste være i fokus og dermed være det bærende hensyn. I dommen R.M.S mod Spanien er det afvejningen af tilknytningen til moderen og vigtigheden af en fortsat tilknytning, der vægter højere end de problemer moderen har. Dommen viser dermed også, at det ikke altid er nok, at forælderen har psykiske problemer og udfordringer med at varetage barnet, idet en fjernelse er meget indgribende for såvel moderen som barnet. Det er derpå vigtigt med en konkret vurdering, hvor formodningen er, at det er bedst for barnet at have tilknytning til sine forældre. Dommen belyser også, at det er myndighedernes pligt at forsøge og vejlede forældrene og gøre dem i stand til at varetage barnets interesser, og det dermed ikke er tilstrækkeligt blot at fjerne barnet. Slutteligt bidrager dommen Schneider mod Tyskland til at belyse, hvilken betydning retten til begge forældre kan have. Dommen er også særligt relevant i forbindelse med Neullinger og Shuruk mod Schweiz, idet den kommer frem til, at retten til begge forældre er til barnets bedste, hvilket Neullinger og Shuruk ikke gør. Det er klart, at omstændighederne ikke er ens, men det viser dermed, at det altid er en konkret vurdering, hvilket hensyn der er til barnets bedste.

5.4. Delkonklusion

Grundlæggende er der store ligheder imellem de tre forskellige retssystemer for, hvad der angår barnets bedste eller "childs best interest". Barnets bedste er i alle henseender det bærende hensyn, for så vidt angår familieretlige sager, hvor der er børn involveret. Dette er eksempelvis sager om forældremyndighed, samvær, adoption eller lignende. Begrebet blev først introduceret gennem FN's Børnekonvention og er senere beskyttet både i EMRK og FOL. Hensynet skal derfor altid have forrang for andre hensyn. Systemerne supplerer hinanden således, at hensynet til barnets bedste er sikret bedst muligt. Dette sker i og med, at børnekonventionen og EMRK artikel 8 kan påberåbes ved de danske domstole. Desuden er det muligt at påklage afgørelser til EMD, som i deres vurdering medtager FN's børnekonvention. Fælles for systemerne er ligeledes, at barnets bedste ikke er udførligt beskrevet, og det er derfor ikke uden fortolkning muligt at vide, hvad begrebet retligt indeholder og dermed, hvilke hensyn der er vigtigst. Det er derfor essentielt at sætte sig grundigt ind i lovgivningen og de bagvedliggende hensyn for at finde frem til, hvad der skal lægges vægt på. Det er altid op til en konkret vurdering i den enkelte sag, hvordan begrebet skal anvendes, og hvad der vægter tungest i en afgørelse. Det er bevidst prioriteret, at begrebet skal fastlægges efter et skøn og ikke er udtømmende oplistet i bestemmelserne, idet lovgiver ønsker alle hensyn, der kan have betydning bliver anvendt i vurderingen. Vurderingen skal dermed ikke låses fast gennem oplistning. Der er dog nogle centrale hensyn, der tillægges stor vægt indenfor både Børnekonventionen, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og forældreansvarsloven.

Et af de gennemgående hensyn er barnets synspunkter. Barnets ret til at fremkomme med sine synspunkter er sikret i børnekonventionens artikel 12 og FOL §§ 5 og 34. Det er ofte et væsentligt hensyn, som ved manglende iagttagelse kan resultere i en ugyldig afgørelse. Ved anvendelsen af hensynet skal der lægges vægt på barnets alder og modenhed, hvorfor der er forskel på, i hvilke situationer myndighederne skal høre en 3-årig og en 12-årig. Barnet har ofte en mening om situationen og dermed f.eks. en holdning til, hvor denne ønsker at bo eller lignende. Høringen af barnet skal foretages af en fagperson med særlig viden indenfor emnet, idet der skal foretages en afvejning, som kræver forudgående viden om sådanne høringer. Specialet har i den henseende fundet frem til, at det er vigtigt før en eventuel høring af barnet, at barnets situation er vurderet. Det kan være u hensigtsmæssigt at høre barnet i situationer, hvor forældrene har et meget højt konfliktniveau eller situationer, hvor barnet ikke kan overskue konsekvenserne af udtalelserne. Formodningen er

dog, at barnet skal høres og have mulighed for at fremkomme med sine synspunkter, og det er derfor undtagelsen, at barnet ikke skal høres.

Et andet vigtigt hensyn er retten til begge forældre. Hensynet er centralt inden for alle tre systemer og er udgangspunktet for enhver sag. Dette fordi samfundet anser det som værende bedst for barnet at have kontakt til begge forældre på trods af, at de enkelte forældre muligvis ikke har kompetencerne. Det er derpå myndighedernes opgave at vejlede og støtte familien således, at barnet har kontakt med begge forældre. Der kan dog opstå situationer, hvor det efter en konkret vurdering ikke er bedst for barnet at have samvær med begge forældre. Dette kan være i situationer, hvor forælderen er voldelig eller i en psykisk sårbar position, hvor det kan gå udover barnets trivsel. Det er hertil vigtigt at påpege, at dette er undtagelsen, og i de fleste tilfælde vil det være til barnets bedste at have begge forældre, specielt i situationer hvor barnet trives og er i udvikling.

Selvom det er muligt at fastlægge hensyn, som altid er en faktor, og som altid skal med i vurderingen af barnets bedste, er det ikke på samme måde muligt at fastsætte vægten af hensynet. Hensynene har forskellig vægt i den konkrete situation og dermed kan myndighederne ikke på forhånd lægge sig fast på, at et hensyn har forrang for et andet. Det er derfor ikke altid de "generelle" hensyn, der har størst vægt. Der kan være konkrete hensyn, der gør sig gældende i den enkelte sag, som kan have den største betydning.

På baggrund af analysen af lovgrundlaget for barnets bedste vil specialet foretage en domsanalyse af U 2021.517 H. Dommen er særligt relevant, idet der er tale om nyere praksis fra Højesteret, som tilsidesætter barnets bedste. Specialet vil derefter diskutere dommens resultat set i forhold til barnets bedste.

6. Diskussion

6.1. Analyse af U 2021.517 H

U 2021.517 H omhandler, hvorvidt en kvinde (A) kunne få tilladelse til stedbarnsadoption af et tvillingepar, som A og hendes mand (F) var blevet forældre til ved hjælp af et surrogatmoderskab. Parret havde som følge af aftalen ydet betaling til surrogatmoderen (M).

6.1.1. Sagens faktiske omstændigheder

Ifølge A havde sagen følgende faktiske omstændigheder:

Forældreparret havde kendt hinanden siden teenagersårene og været gift de sidste 20 år. Parret havde altid ønsket at blive forældre, hvorfor de gjorde forsøget, men det lykkedes ikke A at blive gravid. A søgte derfor hjælp hos en gynækolog, som fandt nogle polypper, som hun senere blev opereret for. Efterfølgende modtog A forskellige behandlinger i forsøget på at opnå graviditet, men fortsat uden resultat. Fra 2007 til 2009, mens parret boede i Norge, påbegyndte de derfor fertilitetsbehandling i udlandet. I 2011 lykkedes det A at blive gravid med hjælp fra en klinik i Rusland, men A aborterede efter kort tid. Parret påbegyndte derefter en ny fertilitetsbehandling i Ukraine på klinikken Biotex i Kiev. På baggrund af klinikkens grundige undersøgelser konkluderede de, at A med stor sandsynlighed ikke kunne gennemføre en graviditet.

På klinikken arbejdede M som kontaktperson. Det var A's opfattelse, at under forløbet med fertilitetsbehandlingen havde hun og M udviklet en god relation. At M efter A's mislykkede fertilitetsbehandling tilbød at blive surrogatmor og føde et barn for parret, skulle opfattes som en hjælp. Parret overvejede herefter tilbuddet, og endte med at takke ja.

A undersøgte herefter, hvorvidt surrogatmoderskab var lovligt. A konstaterede ingen problemer, hermed blot at parret undlod at betale M for tabt arbejdsfortjeneste. Da M fortsat skulle arbejde på klinikken under graviditeten, forsikrede M derfor, at dette ikke var et problem. M skulle dermed ikke have betaling af parret, hvorfor der var tale om en frivillig aftale. Parret indgik herefter en kontrakt med Biotex i Kiev. Ifølge kontrakten skulle klinikken have 208.000 kr. for selve behandlingen og donoræg, egen transport, lægeundersøgelser, rapportering en gang om måneden og for fødslen på hospitalet, samt lægebesøg efter fødslen, dokumentudarbejdelse og advokathjælp i Kiev. Derudover dækkede betalingen til klinikken ligeledes 2 måneders leje af en lejlighed til A og F. Ifølge

kontrakten skulle parret udover betalingen til klinikken betale M 200 euro om måneden til vitaminer, transportudgifter og graviditetstøj. Hvorvidt M fik andel i betalingen til klinikken, var parret udvidende om, men antog, at dette ikke var tilfældet.

I forbindelse med surrogatmoderskabet fik A udtaget æg, men ved ikke om klinikken har anvendt donoræg. Dette skyldes at klinikken oplyste, at de for at opnå den største chance for graviditet anvender tre æg, og at de anbefalede at anvende donoræg. Parret valgte efterfølgende ikke at vide, om æggene stammede fra A eller en anden, og således kan det ene barn være biologisk, mens det andet ikke er. I det efterfølgende forløb fulgte parret M frem mod fødslen. De var i Kiev til 3 måneders scanning og kom derefter ikke tilbage før fødslen. Dagen efter fødslen ser parret første gang børnene og efter 3 dage på det hospital, som klinikken anvender, bliver børnene overdraget til parret.

Parret ønskede derefter hurtigst muligt at rejse hjem til Danmark. Parret havde på forhånd ikke undersøgt, hvordan de fik børnene med hjem, da de som forældre regnede med, at dette var en selvfølge. Den danske repræsentation i Ukraine kunne ikke hjælpe med udstedelse af pas til børnene og meddelte, at parret skulle søge om familiesammenføring med børnene. Ved ankomst til Danmark blev parret vejledt om stedbarnsadoption. A søgte herefter om dette, men fik hurtigt afslag. Som følge heraf klagede A til Ankestyrelsen og efter et langt forløb fik de endnu en afvisning på ansøgningen om stedbarnsadoption. Ankestyrelsen vurderede at stedbarnsadoption ikke kunne bevilliges, da parret havde betalt for M's samtykke til adoptionerne.

Under klagesagens behandling blev parret den 20. marts 2015 indkaldt til møde i Statsforvaltningen. I forbindelse med mødet blev der taget notat i henhold til offentlighedsloven. Af mødereferatet fremgår følgende faktiske omstændigheder:

I 2009 efter parrets hjemkomst begyndte A at undersøge muligheden for fertilitetsbehandling i Ukraine. På baggrund af A egne undersøgelser valgte parret i begyndelsen af 2012 klinikken Biotex i Kiev. En klinik, som havde surrogatmoderskab som et tilbud. Såvel A og F gennemgik grundige undersøgelser. A havde derefter et ønske om at møde M, hvilket klinikken arrangerede. A ønskede med mødet at sikre sig, at der var en gensidig forståelse mellem parterne. I april 2013 rejste F til Kiev for at afgive sæd, og 6 uger senere meddelte klinikken, at M var gravid med tvillinger.

Efter fødslen blev børnene 3 dage på hospitalet. Efter ukrainske regler så surrogatmoderen ikke børnene, og parret så ikke surrogatmoderen. Parret betalte alene vederlag til klinikken, som derefter afregnede med M. Parret mente at vide, at M ville bruge vederlaget for surrogataftalen til udbetalingen på en lejlighed, men parret vidste ikke præcist, hvor stor en andel der var gået til hende.

6.1.2. Anbringenderne

Sagsøgeren (A) nedlagde påstand om, at sagsøgte (Ankestyrelsen) skulle anerkende, at A var berettiget til at adoptere børnene. Subsidiært skulle Ankestyrelsen anerkende, at de tog fejl ved deres afvisning på ansøgningen om stedbarnsadoption, idet afgørelserne var ugyldige. Sagsøgte nedlagde påstand om frifindelse.

Sagen angik dermed en prøvelse af Ankestyrelsens afgørelse om afslag på stedbarnsadoption med begrundelse i adoptionslovens § 15, idet A havde ydet vederlag til surrogatmoderen (M).

A gjorde gældende, at der ikke i forbindelse med adoptionen var ydet vederlag i strid med adoptionslovens § 15. Ankestyrelsen har som følge heraf ikke iagttaget sine forpligtelser til at foretage en konkret afvejning af alle relevante hensyn, jf. adoptionslovens § 2. Efter adoptionslovens § 2 må adoption kun bevilges, når det efter foretagende undersøgelse kan antages at være bedst for den, som ønskes adopteret, og denne enten ønskes opfostret hos adoptanten eller har været opfostret hos denne, eller der foreligger anden særlig grund til adoptionen. Hvis der ansøges om adoption af et umyndigt barn skal myndighederne indhente enten et samtykke efter adoptionslovens § 7 eller en erklæring efter adoptionslovens § 13. Adoption af børnene krævede ikke samtykke efter adoptionslovens § 7, idet surrogatmoderen ikke på noget tidspunkt havde haft andel i forældremyndigheden eller var blevet opfattet som retlig mor til børnene efter ukrainsk ret. Ankestyrelsen var som følge heraf forpligtet til at foretage en konkret afvejning af børnenes bedste efter adoptionsloven § 2, EMRK artikel 8 og børnekonventions artikel 3.

Ydermere har A gjort gældende, at såfremt adoptionslovens § 15 finder anvendelse, skal Ankestyrelsen forsat foretage en afvejning af hensynet til børnene over for formålet med adoptionslovens § 15. Dette skyldes bl.a. Danmarks internationale forpligtelser, jf. EMRK artikel 8 og børnekonventions artikel 3. Ankestyrelsen fandt imidlertid ikke, at betingelserne var opfyldte. Det gøres overordnet gældende, at der er særlige hensyn i sager om stedbarnsadoptioner, som skal inddrages ved

afvejningen heraf. Det må lægges til grund, at M ikke ønsker kontakt til børnene, og således heller ikke vil protestere imod A's adoption af dem. Børnene har en tungtvejende interesse i, at deres identitet som børn af A understøttes med det retlige bånd i form af moderskab, som kan etableres efter dansk ret. Børnene har levet i denne virkelighed siden deres fødsel. Børnene trives, og A's bidrag til dette er væsentligt. Ankestyrelsen har ikke inddraget hensynet til børnene i tilstrækkelig grad, hvorfor afgørelsen er ugyldig.

Ankestyrelsen har gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte deres afgørelse, hvorfor A ikke har ret til at adoptere børnene. Af det retlige grundlag anfører Ankestyrelsen ligeledes adoptionslovens §§ 2, 7 og 15. Endvidere er det i adoptionslovens § 33 anført, at hjælp ikke må ydes eller modtages med henblik på at opnå forbindelse mellem en kvinde og en anden, der ønsker, at kvinden skal føde et barn til denne. A's mulighed for stedsbarnsadoption skal afgøres efter dansk ret, hvorfor retstilstanden i Ukraine er uden betydning for afgørelsen. Afgørelsen støttes af parrets oplysninger fra mødet i Statsforvaltningen d. 20. marts 2015 og de hertil kommende oplysningerne om, at M ville bruge betalingen, hun fik for surrogatmoderskabet til en lejlighed. At parret ikke ved, hvor stor en del af deres betaling der er gået til M, og at alene har betalt vederlag til klinikken og ikke direkte til M, medfører, at afgørelsen ikke kan føre til et andet resultat. Det har formodningen imod sig, at surrogatmoderen skulle have ageret som surrogatmor af altruistiske grunde og uden anden betaling end 200 euro om måneden. Da surrogatmoderen efter dansk ret er børnenes juridiske mor, er dette i strid med adoptionsreglerne. A har dermed ikke tilvejebragt et tilstrækkelig grundlag for at tilsidesætte Ankestyrelsens vurdering.

6.1.3. Dommens konklusion

I byretten blev Ankestyrelsen frifundet. Byretten fandt på baggrund af Ankestyrelsens vurdering ligeledes, at der i forbindelse med aftalen om surrogatmoderskab var tale om en samlet forpligtelse for surrogatmoderen, og at det var i den forbindelse, at surrogatmoderen havde modtaget betaling. Surrogatmoderens samtykke kunne efter rettens opfattelse sidestilles med samtykke til stedsbarns-adoption, idet surrogatmoderen påtog sig at overdrage forældremyndigheden og meddele samtykke til, at A og F skulle være børnenes forældre. Byretten vurderede, at på baggrund af adoptionslovens formål, herunder forarbejdernes bemærkninger om, at aftaler om "levering af et barn" mod

vederlag, forekom i strid med helt grundlæggende principper i samfundet. Problemer med barnløshed skal ikke udvikle sig til handler med børn. Byretten fandt derfor ikke, at Ankestyrelsens afvejning af relevante hensyn skulle tilsidesættes.

Af landsrettens begrundelse og resultat fremgår det, at de i første omgang skulle tage stilling til, om der i forbindelse med aftalen om surrogatmoderskab var ydet surrogatmoderen vederlag ud over dækning af konkrete rimelige udgifter, jf. adoptionslovens § 15. Hvis dette var tilfældet, skulle landsretten dernæst tage stilling til, om vederlaget skulle forhindre A's mulighed for adoption, jf. adoptionslovens § 15. Såfremt adoptionen ikke kunne meddeles, skulle landsretten endeligt tage stilling til, om Ankestyrelsens afgørelse var i overensstemmelse med EMRK og børnekonventionen, og om tungtvejende hensyn til børnene alligevel muliggjorde en adoption.

Det var landsrettens opfattelse, at det var formodningen imod sig, at surrogatmoderen skulle have ageret som surrogatmor af altruistiske grunde og uden anden betaling end 200 euro om måneden. Landsretten fandt endvidere på baggrund af mødereferatet fra Statsforvaltningen d. 20. marts 2015, at det var godtgjort, at en ikke uvæsentlig del af betalingen til klinikken var ydet til surrogatmoderen, som vederlag for sin andel i aftalen. Det var uden betydning, at betalingen var sket via klinikken. Det var herefter op til landsretten at vurdere anvendelsen af adoptionslovens § 15 om, at adoption ikke kan meddeles, hvis nogen, der skal give samtykke til adoptionen, yder eller modtager vederlag herfor. A udtalte, at adoptionslovens § 15 ikke fandt anvendelse på grund af surrogatmoderens manglende andel i forældremyndigheden efter ukrainsk ret. Landsretten fandt ligesom byretten, at surrogatmoderens samtykke var at sidestille med et samtykke til stedbarnsadoption efter adoptionslovens § 15. Det var derfor uden betydning, at surrogatmoderen efter ukrainsk ret ikke blev anset som børnenes moder, og dermed ikke har skulle samtykke til adoptionen. Det var derimod altafgørende, om der var ydet vederlag.

Hvorvidt der alligevel kunne meddeles adoption, skulle dermed i sidste ende afvejedes på baggrund af hensynet til børnenes bedste. Hensynet til barnets tarv kommer i første række, jf. børnekonventions artikel 3. Princippet er ligeledes den grundlæggende betingelse for adoption i Danmark, jf. adoptionslovens § 2. Landsretten vurderede, at børnene havde en tungtvejende interesse i, at deres identitet som børn af A blev understøttet med det retlige bånd, hvilket en anerkendelse af moderskabet ville indebære. Den manglende anerkendelse af det retlige forhold ville dermed kunne

indebære et indgreb i barnets ret til privatliv efter EMRK artikel 8. Landsretten udtalte på baggrund af EMD's "Advisory Opinion" (anmodning P16-2018-001), opfølgning på Mennesson mod Frankrig,:

"At barnets ret til privatliv efter EMRK artikel 8 kræver, at national ret indeholder en mulighed for at anerkende en juridisk forældre-barn-relation mellem barnet og den tiltænkte moder, der efter den udenlandske fødselsregistrering er angivet som den »juridiske mor«. Det følger endvidere af udtalelsen, at en sådan anerkendelse ikke kræver, at de nationale myndigheder skal overføre den udenlandske registrering i de nationale registre, og at anerkendelse af forældre-barn-relationen kan ske ved eksempelvis adoption."

Landsretten konkluderer, at overfor anerkendelse af forældre-barn-relationen står hensynet til, at børn ikke gøres til handelsobjekter. Landsretten fandt derfor på denne baggrund, at adoptionslovens § 15 er begrundet i saglige hensyn. Det er inden for nationalstatens "margin of appreciation" at beskytte børnene mod handel. Det var landsrettens opfattelse, at der på nuværende tidspunkt ikke er grundlag for at afvige fra kravene i adoptionslovens § 15, selvom hensynet til børnene i den konkrete sag klart taler for, at det vil være bedst for dem, at A anderkendes som børnenes retlige moder, jf. EMRK artikel 8. Landsretten stadfæstede derfor byrettens dom.

Højesteret fandt, at surrogatmoderen var mor til børnene, jf. børnelovens § 30. Ved børnenes fødsel måtte surrogatmoderen derfor anses for at have haft forældremyndigheden over dem alene, jf. FOL § 7, stk. 4. Surrogatmoderens samtykke til adoption var derfor nødvendigt, jf. adoptionslovens § 7, stk. 1. Højesteret tiltræder herefter, de af landsretten anførte grunde for, at en ikke uvæsentlig del af betalingen til klinikken var ydet til surrogatmoderen som vederlag for sin andel i aftalen. Højesteret fandt herefter, at det vil være i strid med adoptionslovens § 15 at meddele A stedbarnsadoption.

Højesteret anførte herefter, at EMD har flere gange taget stilling til rækkevidden af EMRK artikel 8 i sager om surrogatmoderskab. På baggrund heraf har EMD gjort opmærksom på, at et generelt og absolut forbud mod anerkendelse af forholdet mellem et barn født ved surrogatmoderskab i udlandet og den tilsigtede mor imidlertid er uforeneligt med hensynet til barnets bedste. Hensynet kræver en konkret individuel behandling. Højesteret vurderer, at det ikke er muligt at foretage en sådan vurdering, jf. adoptionslovens § 15. Dette skyldes, at bestemmelsen indeholder et ubetinget forbud mod meddelelse af adoption i tilfælde, hvor nogen, der skal afgive samtykke til adoptionen, har ydet eller modtaget vederlag. Højesteret finder derfor, at der er behov for, at lovgivningsmagten tager

bestemmelsen i adoptionslovens § 15 op til overvejelse. Højesteret vælger alligevel at foretage en konkret vurdering af, om afslaget på stedbarnsadoption er i strid med EMRK artikel 8.

Af højesteret begrundelse og resultat fremgår det at flertallet med fire voterende udtalte:

”Efter en samlet vurdering finder vi herefter, at den interesse, som børnene har i at blive adopteret af A - afvejet over for de nævnte generelle hensyn til børns beskyttelse mod at blive gjort til genstand for handel og til at modvirke udnyttelse af sårbare kvinder – ikke indebærer, at afslaget på adoptionsbevilling til A på nuværende tidspunkt må anses for en krænkelse af EMRK artikel 8.”

Af højesteret begrundelse og resultat fremgår det at mindretallet med tre voterende udtalte:

”Vi finder, at hensynet til at sikre, at aftaler om kommercielle surrogatarrangementer ikke kan realiseres, ikke er særligt tungtvejende i det foreliggende tilfælde, hvor børnene nu i snart 7 år har boet hos A og F, og hvor F hele tiden har været anerkendt som retlig far og indehaver af forældremyndigheden over børnene. Aftalen om surrogatarrangementet er således fuldt ud realiseret for hans vedkommende. I hvert fald under disse omstændigheder kan det forhold, at A og F i sin tid betalte vederlag til den ukrainske surrogatmor, efter vores opfattelse ikke føre til, at børnene afskæres fra at få anerkendt, at den person, som de hele deres liv har betragtet som deres mor, også retligt set er deres mor. På den baggrund finder vi, at hensynet til børnenes privatliv efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8 indebærer, at relationen mellem børnene og A må anerkendes retligt, og at det til denne anerkendelse ikke er tilstrækkeligt, at hun har fået del i forældremyndigheden.”

Højesteret stadfæstede derfor landsrettens dom.

6.1.4. Dommens relevans

Domstolene finder frem til, at A ikke kan adoptere børnene og dermed blive anerkendt som børnenes moder. Det gælder både Ankestyrelsen, Byret, Landsret og Højesteret. Det danske lovgrundlag er i udgangspunktet børnelovens § 30, hvortil den fødende kvinde er barnets mor. Princippet suppleres af, at der ikke må meddeles adoption såfremt ”nogen, der skal give samtykke, modtager vederlag eller nogen anden form for modydelse” jf. adoptionslovens § 15. Derefter er udgangspunktet, at der skal foretages en konkret vurdering af, om det i den konkrete situation er til børnenes bedste

efter EMRK artikel 8 og børnekonventionens artikel 3. Afgørelsen fordrer flere interessante diskussioner og afvejninger af hensyn.

Udfordringerne for A og F starter allerede i forbindelse med, at parret skal finde en kvinde, som ønsker at bære og føde et barn for dem. Adoptionsloven indeholder et forbud mod formidling af surrogatmoderskab, jf. adoptionslovens § 33. Det følger af adoptionslovens § 33, stk. 1 at hjælp ikke må ydes eller modtages med henblik på at opnå forbindelse mellem en kvinde og en anden, der ønsker, at kvinden skal føde et barn til denne. Ydermere må annoncering ikke foretages med henblik på at opnå en forbindelse, som nævnt i stk. 1, jf. adoptionslovens § 33, stk. 2. Bestemmelsen må ses som et ønske om at begrænse surrogatmoderskabsarrangementer til et minimum, hvor en nær tilknytning mellem den fødende kvinde og barnløse par gør det overflødigt at søge hjælp hos en mellemmandsvirksomhed.¹¹³ Adoptionslovens § 33 suppleres af adoptionslovens § 34, der fastslår, at overtrædelse af adoptionslovens § 33 straffes med bøde eller indtil fire måneders fængsel. Adoptionslovens bestemmelser medfører derfor, at barnløse par oftest må rejse til udlandet, hvis de ønsker at gøre brug af surrogatmoderskab. Til trods for forbuddet findes der ved en simpel søgning på internettet udenlandske virksomheder, som målrettet henvender sig til danske par.¹¹⁴ Dette afleder en diskussion om forskellen mellem surrogatmoderskab via en mellemmandsvirksomhed og den klassiske form for adoption gennem Danish International Adoption (DIA). Når et barnløst par indgår en surrogatmoderskabsaftale med et formidlingsbureau såvel som ved en adoption gennem DIA betales store summer for at blive forældre. Tilmed yder både formidlingsbureauet og DIA rådgivning gennem hele processen, hvorfor det kan være svært for det barnløse par at gennemskue, hvorfor de i det ene tilfælde foretager sig noget ulovligt. Det må derfor vurderes, hvilken betydning betalingselementet har på processen. Ved surrogatmoderskab er det betalingen, som starter processen. Der foreligger derfor en aftale om surrogatmoderskab, inden surrogatmoderen bliver gravid. Det er dermed udelukkende det barnløse par, der ved deres betaling sætter barnet til verden. Surrogatmoderen bliver dermed direkte beriget, hvilket er problematisk, da børnene i denne henseende bliver gjort til handelsobjekter. Det har ingen betydning, at betalingen sker via et formidlingsbureau, da surrogatmoderen under alle omstændigheder får andel i betalingen, som går ud over dækning af konkrete rimelige udgifter, jf. adoptionslovens § 15. Ved en adoption gennem DIA starter processen

¹¹³ Folketingstidende 1985-86, tillæg A, lovforslag nr. L 164, sp. 4164

¹¹⁴ Eksempelvis www.nordicsurrogacy.se/da/

ligeledes med et betalingselement i form af et gebyr, men modsat surrogatmoderskabsarrangementer har det barnløse par ingen indflydelse på, at barnet fødes. Den fødende mor får ingen andel i betalingen, hvorfor der ikke er tale om et berigelsesmotiv. Det barnløse par har kun mulighed for selv at vælge, hvilke samarbejdslande de ønsker at adoptere fra, men det er oftest afgiverlandet, der matcher parret med et konkret barn.¹¹⁵ Det fører endvidere til en diskussion om hensynet til barnets bedste. Er det til barnets bedste, at barnet fødes på baggrund af, at barnets "forældre" har muligheden for at betale sig til forældreskab? Og er der forskel på vurderingen af barnets bedste ved en surrogatmoderskabsaftale og almindelig adoption, når barnet er kommet til verden? De etiske spørgsmål er mange, men tilbage står barnet og betydningen for barnet af at blive anerkendt.

I relation til barnets bedste er det diskussionen om, hvorvidt afgørelsen er i overensstemmelse med, hvordan vi almindeligvis fortolker barnets bedste der er særligt interessant. Specialet vil derfor vurdere barnets bedste i den konkrete situation.

Ved vurderingen af hvad der er til barnets bedste, er det nødvendigt først at isolere vurderingen og udelukkende se på, hvad der er til barnets bedste. Det er ligeledes nødvendigt, at der er tale om en konkret vurdering af den enkelte situation. Det som taler for, at A kan adoptere børnene i henhold til barnets bedste, er, at de intet kendskab har til deres biologiske mor. De har i langt størstedelen af deres liv boet i Danmark med A og F. De har derfor ingen relation til deres biologiske mor og må anse A som værende deres mor. A har igennem hele børnenes opvækst været deres sociale mor og har derfor et tæt forhold til børnene. Deres relation til A og den manglende relation til deres biologiske mor peger i retningen af, at det er til barnets bedste at blive adopteret af A. Med andre ord har tilknytningsforholdet betydning for, hvad der er til barnets bedste. En anden dimension til tilknytningsforholdet, som har betydning for barnets bedste i den konkrete situation, er det tidsmæssige aspekt. Børnene er på tidspunktet for højesteretsdommen syv år gamle og har derfor levet med A, som deres mor, i syv år. Det må derpå antages, at børnene har en stærk tilknytning til A. Ligeledes er børnenes biologiske mor som udgangspunkt ikke interesseret i at være mor til børnene, idet hun allerede inden graviditeten har aftalt med A og F, at hun ikke ønsker at være børnenes mor. Det betyder derfor, at børnene retligt kun har en forælder, når A ikke kan stedbarnsadoptere dem efter adoptionslovens § 15. Dette strider imod et andet vigtigt hensyn i afvejningen af, hvad der er til

¹¹⁵ www.d-i-a.dk/adoptionprocessen/under-adoption/

barnets bedste. EMD har i flere tilfælde udtalt sig om, at retten til begge forældre har stor betydning for barnet. Specialet har blandt andet behandlet dommene R.M.S mod Spanien og Schneider mod Tyskland, hvor EMD lægger vægt på, at barnet har ret til begge forældre. I denne situation er børnenes biologiske mor ikke interesseret i at skulle være mor til børnene, hvorfor børnene ved A's manglende ret til adoption ikke får ret til begge forældre. Endvidere må det antages, at børnene ser A som deres moder, idet hun har været det de sidste syv år. Der er dermed en del argumenter, der peger på, at det er til barnets bedste at blive adopteret af A.

Flertallet i Højesteret har i forbindelse med deres vurdering af barnets bedste henvist til, at det ikke har den store betydning for børnene, om de bliver adopteret af A, da stedbarnsadoptionen ikke vil ændre deres hverdag. Hertil argumenterer Højesteret for, at børnene har dansk indfødsret, jf. indfødsretslovens § 1, stk. 1, da deres far er dansk. Børnene har derfor ret til at opholde sig i Danmark. Ydermere har A andel i forældremyndigheden og har derfor pligt til at drage omsorg for børnene. A vil i tilfælde af separation eller skilsmisse eller ved faderens død kunne bevare forældremyndigheden efter forældreansvarslovens almindelige regler. Ligeledes kan A tilgodese børnene ved testamente så, de er stillet som om, de var hendes børn. Højesteret finder derfor, at børnenes interesse i at blive anerkendt må vige for generelle hensyn til børns beskyttelse mod at blive gjort til genstand for handel og til at modvirke udnyttelse af sårbare kvinder. På baggrund af Højesterets resultat kan det derfor diskuteres, om der er forskel på at blive anerkendt og på ikke blive anerkendt, eller om Højesteret negliger betydningen heraf.

EMD har også taget stilling til problematikkerne omkring registrering af forældreskab for den tilsigtede mor og i den forbindelse udtalt: *"The Court noted that the lack of recognition of a legal relationship between a child born through surrogacy abroad and the intended mother had a negative impact on several aspects of that child's right to respect for private life. It was mindful of the fact that, in the context of surrogacy arrangements, the child's best interests did not merely involve respect for these aspects of his or her right to private life."*¹¹⁶ EMD mener derfor, at det kan være problematisk ikke at anerkende det retlige forhold mellem den tilsigtede mor i et surrogatmoderskabsarrangement og barnet. Dette understreger, at det er af stor betydning for det enkelte barn at have en mor, som ligeledes er registeret som barnets mor. EMD udtaler ydermere, at der skal være

¹¹⁶ Advisory opinion P16-2018-001

tale om en konkret vurdering fra den enkelte myndighed, idet dette er et krav efter EMRK artikel 8. Af udtalelsen fremgår også: *"However, the Court had observed in that judgment that where a particularly important facet of an individual's identity was at stake, such as when the legal parent-child relationship was concerned, the margin allowed to the State was normally restricted. It had inferred from this that the margin of appreciation afforded to the respondent State needed to be reduced."*¹¹⁷ EMD tydeliggør derved, hvor stor betydning det kan have for den enkeltes identitet, at forholdet mellem forælder-barn kan anerkendes retligt.

Det kan også diskuteres, om børnene ved den manglede registrering opnår de samme retsvirkninger, som ved, at A kan foretage en stedbarnsadoption. På et faktisk grundlag og ud fra Højesterets resultat kan A tilgodese børnene, som var de blevet adopteret, men det kræver også, at A aktivt foretager sig et tilvalg af børnene. I den konkrete sag er det intet der taler for, at A ikke ønsker at sikre børnene, men spørgsmålet er, om børnene også fremadrettet er sikret lige så godt, som de ville være, hvis de var blevet adopteret. Hvis A meddeles retten til at adoptere børnene er børnene sikret, som var de parrets fælles børn, og retsforholdet mellem dem ville være det samme som ved retlige forældreskaber. Dette medfører, at børnene og dets livsarvinger arver og arves af A og hendes slægt, som om børnene var A's egne børn, jf. adoptionslovens § 16. Det er denne sikkerhed Højesteret anfører, at A kan sikre børnene gennem testamente. I udgangspunktet må dette også antages at være korrekt, men hvorledes er børnene stillet, hvis A senere ønsker at tilbagekalde testamentet? Det er derfor nødvendigt at forstå arvelovens bestemmelser om testationsret. Det følger af arvelovens § 67, stk. 1, at tilbagekaldelse eller ændring af et testamente skal ske i overensstemmelse med reglerne om oprettelse af testamente. At Højesteret finder, at A ved testamente kan give børnene tilstrækkelig sikkerhed, rykker endnu engang ved opfattelsen af, hvad der er barnets bedste. Det kan derfor diskuteres, hvorvidt afgørelsen er i overensstemmelse med børnekonventions artikel 3. Der kan ikke forekomme tvivl om, at barnet skal komme i første række. Det må derfor være op til en konkret vurdering, om hensynet til barnets bedste i tilstrækkelig grad bliver tilgodeset, eller om den sociale mor opnår eneret over, hvad der på et givent tidspunkt er bedst for barnet og derfor kan vælge og vrage, som hun vil. Bekymringen for at A ville kunne tilbagekalde testamentet og dermed bekymringen for, at børnene risikerer at miste deres ret til arv fra A, må

¹¹⁷ Advisory opinion P16-2018-001

dog afvises i det arveloven indeholder en bestemmelse om uigenkaldelighed. Det følger af arvelovens § 68, at en arvelader kan forpligte sig til ikke at oprette eller tilbagekalde et testamente, såfremt det sker i overensstemmelse med reglerne om oprettelse af testamente. A vil derfor kunne sikre børnene såvel nu som for fremtiden ved hendes testamente. Dette er dog ikke ens betydende med, at der efter en konkret vurdering ikke fortsat må udtrykkes betænkeligheder ved retsvirkningerne af, at sikkerhedsstillelsen sker ved et testamente og ikke ved en stedbarnsadoption.

Højesteret har ikke i forbindelse med dommen hørt børnene, hvilket er et grundlæggende element i vurderingen af barnets bedste. Det kan derpå diskuteres, om højesteret burde have hørt børnene i forbindelse med dommen. I henhold til børnekonventionen skal deltagerstaterne "sikre et barn, der er i stand til at udforme sine egne synspunkter, retten til frit at udtrykke disse synspunkter i alle forhold, der vedrører barnet" jf. børnekonventionens artikel 12. Børnene har som udgangspunktet alderen til at skulle høres, idet de som syv årige er i stand til at svare på spørgsmål og udtrykke deres egne meninger og holdninger. Endvidere har afgørelsen stor betydning for børnene, idet A ikke er anerkendt som børnenes retlige moder, hvilket kan have stor betydning for børnenes identitet og forståelsen af, hvem der er deres forældre, hvilket specialet tidligere har beskrevet. Der er derfor ingen tvivl om, at afgørelsen har betydning for børnene og udgangspunktet er, at de skal høres. Derpå skal der foretages en vurdering af børnenes modenhed i kontekst af den konkrete sag. Herunder skal der tages stilling til, om børnene kan overskue konsekvenserne af deres udtalelser. Det fremgår ikke af dommen, om Højesteret har taget stilling til en eventuel høring af børnene, hvorfor det ligeledes kan diskuteres om dette burde have været tilfældet.

Specialet finder efter en konkret vurdering, at det må være til børnenes bedste, at A kan anerkendes som deres mor gennem stedbarnsadoption.

Det er herefter nødvendigt at foretage et konkret skøn i forhold til de andre hensyn, der gør sig gældende jf. EMRK artikel 8. I den konkrete situation er det adoptionslovens § 15, der indeholder et forbud mod vederlag ydet i forbindelse med adoption. Dommen anfører, at bestemmelsen er en videreførelse af den tidligere adoptionsbekendtgørelse fra 1986, hvorfor adoptionslovens § 15 bygger på de samme hensyn. I lovforslaget til denne, anføres det, at det som særligt giver anledning til betænkeligheder, er de kommercielle surrogatmoderarrangementer. Der er et klart ønske om, at der anvendes en adoptionsformidlingsorganisation i stedet for private arrangementer. Dette fordi

der ved uetiske fremgangsmåder er mulighed for, at Danmark dermed ikke længere kan adoptere fra det pågældende land. Lovgiver ønsker også at undgå situationen, hvor der ydes vederlag for arrangementet for på den måde at undgå, at børn bliver til handelsobjekter. Dette strider imod grundlæggende principper i vores samfund. Surrogatmoderen skal dermed ikke vælge forældre baseret på den betaling, der tilbydes. Slutteligt findes hensynet til, at en sårbar kvinde bliver udnyttet på grund af hendes økonomiske situation også at være indeholdt i adoptionslovens § 15.¹¹⁸

Et andet element, der har betydning for vurderingen, er de danske regler for inkorporering. I forbindelse med vurderingen af, hvilke lovregler der gælder, og i hvilken henseende Danmarks internationale forpligtelser går forud for danske lovregler opstilles to regler, der skal klarlægge de internationale reglers betydning. Den første regel er fortolkningsreglen, som siger, at danske lovregler så vidt muligt skal tolkes i overensstemmelse med internationale forpligtelser. På den måde skal Danmark undgå et brud på de konventioner, som Danmark har tiltrådt. Den anden regel er formodningsreglen. Her arbejdes med udgangspunktet, at lovgiver ikke har ønsket at handle i strid med deres internationale forpligtelser. Dermed kan det generelt siges, at Danmark arbejder med det udgangspunkt, at reglerne, så vidt muligt, tolkes i overensstemmelse med de internationale regler. Der er dog ikke grundlag for at antage, at en konvention som udgangspunkt går forud for en senere vedtaget lovgivning. Dermed fastholdes det dualistiske system mellem dansk lovgivning og internationale konventioner. Der er i den henseende forskel på, hvorvidt lovgiver har inkorporeret konventionen eller "blot" har tiltrådt den. Hvis lovgiver ikke har inkorporeret bestemmelserne i dansk ret, skal de internationale forpligtelser vige for grundloven, dansk lovgivning vedtaget med ønske om et brud på de internationale forpligtelser og generelt vige for klare lovbestemmelser, som uden det har været meningen viser sig, at være i strid med de internationale forpligtelser. Derimod skal internationale forpligtelser, der er inkorporeret i dansk ret, herunder EMRK, udelukkende vige for grundloven og dansk lovgivning vedtaget med et ønske om at bryde de internationale forpligtelser.¹¹⁹ Dette er særligt relevant i forhold til det resultat Højesteret finder frem til i U 2021.517 H. Der er ikke umiddelbart taget stilling til, om Danmark ønsker at afvige fra EMRK i forarbejderne til adoptionsloven. Ligeledes er retstillingen på området forholdsvis ny, idet EMD har haft anledning til at se nærmere på

¹¹⁸ Folketingstidende 1985-86, tillæg A, lovforslag nr. L 164, sp. 4164)

¹¹⁹ Rytter, Jens Elo, Individets grundlæggende rettigheder, s. 59-61

sager om anvendelse af surrogatmødre. Hertil kan der efter højesteretsdommen henvises til Menneson mod Frankrig af 2014 og rådgivende udtalelse af 10. april 2019 til Cour de Cassation i Frankrig. I sagen lægges særligt vægt på barnets bedste i forbindelse med anvendelse surrogatmoderskabsarrangementer og vigtigheden i, at forældrenes relation til børnene kan anerkendes retligt. Det kan derfor diskuteres, hvorvidt lovgiver bevidst har forsøgt at lovgive i uoverensstemmelse med EU-retlige regler, og dermed om dommen i virkeligheden skulle have tilsidesat adoptionslovens § 15 efter en konkret vurdering og dermed lagt større vægt på barnets bedste. Det er dog hertil værd at bemærke, at lovgiver i forbindelse med en vurdering af Danmarks inkorporering af internationale forpligtelser har vurderet, at balancen mellem domstolene og lovgiver bør opretholdes. Dette betyder, at skønnet, som er overladt til det enkelte medlemsland efter EMRK, bør foretages af lovgivningsmagten og ikke domstolene. Domstolene skal derfor være tilbageholdende med at foretage en fortolkning af konventionen.¹²⁰

Flertallet i Højesteret mener i udgangspunktet ikke, at der kan foretages en vurdering i henhold til adoptionsloven § 15, idet bestemmelsen indeholder et absolut forbud mod betaling af vederlag i forbindelse med adoption. Hertil finder specialet, at der kan foretages en afvejning efter EMRK's artikel 8, idet dansk ret har inkorporeret menneskerettighedskonventionen, og lovgiver ikke har ønsket at tilsidesætte artikel 8. Efter en konkret vurdering finder specialet, at det er til børnenes bedste at blive stedbarnsadopteret af A på trods af de modstående hensyn i adoptionslovens § 15. Dette på baggrund af, at der i den konkrete situation ikke er tvivl om, at det er til børnenes bedste at blive stedbarnsadopteret af A og hensynet til barnets bedste i sådanne situationer efter EMD's overbevisning er "paramount".¹²¹ Dette gælder for så vidt børnekonventionens artikel 3 og EMRK's artikel 8. Der skal derfor være tale om meget tungtvejende modstridende hensyn, før hensynet til barnets bedste kan tilsidesættes. Det modstridende hensyn om, at surrogatmoderskabsarrangementer ikke kan realiseres, er i den konkrete sag ikke et særligt tungtvejende hensyn. Dette på baggrund af at surrogatmoderskabsarrangementet er fuldt ud realiseret, og en afgørelse om stedbarnsadoption derved ikke ændrer på omstændighederne. Børnene vil fortsat bo sammen med A og F og betragte

¹²⁰ Betænkning nr. 1546/2006, s. 40-41

¹²¹ Jf. Menneson mod Frankrig og Neullinger og Shuruk mod Schweiz

disse som værende deres forældre. Hensynet til barnets bedste er derfor vigtigere at varetage end hensynene bag adoptionslovens § 15.

På mange måder er U 2021.517 H en god illustration på et af fremtidens problemstillinger. I takt med de nye familiemønstre opstår der spændinger i feltet mellem gældende ret og teknologiens muligheder. Dermed opstår der et spørgsmål om, hvordan lovgivningen skal opfattes i sammenhæng med samfundets ændrede opfattelser af familiebegrebet. Efter Højesterets domsafsigelse har højesteretsdommer Jens Peter Christensen i et debatindlæg i Jyllands-Posten givet sin mening om problemstillingen tilkende. Som medvirkende højesteretsdommer var Jens Peter Christensen på flertallets side, som ikke mente, at det med tilstrækkelig sikkerhed kunne siges, at afslaget på adoption var i strid med EMRK. Af debatindlægget skriver Jens Peter Christensen blandt andet: *”Tilbage står, at adoptionslovens § 15 indebærer et ubetinget forbud mod adoption, hvis nogen, der skal give samtykke til adoption, modtager betaling. Menneskerettighedsdomstolens dommere har imidlertid bestemt, at der altid skal foretages en konkret vurdering, bl.a. på grundlag af, hvad der er bedst for barnet. Men adoptionsloven åbner ikke mulighed for sådan en vurdering. Som noget meget specielt skrev vi derfor i dommen – alle syv dommere i enighed – en opfordring til, at Folketinget og regeringen tager bestemmelsen i adoptionslovens § 15 op til overvejelse.”*¹²²

Der var i U 2021.517 H ikke tvivl om, hvad der var til barnets bedste, men vurderingen kunne ikke foretages på grund af A's betaling til surrogatmoderen, jf. adoptionslovens § 15. Dette til trods for, at der efter EMRK artikel 8 skal foretages en konkret vurdering, og det er en grundlæggende ret tilhed at udøve dette skøn. Med Højesterets begrundelse og resultat samt deres opfordring om at tage adoptionslovens § 15 op til overvejelse, er det nu op til Social- og Ældreministeriet at vurdere, om dommen giver anledning til en ændring af adoptionsloven, eller om retsstillingen skal bestå.¹²³ Tilbage står børnene og hensynet til deres bedste.

¹²² Skal folkevalgte politikere eller dommerne skrive loven? Jyllands-Posten, 6. december 2020

¹²³ Spørgsmål nr. 440 (Alm. del) fra Folketingets Retsudvalg

7. Konklusion

7.1. Hvad er barnets bedste?

Indledningsvis må det konkluderes at for at forstå, hvad hensynet til barnets bedste indeholder, må forholdet mellem FN's børnekonvention, forældreansvarsloven og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention afvejes.

Grundlæggende for forståelsen af barnets bedste er børnekonventionen. Danmark tiltrådte børnekonventionen i 1991, og siden dengang har børnekonventionen været forbilledet for arbejdet med børns rettighederne og derigennem beskyttelsen af barnets bedste. Særligt børnekonventionens bestemmelser om sikring af barnets interesser og retten til at udtrykke meninger medvirker til forståelsen af hensynet. Det følger af børnekonventionens artikel 3, at alle foranstaltninger vedrørende børn, hvad enten disse udøves af offentlige eller private institutioner for socialt velfærd, domstole, forvaltningsmyndigheder eller lovgivende organer, skal barnets tarv komme i første række. Dernæst at et barn, der er i stand til at udforme sine egne synspunkter, skal have retten til frit at udtrykke disse synspunkter i alle forhold, der vedrører barnet, jf. børnekonventions artikel 12. Børn har derfor rettigheder, som er afgørende, når der træffes afgørelser angående barnet.

Afledt af børnekonventionen fik forældreansvarsloven med ændringen i 2018 ligeledes et skærpet fokus på beskyttelsen af barnet bedste. Med den nugældende formålsbestemmelse om barnets bedste i FOL § 1 følger det, at i alle forhold, som er omfattet af denne lov, skal hensynet til barnets bedste og barnets ret til trivsel og beskyttelse komme i første række. Det følger ydermere af forældreansvarsloven, at i alle forhold vedrørende barnet skal der tages hensyn til barnets egne synspunkter alt efter alder og modenhed, jf. FOL § 5. Dette fører til bestemmelsen om, at afgørelser efter loven skal træffes ud fra, hvad der er bedst for barnet, jf. FOL § 4. Hvad begrebet barnets bedste indeholder, er ikke defineret i forældreansvarsloven, hvorfor begrebet ikke direkte er reguleret heraf. Der kan derfor foretages en bredere bedømmelse af begrebet, og der vil være mulighed for, at begrebet kan ændre sig over tid. Efter en vurdering i den enkelte sag må hensynet til barnets bedste derfor vurderes ud fra følgende tre kriterier: barnets trivsel, barnets beskyttelse samt barnets perspektiv.

Som den overordnende ramme for beskyttelsen af individets grundlæggende rettigheder finder EMRK anvendelse. Det følger af EMRK artikel 8, at enhver har ret til respekt for sit privat- og

familieliv, sit hjem og sin korrespondance. På baggrund af praksis fra EMD må det konkluderes, at en af betingelserne for at overtræde retten til familieliv er, at der er etableret et familieliv i konventionens forstand. Dette medvirker til, at når der er konstateret et familieliv, vil en afbrydelse af kontakten mellem barnet og det pågældende familiemedlem i udgangspunktet være et indgreb efter EMRK artikel 8, stk. 1. Dog skal der foretages et konkret skøn efter EMRK artikel 8. Det er op til en proportionalitetsafvejning at afgøre, om myndighederne træffer de foranstaltninger, som det med rimelighed kan forventes, eller om der skulle have været en anden løsning.

Sammenhængen mellem FN's børnekonvention, forældreansvarsloven og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er klar. Retskilderne uddyber og supplerer hinanden, hvilket medvirker til forståelsen af begrebet "barnets bedste" og dermed, hvad dansk ret opfatter som hensynet til barnets bedste. Et hensyn som er altafgørende og derfor skal forstås og fortolkes med det rette fokus. Samtidigt et hensyn som ikke entydigt kan beskrives, og derfor fortsat vil kunne opfattes som et meget flydende begreb sammensat af en række forskellige elementer.

På baggrund af specialets analyse af det gældende retsgrundlag for barnets bedste findes der at forekomme en række generelle hensyn, som kan medtages i vurderingen. Barnets ret til at udtrykke sine synspunkter kan være en vigtig del af afvejningen. Denne rettighed er sikret i børnekonventionens artikel 12 og FOL §§ 5 og 34. Det sikrer, at barnet får muligheden for at fremkomme med sine egne ønsker og holdninger til f.eks. forældremyndighed, bopæl og samvær. Det må anses som værende naturligt, når sådanne afgørelser omhandler barnet selv og barnets fremtidige liv. Selvom barnet skal have muligheden for fremkomme med sine synspunkter, skal der tages højde for barnets alder og modenhed. Der kan derfor være situationer, hvor det ikke vil være til barnets bedste at udtale sig.

Et andet hensyn, som ofte tillægges betydning, er barnets ret til begge forældre. I udgangspunktet anses det at være til barnets bedste at have begge sine forældre. Det er et hensyn, som EMD ofte har tillagt stor betydning i deres vurdering af barnets bedste, jf. EMRK artikel 8. Ligeledes sikrer forældreansvarsloven, at barnets forbindelse til begge forældre i udgangspunktet bevares, jf. FOL § 19. Dette på baggrund af, at det kan have stor betydning for barnets identitet at kende sit ophav. Som ved inddragelsen af barnets egne synspunkter er det nødvendigt at foretage en konkret afvejning. Der kan være situationer, hvor bevarelsen af forholdet til begge forældre ikke vil være til barnets

bedste. Dette er eksemplificeret ved FOL § 4 a, hvor udgangspunkt i stedet er, at bevarelsen af kontakten ikke er til barnets bedste. Praksis fra EMD har ligeledes ved konkrete afvejninger tilsidesat hensynet til barnets ret til begge forældre.

Af andre hensyn findes barnets tilknytningsforhold. Det har stor betydning for afvejningen af barnets bedste, i hvilken grad barnet er tilknyttet den enkelte person. Det er klart, at jo længere tid barnet har brugt/boet sammen med den pågældende person, jo større tilknytning vil der være mellem denne og barnet. Det medfører dermed, at der i afvejningen indgår et tidselement, som kan have indflydelse på, hvilken beslutning der er til barnets bedste.

Det må dog også konkluderes, at det ikke er muligt udtømmende at opliste, hvilke hensyn som gør sig gældende. Dette skyldes, at der altid er tale om individuelle situationer, hvor der kræves en konkret vurdering af alle relevante forhold. Ligeledes kan det konkluderes, at barnets bedste skal gå forud for andre hensyn, medmindre der er særligt tungtvejende grunde til at tilsidesætte barnets bedste.

7.2. Kan hensynet til barnets bedste tilsidesættes?

På baggrund af ovenstående redegørelse, analyse og diskussion må det konkluderes, at hensyn til barnets bedste er gennemgribende for det familieretlige system. Såvel afgørelser fra Danmarks Domstole, som afgørelser fra EMD, viser, at hensynet med stor vægt iagttages, når der træffes afgørelser vedrørende børn. Hvert barn har derfor krav på en individuel vurdering. Der kan derfor ikke entydigt sættes et facit for indholdet af hensynet til barnets bedste, men lovgivning kan opfattes som et udgangspunkt.

Specialet har behandlet dommen U 2021.517 H, hvor A og F ved et surrogatarrangement bliver forældre. Dommen er et eksempel på spændet mellem lovgivningen og nye familiemønstre. Børneloven anser den fødende kvinde som mor til barnet, hvilket medfører, at surrogatmoderen bliver anset som mor til barnet. F kan derimod anses som biologisk far til barnet og vil derfor kunne registreres. A har modsat muligheden for at stedbarnsadoptere, men som betingelse kan adoption ikke meddeles, hvis nogen, der skal afgive samtykke til adoptionen, yder eller modtager vederlag eller nogen anden form for modydelse, herunder betaling for tabt arbejdsfortjeneste, jf. adoptionslovens

§ 15. Adoptionslovens § 15 indeholder dermed et absolut forbud, hvorfor der som udgangspunkt ikke kan foretages en konkret vurdering. Som følge af Danmarks inkorporering af EMRK er domstolene alligevel forpligtet til at foretage en sådan vurdering. Flertallet i Højesteret finder, at hensynene som gør sig gældende for adoptionslovens § 15, herunder hensynet til børns beskyttelse mod at blive gjort til handelsobjekter, og hensynet til at modvirke udnyttelsen af sårbare kvinder, skal vægtes tungere end hensynet til barnets bedste. Dommen er dermed et eksempel på, at domstolene vælger at tilsidesætte hensynet til barnets bedste.

Det må konkluderes, at det på et teoretisk grundlag er muligt at tilsidesætte barnets bedste, da det er overladt til en konkret hensynsafvejning. Ligeledes er det muligt at tilsidesætte hensynet til barnets bedste, såfremt lovgiver ønsker at fravige sine forpligtelser i henhold til konventionerne. I praksis er det tæt på umuligt at tilsidesætte barnets bedste efter en hensynsafvejning. Når det er konkluderet, at det er til barnets bedste, eksempelvis at blive stedbarnsadopteret, er hensynet altafgørende, hvilket udvander afvejningens betydning, idet barnet bedste altid skal komme i første række.

8. Abstract

The purpose of the master is to explain the term “child’s best interest” according to Danish legislation. The reason to analyze the considerations behind the term is to determine, if it is possible to override the child’s best interest. In order to do so the thesis analyses the Danish family law, the European Convention on Human Rights and the Convention on the Rights of the Child. The thesis uses the dogmatic method to describe and analyze the laws related to the child’s best interest. The laws do not state what is within the term, therefore it is important to look at reasonings and underlying principles of the rules in order to understand what is in the child’s best interest.

The first part of the thesis is the analysis of the regulation regarding the child’s best interest. In Danish law the child’s best interest is implemented within the act on parental responsibilities (forældreansvarsloven). The act regulates cases regarding custody, place of residence and visitation. In all cases, the child’s best interest has to be taken into account according to the act on parental responsibilities paragraph 4. Therefore, the court always has to take this into consideration when taking decisions that have an impact on a child. These principles were implemented in 2006 due to the criticism Denmark received from the children’s committee. The children’s committee listed that Denmark had their focus on the parents’ interests instead of the child. Denmark received the criticism due to having acceded to the Convention on the Rights of the Child and not living up to it. The convention states that in all cases relating to children, their best interest must be taken into account cf. Article 3. The regulation is furthermore supplemented by the European Convention on Human Rights. The convention is implemented within the Danish acts which means you can invoke the convention at the courts. The convention does not directly protect the term, but it is within Article 8 which protects the right to private- and family life.

The second part of the master uses the knowledge obtained on the term child’s best interest to analyze the judgement of the Danish Supreme Court (U 2021.517 H). The judgement is about a couple who used surrogacy in order to become parents. The father is the biological father of the children which means he is also registered as the father. The problem is that the mother cannot be registered according to Danish rules. In the act regarding adoption (adoptionsloven) forbids paying money in cases regarding adoption cf. Article 15. The article does not have room for assessment; therefore, the mother cannot be registered as a legal mother to the children. The fact that the article has no

room for assessment is not compatible with the conventions Denmark has acceded. According to the European convention of Human Rights and the convention on the Rights of the Child it is necessary to weigh the child's best interest against the considerations behind the act regarding adoption article 15. The majority of the supreme court finds that the considerations behind article 15 to overrule the children's best interest. The master then discusses whether this is the correct decision by using the information gathered on the child's best interest. It also discusses whether it is possible to overrule the child's best interest.

The master concludes that in theory it is possible to overrule the child's best interest within the rules because the authorities has some margin of appreciation. In practice it is very difficult to overrule the child's best interest because in cases regarding children the child's best interest is paramount.

9. Litteraturliste

9.1. Love og lovforslag

L 133, 2006-07: Forslag til ændring af forældreansvarsloven

L 137, 2018-19 Forslag til lov om ændring af forældreansvarsloven

L 57, 2020-21: Forslag til lov om ændring af lov om ligestilling af kvinder og mænd.

L 90, 2018-19: Forslag til lov om Familieretshuset

L 91, 2018-19: Forslag til ændring af forældreansvarsloven

LBK nr. 1191 af 05/08/2020: Indfødsretsloven

LBK nr. 1768 af 30/11/2020: Forældreansvarsloven

LBK nr. 766 af 07/08/2019: Familieretshusloven

LBK nr. 772 af 07/08/2019: Børneloven

LBK nr. 775 af 07/08/2019: Adoptionsloven

Lov nr. 387 af 14/06/1995: Forældremyndighedsloven

Lov nr. 499 af 06/06/2007: Forældreansvarsloven

Lov nr. 515 af 06/06/2007: Arveloven

9.2. Internationale konventioner

BKI nr. 6 af 16/01/1992: FN-konventionen af 20. november 1989 om barnets rettigheder

Lov nr. 285 af 29/04/1992: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

9.3. Betænkninger og vejledninger

Betænkning nr. 1475, om barnets perspektiv, Familiestyrelsen, 2006

Vejledning nr. 10064 af 20/12/2020, om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær, Social og Indenrigsministeriet

9.4. Bøger

Christensen, Stine, Forældreansvarsloven med kommentarer, Karnov Group, 3. udgave, 2020

Kjølbro, Jon Fridrik, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 5. udgave, 2020

Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave, 1. oplag, 2014

Nørgaard, Irene, m.fl., Familieret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 2019

Rytter, Jens Elo, Individets grundlæggende rettigheder, Karnov Group, 2. udgave, 1. oplag, 2016

Schultz, Trine m.fl., Children's rights - The Convention on the Rights of the Child in Danish Law, Djøf Publishing, 1. edition, 2020

9.5. UN Treaty Body Database

Concluding Observations, Denmark, 1995

Concluding Observations, Denmark, 2001

Concluding Observations, Denmark, 2011

Concluding Observations, Denmark, 2017

Concluding Observations, Sweden, 2015

General Comment No. 5, 2003: General Measures of Implementation of the Convention on the Rights of the Child

General Comment No. 6, 2005: Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin

General comment No. 7, 2005: Implementing child rights in early childhood

General Comment No. 8, 2006: The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment

General Comment No. 12, 2009: The right of the child to be heard

General Comment No. 14, 2013: On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration

General Guideline, 1991: General guidelines regarding the form and content of initial reports to be submitted by States parties under article 44, paragraph 1 (a), of the Convention. Adopted by the Committee at its 22nd meeting (1st session) on 15 October 1991

9.6. Links

Børnerådet – www.boerneraadet.dk/boernekonventionen

DIA Danish International Adoption - www.d-i-a.dk

Nordic Surrogacy/Tammuz Family - www.nordicsurrogacy.se/da/

9.7. Domliste

ECHR, R.M.S. v. Spain, no. 28775/12, 18.6.2013

EHCR, Neulinger and Shuruk v. Switzerland (GC), no. 41615/07, 6.7.2010

EHCR, Schneider v. Germany, no. 17080/07, 15.9.2011

TFA 2020.193

U 2004.1047 H

U 2013.2425 V

U 2016.863 H

U 2020.3854 H

U 2021.517 H

9.8. Advisory opinion

HUDOC - European Court of Human Rights, Advisory opinion P16-2018-001

9.9. Øvrigt materiale

B 39, 2019-20: Forslag til folketingsbeslutning om inkorporering af FN's børnekonvention i dansk ret

Håndbog om europæisk lovgivning om børns rettigheder, Den Europæiske Unions Agentur for Grundlæggende Rettigheder og Europarådet, 2015

Retsudvalget 2020-21, REU Alm.del - endeligt svar på spørgsmål 440, Justitsministeriet

Skal folkevalgte politikere eller dommerne skrive loven?, Jens Peter Christensen, Jyllands-Posten, 06/12/2020

Surrogatmoderskab – en usikker affære, Ankestyrelsen, nyhedsbrevet nr. 1, marts 2014

Ordoptælling	
Statistik:	
Sider	65
Ord	21.697
Tegn (uden mellemrum)	122.127
Tegn (med mellemrum)	143.727
Afsnit	211
Linjer	1.603
<input type="checkbox"/> Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter	
Luk	