

Kommercielle surrogati-arrangementer

En analyse af sociale forældres retsstilling i relation til juridisk forældreskab og forældremyndighed ved samliv og ved samlivsophør efter indgåelse af en kommerciel surrogataftale i udlandet



AALBORG UNIVERSITET

Natasha Julia Donbæk

Kandidatafhandling

Juridisk Institut

2021

Indholdsfortegnelse

Abstract	4
1 Introduktion	6
1.1 Indledning og problemformulering.....	6
1.2 Afgrænsning	7
1.3 Metode- og kildeovervejelser.....	8
2 Barnets bedste	11
2.1 Børnekonventionens artikel 3.	11
2.2 Forældreansvarsloven	12
2.3 Adoptionsloven.....	14
2.4 EMRK artikel 8 - internationale forpligtelser	15
2.4.1 Børn født qua surrogatarrangementer i menneskeretligt perspektiv	16
2.4.2 Advisory Opinion.....	20
3 Forældreskab	21
3.1 Det juridiske faderskab.....	22
3.1.1 DNA-testning	22
3.1.2 Når den tiltænkte fader ikke er biologisk beslægtet.....	23
3.2 Det juridiske moderskab	24
3.3 Stedbarnsadoption	24
3.3.1 Samlivskravet i ADL § 5 a	25
3.3.2 Samtykke til stedbarnsadoption	27
3.3.3 Vederlagsproblematikken.....	28
3.3.4 U.2021.517H	29
3.3.5 Kan betalingselementet i ADL § 15 undgås?.....	34
3.3.6 Når den sociale mor er genetisk mor.....	35
4 Forældremyndigheden	37
4.1 Kan en udenlandsk forældremyndighedsafgørelse anerkendes i Danmark?.....	37
4.2 Vederlagsproblematikken i FAL § 13, stk. 3.....	39
4.2.1 Godkendelseskravet	39
4.2.2 Barnets bedste i FAL § 13, stk. 3	41
4.2.3 Lovgivers intention?.....	42
4.3 Den sociale fars mulighed for at få del i forældremyndigheden	43
4.4 Forældremyndighed til den sociale mor, når familien fortsat er sammen.	44
4.4.1 Forældremyndighed fra surrogatmor direkte til den sociale mor.....	44
4.4.2 Forældremyndighed fra juridisk far til den sociale mor.....	44

5	Når familien opløses.....	45
5.1	<i>”Forælder” eller ”forældremyndighedsindehaver”</i>	<i>45</i>
5.2	<i>Det juridiske forældreskab til den sociale mor ved skilsmisse og død</i>	<i>47</i>
5.3	<i>Forældremyndigheden til den sociale mor</i>	<i>48</i>
5.3.1	Den sociale mor har ikke haft del i forældremyndigheden inden skilsmisse / samlivsophøret	49
5.3.2	Den sociale mor har haft del i forældremyndigheden inden skilsmisse / samlivsophøret	49
5.3.3	Den sociale mor har del i forældremyndigheden inden den juridiske fars dødsfald.....	51
5.3.4	Den sociale mor har ikke haft del i forældremyndigheden inden juridisk fars dødsfald	51
5.3.5	Surrogatmorens ret til at få forældremyndigheden	52
5.4	<i>Arverettigheder</i>	<i>52</i>
5.4.1	Den sociale mor dør uden at have juridisk forældreskab	53
5.4.2	Barnet født igennem et kommercielt surrogati-arrangement dør	55
5.4.3	Surrogatmoren dør.....	55
6	Konklusion.....	56
7	Litteraturliste	59

Titelblad



AALBORG UNIVERSITET
STUDENTERRAPPORT

Uddannelsessted	Aalborg Universitet
Projekt	Kandidatspeciale
Fagområde	Familieret
Emne	Kommercielle surrogati-arrangementer
Engelsk titel	Commercial surrogacy agreements
Forfatter	Natasha Julia Donbæk
Studienr.	20190777
Vejleder	Marianne Holdgaard
Afleveringsdato	19. maj 2021
Anslag	138.119

Abstract

An analysis of the legal position of intended parents to legal parenthood and custody in the event of cohabitation and in the event of termination of cohabitation following a commercial surrogacy agreement made abroad

The purpose of this thesis is to analyze the legal position of childless couples entering commercial surrogacy agreements made abroad, regarding legal parenthood and custody during joint cohabitation and in the event of termination of cohabitation.

Commercial surrogacy is not illegal in Denmark. However, the legal framework does not allow the intended parents to carry out commercial surrogacy agreements, e.g. the intended parents are not guaranteed that foreign decisions on legal parenthood to be recognized under Danish law, due to the danish legalization about the woman giving birth to a child by definition will be the legal parent of the child. This also means that there is a difference in rights between the intended mother and the intended father, because the intended father easily can get recognized as a legal parent under the Danish law.

Adoption is not granted when a remuneration is provided to the surrogate mother, which in terms means that the intended mother's rights are uncertain. The legal rights over the child will not be given to her and the custody depends on the intended father's acceptance. This will give the intended mother almost no rights should the family split up. There is no existing case law on the matter and the legal position of the intended mother – and the child – is therefore very uncertain.

This thesis focuses on *the best interest of the child* and what factor this concept has for adoption and legal custody, regardless of the family staying together or splitting up. The thesis includes ECHR article eight as well as one judgement from The European Court of Human Rights regarding the rights to become legal parents of a child born through surrogacy. ECHR article eight deals with the right to family life and private life and the judgement from the Strasbourg Court shows that in regard to the child's rights to private life there was an interference. Furthermore, the thesis includes the latest Danish court decision on legal parenthood of a child born from a commercial surrogacy agreement. The intended mother was not allowed to adopt the child because a remuneration was given to the

surrogacy mother. The Danish Supreme Court noticed that the best interest of the child was not included in the Danish adoption law. Furthermore, the Danish Supreme Court stated that adoption could be a possibility if the family's status shifted, but for now it was a stable family and the legal parenthood would not make a difference for the twins' everyday life.

The best interest of the child is widely used in Danish Law, but it is uncertain whether the legislations concerning commercial surrogacy is thought thoroughly in complex family situations as separation and death may occur. The Danish Supreme Court referred to the absolute prohibition against giving a remuneration when trying to adopt without taking *the best interest of the child* into account. The Danish Supreme Court therefore believes that it is a task of the Danish legislator to take *the best interest of the child* up for reconsideration in cases of adoption in commercial surrogacy agreements.

1 Introduktion

1.1 Indledning og problemformulering

Når et barn bliver født, vil man i Danmark anerkende den fødende kvinde som barnets juridiske mor.¹ Dette betyder, at barnet automatisk vil få f.eks. arveret efter moderen, og moderen vil have indflydelse på forældremyndigheden over barnet. Dette har særlig betydning i situationer, hvor der anvendes en surrogatmoder – idet surrogatmoderen vil blive anerkendt som barnets juridiske mor, men ikke vil agere som barnets sociale mor. Surrogatmoderskab er ulovligt i de fleste lande i Europa, men alligevel er der en række europæiske lande, som tillader kommercielt surrogatmoderskab.² I Danmark har man i vidt omfang forsøgt at mindske muligheden for at surrogataftaler kan realiseres, herunder ved et forbud af formidling og annoncering af surrogatmoderskab, jf. adoptionslovens § 33. Derudover ved forbud mod hjælp med assisteret reproduktion af dansk sundhedspersonale, når der foreligger en aftale om surrogatmoderskab, jf. lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling og diagnostik og forskning mv § 13.³ Det kan derfor være svært at gennemføre et surrogatarrangement i Danmark, hvorfor desperate barnløse par må søge til udenlandske klinikere, hvor det kommercielle surrogatmoderskab er lovligt.

Dette medfører en række juridiske problemstillinger, når det parret rejser tilbage til Danmark med barnet og vil registrere det juridiske forældreskab. For selvom parret juridisk er registreret som barnets retmæssige forældre i udlandet, så anerkender Danmark ikke forældreskab som bygger på en kommerciel surrogataftale, og de danske myndigheder vil ikke kunne hjælpe, hvis en surrogatmoder fortryder aftalen, jf. børnelovens § 31.⁴

Dette kan give anledning til nogle juridiske overvejelser om, hvorvidt den danske lovgivning stiller et barn født qua en kommerciel surrogataftale ringere end børn, som ikke er født af en surrogatmoder. Herunder hvordan den danske lovgivning rummer *barnets bedste* i henhold til registrering af forældreskabet for de sociale forældre, uanset hvilken familiekonstellation surrogatbarnet befinder sig i. Social- og ældreminister Astrid Krag har udtalt, at den danske lovgivning afspejler den internationale indsats mod udnyttelse af kvinder og mod handel med børn.⁵ Astrid Krag udtaler

¹ Ankestyrelsen, 2014, *Surrogatmoderskab – en usikker affære*.

Børnelovens § 30

² Det Ethiske Råd, 2015, *Rugemødre*

³ KBET nr. 1350 af 1998, afs. 4.5

⁴ Det Ethiske Råd, 2015, *Rugemødre*.

KBET nr. 1350 af 1998, afs. 4.5

⁵ SOU-spørgsmål nr. 92, 2019

derudover også, at der er behov for at gennemgå lovområdet og finde løsninger, som sikrer barnets bedste.⁶

Formålet med dette kandidatspeciale er at belyse, hvilke juridiske problematikker der er forbundet ved indgåelse af kommercielle surrogatarrangementer udført i udlandet, når de sociale forældre ønsker forældreskabet juridisk anerkendt i Danmark. Specialet har desuden fokus på, hvordan den danske lovgivning på området rummer begrebet *barnets bedste*. Herudover belyses også hvilke problemstillinger, som kunne fremkomme såfremt forskellige familiekonstellationer opløses efter indgåelse af en kommerciel surrogataftale. Dette danner grundlag for følgende problemformulering:

Hvilke juridiske problemstillinger opstår i forbindelse med juridisk forældreskab og forældremyndighed som følge af, at et par indgår en kommerciel surrogataftale i udlandet – både når familien forbliver sammen og når den opsplittes – og hvordan inddrages begrebet *barnets bedste* i håndteringen af disse juridiske problemstillinger?

1.2 Afgrænsning

De juridiske udfordringer vil blive belyst gennem en analytisk tilgang af begrebet *barnets bedste*, som danner rammen for al lovgivning vedrørende beslutninger om børn.⁷ Lovgivningen centrerer sig om *barnets bedste* og udspringer med udgangspunkt i den traditionelle kernefamilie. Loven er hermed ikke udformet med hensyn til, at udviklingen i samfundet også præger familielivet, således at flere familiekonstellationer er til stede nu end for bare 20 år siden. Dette medvirker at loven ikke altid tager udgangspunkt i barnets de facto familie. Derfor vil dette kandidatspeciale belyse både kernefamilien i en surrogataftale, hvor familien stadig er samlet og når familien opløses. Herunder også hvis forældrene består af to personer af samme køn.

Der vil derfor være en gennemgang af national ret og den retlige regulering af begrebet *barnets bedste*, og ligeledes en gennemgang af relevante konventioner herunder EMRK og Børnekonventionen, da disse er henholdsvis inkorporeret og ratificeret i dansk lovgivning. Ydermere vil EMD praksis blive gennemgået i det omfang, det findes relevant. Der er sparsomt med sager vedrørende surrogati, men tre sager omhandler surrogatarrangementer. I specialet vil *Menesson v. France* blive behandlet, hvorimod *Labeesse v. France* ikke vil blive yderligere analyseret, idet

⁶ SOU-spørgsmål nr. 92, 2019.

SOU-spørgsmål nr. S 436, 2020.

⁷ Schultz et. al, 2017, *Socialret – børn og unge*, s. 28.

Børnekonventionen art. 3

præmisserne og udfaldet er det samme som i *Menesson v. France*. Specialet vil ikke inddrage *Paradiso v. France*⁸, da afgørelsen omhandler tvangsfjernelse af et barn født qua surrogati og ikke om registrering af juridisk forældreskab.

Efter denne rammesætning af *barnets bedste* tilsigtes det i specialet at gennemgå gældende lovgivning om anerkendelse af juridisk forældreskab og muligheden for at få forældremyndigheden i familiekonstellationer, hvor barnet er blevet født qua en kommerciel surrogataftale. Der ønskes en analyse og vurdering af, i hvilket omfang begrebet *barnets bedste* inddrages i de juridiske problemstillinger, som sociale forældre måtte have efter hjemkomst til Danmark med et surrogatbarn – herunder juridisk forældreskab og forældremyndighed. Derudover vil specialet indeholde en analyse og redegørelse af, hvorvidt begrebet *barnets bedste* bliver varetaget i de situationer, hvor den sociale familie opløses samt hvilke problemstillinger der opstår herved.

Specialet vil kun omhandle situationer, hvor der er indgået et kommercielt surrogatarrangement, hvorfor altruistisk surrogatmoderskab ikke vil blive behandlet som følge af specialets omfang. Specialet vil ikke indeholde en redegørelse af mulighederne for at etablere en surrogataftale i Danmark og vil heller ikke komme nærmere ind på de strafferetlige aspekter ved f.eks. formidling af surrogatmoderskab.

Specialet vil tage udgangspunkt i de familiekonstellationer, hvor der er to sociale forældre, som både kan være hetro- og homoseksuelle. Specialet vil generelt bruge den sociale far og den sociale mor, som udgangspunktet, men reglerne kan ligeledes anvendes på et homoseksuelt par uanset køn. Specialet er afgrænset til ikke at indeholde familiekonstellationer, hvor der er mere end to sociale forældre, idet at dette kunne skabe nogle flere problemstillinger, som ikke nødvendigvis er relateret til surrogatarrangementet.

1.3 Metode- og kildeovervejelser

Kandidatspecialet vil belyse de juridiske udfordringer, som indgåelsen af en kommerciel surrogataftale kan have ved hjemkomst til Danmark. Derfor vil specialet indeholde en analyse af de sociale forældres mulighed for at blive juridiske forældre og få del i forældremyndigheden. Specialet vil ydermere diskutere de juridiske problematikker, som vil forekomme, hvis familien opløses.

⁸ *Paradiso v. France*, 2017, nr. 253858/12

Hertil benyttes den retsdogmatiske metode, idet specialet vil beskrive og undersøge den danske retstilstand i disse situationer.⁹ Formålet med brugen af den retsdogmatiske metode er at belyse gældende ret.¹⁰ Kandidatspecialet inddrager derfor forskellige retskilder til at afdække gældende ret på området for juridisk forældreskab og forældremyndighed efter par har indgået en kommerciel surrogataftale i udlandet.

Specialet vil først og fremmest tage udgangspunkt i relevant lovhjemmel på området herunder adoptionslovens §§ 2, 5a og 15 og forældreansvarsloven §§ 1, 4, 13 og 17. Specialet vil også inddrage forarbejderne til belysning af de overvejelser, som ligger forud lovenes ikrafttræden¹¹. Dette er med til at vise en mulig forståelse af lovgivers hensigt med indførelsen af loven og bidrager med en forståelse af, hvorfor loven er udformet på pågældende måde.¹² Forarbejder er således ikke retligt bindende, men anvendes udelukkende som et fortolkningsbidrag. Specialet inddrager blandt andet også vejledninger på adoptions- og forældremyndighedsområdet. Vejledninger er ikke en retskilde, men tjener det formål at sikre en ensartethed i forvaltningen.¹³

Specialet vil foretage en formålsfortolkning af begrebet *barnets bedste* – for at finde frem til, hvordan begrebet skal benyttes i forhold til anerkendelse af juridisk forældreskab og muligheden for del i forældremyndigheden. Begrebet fremgår blandt andet af forældreansvarslovens (herefter FAL) § 1, adoptionslovens (herefter ADL) § 2 og FN's konvention om barnets rettigheder (herefter Børnekonventionen) § 3. Derved vil der blive inddraget både en international og national tilgang til begrebet for at belyse specialets problemstilling bedst muligt. Børnekonventionen er ratificeret i Danmark, hvilket betyder, at Danmark er folkeretligt forpligtet til at respektere konventionens bestemmelser.¹⁴ Derfor vil specialet også indeholde betragtninger fra FN's Børnekomité's General Comment nr. 14, som bruges til yderligere fortolkning af Børnekonventionens definition af *barnets bedste*.¹⁵ General Comment nr. 14 har herved også betydning for begrebets anvendelse i national ret, idet Børnekonventionen ligger til grund for, hvordan man har implementeret *barnets bedste* i forældreansvarsloven.¹⁶

⁹ Munk-Hansen, 2018, *Retsvidenskabsteori*, s. 64 og 204

¹⁰ Tvarnø & Nielsen, 2017, *Retskilder og retsteorier*, s. 30

¹¹ Bryde-Andersen, 2002, *Ret & Metode*, s. 144

¹² Munk-Hansen, 2018, *Retsvidenskabsteori*, s. 261.

Blume, 2009, *Juridisk metodelære*, s. 66

¹³ Munk-Hansen, 2018, *Retsvidenskabsteori*, s. 341

¹⁴ Koch & Thelle, 2004, *Sociale menneskerettigheder*, s. 101

¹⁵ Schultz et. al, 2017, *Socialret – børn og unge*, s. 28

¹⁶ Christensen, Karnovs noter til FAL § 1, note 2.

General Comment nr. 14 udgør ikke en selvstændig lovhjemmel, men skal alene bruges til fortolkning af Børnekonventionen.¹⁷

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter EMRK) vil også blive inddraget, idet Danmark har inkorporeret denne i dansk lovgivning og herved er forpligtet af denne.¹⁸ Europæisk retspraksis fra Den Menneskeretlige Domstol (herefter EMD) vil også blive inddraget. Specialet vil blandt andet indeholde en analyse af *Menesson v. France* for at klarlægge, hvilke hensyn EMD lægger vægt på i sager, som handler om anerkendelse af forældreskabet i surrogataftaler. I forhold til specialets problemstilling vil særligt EMRK's art. 8 om retten til privat- og familieliv være relevant. Der må herunder ske en formålsfortolkning af, hvad der konkret menes med privat- og familieliv, og herunder hvis familieliv bør beskyttes – de sociale forældres eller surrogatbarnets.

I forlængelse af analysen af *Menesson v. France*, vil der ligeledes inddrages *Advisory Opinions* angående surrogati fra 10.04.2019, hvor EMD udtaler sig generelt på baggrund af *Menesson*-sagen. *Advisory Opinions* er ikke juridisk bindende, men har stor juridisk betydning og kan benyttes som en klarlægning af det juridiske område på et generelt plan.¹⁹

Der foreligger meget lidt relevant retspraksis på området. Det relevante retspraksis, som findes på området, vil medtages løbende for at afdække retstilstanden på området.²⁰ Specialet vil foretage domsanalyse af udvalgte domme på området. Selvom dommene bygger på konkrete faktuelle situationer, som varierer fra sag til sag, så vil retspraksis konkret kunne blive brugt som en retskilde i den forstand, at det karakteriseres som et præjudikat og dermed en retskilde.²¹

Specialet vil indeholde en analyse af U.2021.517 H, da denne dom omhandler problemstillingen om, hvorvidt en social mor kan blive juridisk mor til to børn født qua kommercielt surrogati. Ydermere vil TFA 2013.750 analyseres og anvendes, da denne bidrager til forståelsen af den sociale mors retsstilling som bopælsforældre efter familien er blevet opløst.

Endeligt vil specialet sekundært også anvende viden fra juridisk litteratur og artikler, men dette skal ikke ses som en decideret retskilde.²² Litteraturen skal blot supplere med generel og konkret faglig

¹⁷ TFA 2016.454, afs. 2.3

¹⁸ Munk-Hansen, 2018, *Retsvidenskabsteori*, s. 286

¹⁹ Permanent Court of International Justice, "*Advisory Jurisdiction*"

²⁰ Munk-Hansen, 2018, *Retsvidenskabsteori*, s. 316

²¹ Blume, 2009, *Juridisk metodelære*, s. 183

²² Munk-Hansen, 2018, *Retsvidenskabsteori*, s. 372-373

viden på retsområdet men må anses for at have en vis værdi, da juridisk litteratur er baseret på andre retskilder og juridisk forskning.²³

2 Barnets bedste

Barnets bedste er omdrejningspunktet for beslutninger og afgørelser vedrørende børn. Barnets bedste er hovedprincipper i blandt andet forældreansvarsloven²⁴ og adoptionsloven²⁵. Dette bærende princip udspringer af Børnekonventionens artikel 3, hvor enhver tænkelig løsning skal være med *barnets bedste* i tankerne.²⁶ *Barnets bedste* er en retlig standard, hvilket betyder at lovgivningen ikke definerer, hvad der er barnets bedste.²⁷ Når der skal foretages en vurdering af, hvad *barnets bedste* er, må dette gøres ud fra en konkret vurdering for det enkelte barn.²⁸ *Barnets bedste* er derfor heller ikke et fast begreb som entydigt kan fortolkes på, da det må fortolkes dynamisk i forhold til samfundets udvikling.²⁹

2.1 Børnekonventionens artikel 3.

*”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.”*³⁰

Børnekonventionens definition af *barnets bedste* består af tre led. Der skal af begrebet forstås en materiel ret, fortolkningsret og en processuel ret.³¹ Dette betyder, at der er flere faktorer, som spiller ind i betydningen af begrebet. Den danske version af Børnekonventionens art. 3 (1) anvender begrebet *”i første række”*, hvor den engelske originalversion af art. 3 (1) anvender begrebet *”a primary consideration”*. Dette viser den materielle ret, hvor *barnets bedste* skal være et primært hensyn i forhold til andre faktorer i beslutninger vedrørende barnet.³² *Barnets bedste* er ikke dét afgørende hensyn i afgørelser vedrørende børn, men blot ét grundlæggende hensyn. Dette ses også i den

²³ Blume, 2009, *Juridisk metodelære*, s. 68-69

²⁴ LBK nr. 1768 af 30. november 2020, Bekendtgørelse om forældreansvarsloven

²⁵ LBK nr. 775 af 7. august 2019, Adoptionsloven

²⁶ LFF nr. 133, 2006-2007, alm. bem., afs. 1.2.

Vejl.nr. 9401 om adoption, 2020, afs. 1.1.

²⁷ Adolphsen & Røhl, 2020, *Børn i familie- og socialretten*, s. 16

²⁸ Schultz et. al, 2017, *Socialret – børn og unge*, s. 109

²⁹ Ibid.

³⁰ Børnekonventionen art. 3 (1)

³¹ General comment no. 14, 2013, pkt. 6

³² Ibid., pkt. 36.

TFA 2016.454, afs. 2.3.1

enkelske version, hvor ”a primary consideration” benyttes og ikke ”the primary consideration”. Dette er netop fordi, der kan være flere hensyn, som i sidste ende vil være til barnets bedste.³³ Herunder også hvis barnets bedste i en konkret situation vil være i modstrid med en menneskerettighed, hvorfor der må søges et kompromis mellem denne rettighed og barnets bedste.

Fortolkningsprincippet anses som princippet om, at man vil fortolke med understøttelse af, hvad barnets interesser er.³⁴ Det betyder således, at såfremt en bestemmelse kan tolkes på flere måder, så vil man altid fortolke ud fra barnets interesser. *Barnets bedste* kan fortolkes ud fra en konkret vurdering af det enkelte barn, men kan også fortolkes ud fra en general betragtning om, hvad der overordnet er bedst for alle børn.³⁵ Derudover kan *barnets bedste* også fortolkes ud fra to modsatrettede hensyn – herunder blandt andet mellem forældre og barnet eller barnet og andre børn generelt. I tilfælde hvor der vil være to modstridende hensyn, må der ske en case-by-case vurdering af hver enkelte sag.³⁶ I de tilfælde, hvor man ikke kan medtage de to modstridende hensyn, må lovgiver, forvaltningen og domstole være opmærksomme på, at barnets bedste og barnets interesser har særdeles høj vægt i en afvejning og ikke blot skal medtages som et almindeligt hensyn.³⁷

Det processuelle led bidrager til, at den rigtige vurdering er begrundet i afgørelser vedrørende børn. Der ligger således et krav om begrundelse og understøttelse af synspunkter, som inddrager principperne bag *barnets bedste*.³⁸

Barnets bedste er derfor et fleksibelt begreb, som udvikler sig i henhold til samfundets udvikling, men også i forhold til barnets udvikling.³⁹ Det betyder også, at barnets egen mening kan have betydning afhængig af barnets alder og modenhed. Barnets holdning til en konkret problemstilling er dog ikke ensbetydende med, at dette altid vil være til barnets bedste. Der skal derfor altid ske en helhedsvurdering, hvor blandt andet barnets mening kan indgå som et hensyn.⁴⁰

2.2 Forældreansvarsloven

Formålsbestemmelsen i FAL § 1’s ordlyd angiver udtrykkeligt, at hensynet til barnets bedste og barnets ret til trivsel og beskyttelse skal komme i første række. Dette er meget sammenfaldende med

³³ Sandberg, 2016, *Barnets beste i lovgivningen – betenkning til Barnevoldutvalget*, s. 12

³⁴ TFA 2016.454, afs. 2.3.1

³⁵ General comment no. 14, 2013, pkt. 32

³⁶ Ibid., pkt. 39

³⁷ Ibid., pkt. 39

³⁸ TFA 2016.454, afs. 2.3.1

³⁹ Sandberg, 2016, *Barnets beste i lovgivningen – betenkning til Barnevoldutvalget*, s. 10

⁴⁰ Ibid., s. 11

den danske version af Børnekonventionens artikel 3 (1), da FAL bygger på inspiration fra Børnekonventionen.⁴¹ Formålet med bestemmelsen er at tydeliggøre, at hensynet til *barnets bedste* altid skal komme i første række – også i forhold til hensynet til forældrene.⁴² *Barnets bedste* bliver således omdrejningspunktet for alle forhold omfattet af FAL.⁴³ FAL indeholder bestemmelser om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær, hvorfor afgørelser af denne karakter altid skal træffes ud fra, hvad der er bedst for barnet.⁴⁴

Formålsbestemmelsen i FAL § 1 understøttes yderligere af FAL § 4, som bygger på et princip om, at afgørelser truffet om barnet altid skal indeholde et fremtidsorienteret perspektiv, hvor barnets bedste indgår som hovedelement.⁴⁵ Der har tidligere været forskellige formuleringer af *barnets bedste* placeret i særskilte bestemmelser i FAL, men efter en kritik fra FN's Komité for Barnets Rettigheder, blev der implementeret en tydeliggørelse af begrebet *barnets bedste* i loven. Kritikken gav udtryk for, at lovgivningen ikke i tilstrækkelig grad tog udgangspunkt i barnets bedste.⁴⁶

Derudover bygger loven på det faktum, at der ikke er en klar definition af begrebet *barnets bedste*, hvorfor der altid skal være en individuel vurdering af det enkelte barns forhold.⁴⁷ Ligesom artikel 3 i Børnekonventionen findes der ikke en nærmere definition af *barnets bedste*, hvorfor der lægges vægt på forskellige opfattelser, hensigter og intersemodsætninger af hensigterne, som også ændrer sig i takt med samfundet.⁴⁸ Det er derfor en retlig standard, som ikke kun lægger vægt på samfundets syn på, hvad der måtte være bedst for barnet, men også lægger vægt på det enkelte barns behov i den konkrete sag.⁴⁹ Ved en vurdering af *barnets bedste* tages der også hensyn til et af hovedprincipperne i forældreansvarsloven – at barnet har ret til to forældre.⁵⁰ Dette princip bygger på, at forældre har et fælles ansvar for omsorgen af barnet uanset om de måtte have et fælles samliv eller ej.⁵¹ Barnets bedste vil i FAL § 4 altid bedst mulige løsning for det enkelte barn.⁵²

⁴¹ LFF nr. 133, 2006-2007, alm. bem., afs. 1.2

⁴² Krone Christensen, 2020, *Kommentarer til forældreansvarsloven*, s. 64

⁴³ *Ibid.*, s. 64

⁴⁴ Adolphsen & Røhl, 2020, *Børn i familie- og socialretten*, s. 16

⁴⁵ LFF nr. 133, 2006-2007, bem. til § 4

⁴⁶ Krone Christensen, 2020, *Kommentarer til forældreansvarsloven*, s. 114

⁴⁷ LFF nr. 133, 2006-2007, bem. til § 4

⁴⁸ Krone Christensen, 2020, *Kommentarer til forældreansvarsloven*, s. 117

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, s. 118

⁵¹ LFF nr. 133, 2006-2007, alm. bem., afs. 1.2

⁵² *Ibid.*, bem. til § 4.

Christensen, 2020, *Kommentarer til forældreansvarsloven*, s. 118

2.3 Adoptionsloven

Efter ADL § 2 er det et grundlæggende princip, at adoptionen skal være til *barnets bedste*. I forhold til stedbarnsadoptioner er der en vis formodning om, at de forældre, som fungerer som barnets sociale forældre, også bør blive barnets juridiske forældre.⁵³ Der er ikke i adoptionsloven beskrevet, hvilke aspekter, der lægges vægt på i vurderingen af *barnets bedste*. Det er alene fastsat i vejledninger og praksis, hvad der bør indgå i vurderingen af *barnets bedste* i forhold til stedbarnsadoption. Herunder tillægges f.eks. et samlivskrav på 2½ år for at sikre en stabilitet hos barnet.⁵⁴ Dette betyder, at barnet og den stedforælder, som ønsker at adoptere, skal have samme bopæl i minimum 2½ år. Samlivskravet på 2½ år kan godt fraviges i den konkrete situation, såfremt der i forholdet er noget der taler særligt for, at stedbarnsadoption ikke kan afvente, såsom livstruende sygdom i familien. Ved en konkret vurdering i stedbarnsadoptioner kan samlivskravet på 2½ år også afviges, såfremt der er tale om stedbarnsadoption af småbørn, hvor et kvindeligt par sammen har planlagt at få et barn igennem assisteret reproduktion og en evt. faderskabssag er afsluttet.⁵⁵

Det anses også som *barnets bedste*, at der er minimum 14 års aldersforskel mellem stedforælderen og barnet. Dette gøres, fordi man ikke ønsker en så snæver aldersforskel mellem barnet og stedforælderen, at stedforælderen ikke rent biologisk kunne være en mulig forælder til barnet.⁵⁶ Kravet kan dog stadig godt fraviges i de tilfælde, hvor aldersforskellen er mindre, såfremt forholdet mellem barn og stedforælder er stabilt.⁵⁷

Stedbarnsadoptionen har til formål at skabe en juridisk relation mellem barn og stedforældre. Det anses derfor som en formodning for at være til barnets bedste, at barnet som allerede har været opfostret af adoptanten, eller som ønskes opfostret af adoptanten, kan blive adopteret. Der foreligger ikke et direkte krav til opfostringsperioden, men derimod til at opfostringen skal have karakter af et reelt stabilt forælder/barn-relation. Det betyder i praksis, at der er en opfostringsperiode på 3 år⁵⁸, hvilket betyder, at stedbarnsadoption kun kan ske, hvis der reelt er 3 år eller mere tilbage at opfostre barnet i – eller at der har været 3 år forinden barnets fyldte 18 år, hvor barnet blev opfostret af adoptanten.

⁵³ Vejl.nr. 9401 om adoption, 2020, afs. 4.2

⁵⁴ Ibid., afs. 4.2.1

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid., afs. 4.2.2

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., afs. 4.3

2.4 EMRK artikel 8 - internationale forpligtelser

Artikel 8 i EMRK hjemler retten til respekt for privatlivet, familielivet, sit hjem og korrespondance.⁵⁹ I det følgende vil der være fokus på retten til familieliv og privatliv.

Konventionsstaterne har en negativ beskyttelsesforpligtelse overfor borgerne mod indgreb i familielivet efter EMRK artikel 8 (2).⁶⁰ Såfremt der alligevel foretages indgreb i familiernes rettigheder, kræver dette lovhjemmel og skal være proportionelt med formålet. Herved menes, at det skal ske i overensstemmelse med loven og være nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed, landets økonomiske velfærd, forebyggelse af uro og kriminalitet, beskytte sundheden og sædeligheden og andres rettigheder og friheder, jf. EMRK artikel 8 (2). Når der er tale om indgreb, hvor børn påvirkes af afgørelsen, så skal der altid tages hensyn til barnets bedste, uanset at dette ikke fremgår af ordlyden af EMRK art. 8.⁶¹ Dette betyder, at der skal ske en hensynsafvejning mellem barnet og forældrene, men hvor hensynet til barnets bedste må være af afgørende betydning (*paramount*).⁶² Myndighederne i konventionsstaterne får dog overladt en vis *margin of appreciation* i familieretlige sager, hvilket betyder en national skønsudøvelse.⁶³ Konventionsstaten har derudover en positiv forpligtelse overfor borgeren, idet staten skal i et vist omfang skal realisere de rettigheder, som følger af art. 8.⁶⁴ EMD har gjort opmærksom på, at i mange sager kan det være tvivlsomt, hvorvidt det skal behandles som et indgreb eller som en manglende opfyldelse af statens positive forpligtelse efter art. 8. Dette betyder også at konventionsstaternes positive og negative forpligtelser ikke lader sig fastlægge præcis.⁶⁵

Retten til familieliv dækker bredt i forhold til begrebet *familien*, idet familien ikke længere blot er en kernefamilie, men kan forekomme i flere varianter herunder skilsmissefamilier, sammenbragte familier mm.⁶⁶ Der vil derfor være en dynamisk fortolkning af begrebet, hvor både det faktiske, biologiske og juridiske familieband indgår i en helhedsvurdering.⁶⁷ Dette betyder også, at en familie,

⁵⁹ Mørk, 2019, *Børns processuelle rettigheder i tvangsanbringelsessager*, s. 180
EMRK artikel 8 (1)

⁶⁰ Holdgaard, 2012, *Problemer med menneskerettigheder i familieretten*, s. 232

⁶¹ Ibid., s. 233

⁶² Mørk, 2019, *Børns processuelle rettigheder i tvangsanbringelsessager*, s. 183

Rytter, 2019, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 231

⁶³ Holdgaard, 2012, *Problemer med menneskerettigheder i familieretten*, s. 234

⁶⁴ Lorenzen mfl., 2011, *Den Europæiske Menneskeretskonventionen, art 1-9*, s. 644

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Rytter, 2019, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 228

⁶⁷ Rytter, 2019, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 228

som er dannet på baggrund af en kommerciel surrogataftale, også kan være beskyttet af EMRK artikel 8, idet man også lægger vægt på, hvilke forældre der er de facto forældre for barnet.⁶⁸

Retten til respekt for privatlivet indebærer blandt andet beskyttelse af individets privatsfære, men der kan ikke gives en udtømmende definition heraf.⁶⁹ I sammenhæng med retten til familieliv giver retten til privatliv også f.eks. børn retten til at kende deres ophav og danne relationer med sin familie.⁷⁰ Retten til privatliv kan også være retten til at udvikle sin personlighed og dette medfører også en ret til at etablere og udvikle forbindelser med andre mennesker. Dette betyder konkret også, at retten til privatliv for et barn født qua surrogataftaler kan være berørt igennem artikel 8.

Retspraksis fra EMD vil i afsnit 2.4.1 blive analyseret for at belyse, hvorvidt der det er et indgreb i de sociale forældres – men også børnenes – ret til familie- og privatliv efter EMRK artikel 8, når medlemsstaterne ikke vil anerkende det juridiske forældreskab for de sociale forældre, som har indgået en surrogataftale i udlandet.

2.4.1 Børn født qua surrogatarrangementer i menneskeretligt perspektiv

Der er to domme fra EMD, hvor det juridiske forældreskab i surrogatarrangementer har været i fokus. Der er tale om *Mennesson v. Frankrig*⁷¹ og *Labassee v. Frankrig*⁷², som begge omhandlede problemstillingen omkring juridisk anerkendelse af forældreskabet for de tiltænkte forældre i Frankrig efter indgåelse af et surrogatarrangement i udlandet. *Mennesson v. Frankrig* vedrørte et fransk ægtepar, som indgik en surrogataftale i USA. Surrogatmoderen blev gravid med tvillinger, hvoraf den tiltænkte far også var biologisk far. Ifølge amerikansk lov blev den tiltænkte far og tiltænkte mor registreret som juridiske forældre, selvom den tiltænkte mor ikke var biologisk beslægtet til børnene. Det amerikanske registrerede juridiske forældreskab var ikke foreneligt med fransk lovgivning, hvorfor hverken den tiltænkte far eller den tiltænkte mor blev juridiske forældre – på trods af at den tiltænkte far var biologisk beslægtet til begge børn. De franske domstole ville således ikke anerkende den amerikanske fødselsattest, hvorfor sagen endte hos EMD med spørgsmålet om, hvorvidt der var sket en krænkelse af EMRK art. 8 overfor ægteparret og/eller overfor tvillingeparret.

⁶⁸ Holdgaard, 2012, *Problemer med menneskerettigheder i familieretten*, s. 231

⁶⁹ Rytter, 2019, *Individets grundlæggende rettigheder*, s. 217-218

⁷⁰ Lorenzen mfl., 2011, *Den Europæiske Menneskeretskonventionen, art 1-9*, s. 676

⁷¹ *Mennesson v. France*, 2014, no. 65192/11

⁷² *Labanesse v. France*, 2014, no. 65941/11

Menesson ægteparret fremsagde påstand om, at artikel 8 i EMRK var blevet overtrådt, idet det amerikanske registreret forældreskab ikke blev anerkendt i Frankrig.⁷³ Samtidig mente ægteparret, at det ikke stemte overens med Børnekonventionens artikel 3, idet det netop var på bekostning af børnenes bedste, at forældrene ikke fik anerkendt det juridiske forældreskab.⁷⁴ Ægteparret mente, at der var sket en overtrædelse af artikel 8, idet de mente, at der var utilstrækkeligt nationalt retsgrundlag for den manglende anerkendelse af det juridiske forældreskab. De lagde vægt på, at aftalen i USA var lovligt udarbejdet, hvorfor de automatisk antog, at forældreskabet også ville være anerkendt i Frankrig.⁷⁵

”Artikel 8

Stk. 1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

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.”⁷⁶

Alle parter var enige om, at der var sket et indgreb i retten til familieliv efter den positive forpligtelse i artikel 8 (1) i EMRK. Spørgsmålet angik derfor, hvorvidt indgrebet kunne godtgøres indenfor EMRK artikel 8 (2), som angik Frankrigs negative forpligtelse.⁷⁷

Det er nødvendigt for at godtgøre indgrebet under EMRK artikel 8 (2), at indgrebet er *”in accordance with the law”* og *”necessary in a democratic society”*.⁷⁸ EMD fandt, at Frankrig tydeligt i lovgivningen havde beskrevet, at surrogataftaler var ugyldige og dette var et udtryk for politiske holdninger til surrogataftaler.⁷⁹ EMD tilkendegav dog, at der ikke tidligere var truffet afgørelser i Frankrig omkring det juridiske forældreskab mellem de tiltænkte forældre og børn, som er født igennem et surrogatarrangement i udlandet. Det havde dog tidligere i en lignede sag – hvor surrogatmoren var biologisk beslægtet - været specificeret, at sådan en aftale stred imod retten til ikke at være et handelsobjekt og de personlige rettigheder til livet og friheden, som er givet gennem Frankrigs grundlov.⁸⁰ I en tidligere sag havde retten henvist til netop disse hensyn, hvor en tiltænkt

⁷³ Menesson v. France, 2014, no. 65192/11, § 25 og § 43

⁷⁴ Ibid., § 25

⁷⁵ Ibid., § 51

⁷⁶ EMRK art. 8

⁷⁷ Menesson v. France, 2014, no. 65192/11, § 48

⁷⁸ Ibid., § 50

⁷⁹ Ibid., § 58

⁸⁰ Ibid.

mor ønskede at registrere et barn i fødselsregisteret, når fødselsattesten var udarbejdet i udlandet. Den franske domstol konkluderede derfor i *Menesson-sagen*, at den amerikanske afgørelse om forældreskabet ikke var gældende i Frankrig med henvisning til ovenstående argumenter. Det ville ifølge den franske domstol medvirke til, at man anerkendte en surrogataftale ved at acceptere optagelsen i det franske fødselsregister.

EMD fandt derfor, at det var hjemmel for indgrebet i fransk lovgivning og man derfor kunne afvise at anerkende den amerikanske fødselsattest. Derudover gjorde EMD opmærksom på, at de tiltænkte forældre burde uanset antage, at der ville være en risiko for, at de franske myndigheder ikke ville anerkende det juridiske forældreskab, når det byggede på en surrogataftale.⁸¹ EMD mente derfor, at indgrebet var ”*in accordance with the law*” efter EMRK artikel 8.

EMD udtrykte herudover forståelse for, at Frankrig nægtede at anerkende juridisk forældreskab, når forældreskabet er skabt igennem et surrogatarrangement, idet man ønsker at afskrække befolkningen for at indgå disse surrogataftaler uden for Frankrig, idet hovedformålet er at beskytte børn fra at blive et handelsobjekt og surrogatmødrene fra at blive udnyttet.⁸² Frankrig begrundede endvidere afvisningen af anerkendelsen af det juridiske forældreskab igennem forebyggelse af kriminalitet, beskyttelse af sundhed og beskyttelse af andres frihed og ret. EMD fandt dog ikke, at der var tale om forebyggelse af kriminalitet, idet surrogataftalen ikke var indgået under fransk jurisdiktion.

EMD skulle vurdere, hvorvidt det fandtes ”*necessary in a democratic society*”, hvad er svarende til en proportionalitetsvurdering i dansk ret. Indgrebet skal således være rimeligt i forhold til målet. EMD fremlagde, at hver stat har en ”*margin of appreciation*”, altså et overvejende skøn, hvori det er op til den enkelte stat inden for et retsområde at fastlægge lovbestemmelser. EMD lagde vægt på, at der ikke mellem medlemsstaterne var enighed om det moralske og etiske dilemma, som surrogatarrangementer medfører, hvorfor skønnet fra staten burde være stort. Omvendt ville det medføre et mere begrænset skøn for staterne, idet der var tale om et område, som var særligt vigtigt for det enkelte individs identitet og eksistens.⁸³

EMD lagde vægt på, at der var foretaget undersøgelser i medlemslandene, hvori surrogataftaler var udtrykkeligt forbudt i 14 medlemsstater ud af 35.⁸⁴ Det afspejler det faktum, at surrogataftaler

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid., § 62

⁸³ Ibid., § 77

⁸⁴ Ibid., § 78

indeholder følsomme, etiske og moralske dilemmaer, som derfor også bekræfter, at medlemsstaterne bør have en bred *margin of appreciation* i selve spørgsmålet om, hvorvidt anerkendelse af det juridiske forældreskab mellem de tiltænkte forældre og af et barn født qua surrogatarrangementer i udlandet. Selvom det enkelte medlemsland har en vis *margin of appreciation*, så er det ikke uden EMDs kontrol, idet der skal ske en rimelig balance mellem statens interesser og de konkrete parter involveret i sagen. EMD vil herunder tage væsentligt hensyn til, at barnets bedste er et ”*paramount*” hensyn, altså altafgørende.⁸⁵

EMD fandt derfor, at der i *Menesson v. France* måtte ske adskillelse af spørgsmålet om, hvorvidt der var sket en krænkelse af de tiltænkte forældres ret til familieliv efter EMRK artikel 8 og hvorvidt der var sket en krænkelse af tvillingebørnenes ret til deres privatliv efter EMRK artikel 8.

Der var bekymringer vedrørende beskyttelsen af familielivet for de tiltænkte forældre, såfremt den biologiske far måtte dø eller lade sig skille fra sin kone, men uanset disse bekymringer, så blev der lagt vægt på, hvilke praktiske omstændigheder de tiltænkte forældre måtte have i forbindelse med surrogataftalen. Det fremhæves, at både de tiltænkte forældre og børnene kunne bosætte sig i Frankrig kort tid efter tvillingernes fødsel og leve under samme omstændigheder som andre familier uden risiko for at blive adskilt.⁸⁶ EMD fandt derfor, at den franske domstol efter disse omstændigheder ikke overtrådte de tiltænkte forældres ret til familieliv efter EMRK artikel 8.⁸⁷

EMRK artikel 8 giver ikke direkte ret til en bestemt nationalitet, men anerkender at nationalitet kan være en del af persons identitet.⁸⁸ Selvom tvillingernes biologiske far var fransk statsborger var det usikkert, hvorvidt tvillingerne kunne opnå fransk statsborgerskab.⁸⁹ Tvillingerne havde derudover ikke arveret efter hverken deres biologiske far eller den sociale mor, idet tvillingerne under fransk lov ikke var anerkendt som børn af de tiltænkte forældre.⁹⁰ EMD beskriver, at dette også vil være en komponent i deres identitet, idet børn generelt fratages arveret, såfremt de er født qua surrogati. EMD udtaler herunder også, at det er acceptabelt, at Frankrig ønsker mindske muligheden for at deres borgere tager til udlandet og benytter sig af assisteret reproduktion, som er ulovligt i Frankrig. Den manglende anerkendelse af det juridiske forældreskab for børn, født qua surrogati, kommer ikke kun til at have betydning for de tiltænkte forældre men også for børnene. Derved opstår også et seriøst

⁸⁵ Ibid., § 81

⁸⁶ Ibid., § 92

⁸⁷ Ibid., § 94

⁸⁸ Ibid., § 97

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid., § 98

spørgsmål vedrørende hensynet til barnets bedste i sådanne situationer, idet dette er et tungtvejende hensyn.⁹¹

EMD fandt, at i denne situation, hvor den tiltænkte far også var genetisk far, så ville det ikke være i børnenes interesse at fratage den biologiske far juridisk forældreskab, hvorfor Frankrig havde overtrådt EMRK artikel 8 vedrørende tvillingernes privatliv. EMD fandt derfor, at hensynet til tvillingernes bedste vejede tungere end hensynet til at nægte anerkendelse af forældreskabet til faren grundet indgåelse af en udenlandsk surrogataftale.⁹²

2.4.2 Advisory Opinion

Efter *Mennesson v. France*-sagen gav EMD sin første Advisory Opinion, idet Frankrig havde adspurgt, hvorvidt deres tilrettede lovgivning stemte overens med konventionen. Frankrig adspurgte, hvorvidt det ville være at overtræde konventionen, hvis man ikke anerkendte den sociale mor som juridisk mor, når denne var påskrevet en fødselsattest udarbejdet i udlandet, som følge af en surrogataftale. Derudover om den sociale mor skulle have mulighed for at blive anerkendt som juridisk forælder og hvorvidt dette kunne gøres med andre midler f.eks. adoption.

Retten fastlagde først og fremmest, at barnets bedste er *paramount*, altså altafgørende. Dernæst bemærkede EMD, at manglende anerkendelse af det juridiske forhold mellem surrogatbarn og social mor havde en negativ indflydelse på barnets privatliv efter EMRK artikel 8. EMD fandt dog også, at der også var andre hensyn som måtte overvejes, herunder barnets ret til at kende sit ophav og beskyttelseshensynet ved brugen af surrogataftaler. Ikke desto mindre fandt EMD, at grundlæggende så ville en absolut nægtelse af anerkendelse af et juridiske forhold mellem den sociale mor og barnet være uforeneligt med *barnets bedste*. Grundet barnets bedste og den margin of appreciation, som var tildelt staterne, så krævede EMD, at der i medlemsstaternes nationale lovgivning skulle være en mulighed for at opnå juridisk anerkendelse af forældreskabet for den sociale mor, når der var oprettet en lovlig fødselsattest i udlandet, hvori den sociale mor var påtegnet som legal mor.

Frankrig adspurgte derudover, hvorvidt sådan en registrering af den sociale mors juridiske forældreskab kan ske ved f.eks. adoption, eller om der skal ske en anerkendelse af udenlandske fødselsattester. EMD fandt herunder, at det ikke kunne pålægges staterne at registrere en udenlandsk fødselsattest, som var lovligt etableret i udlandet, idet medlemslandene ikke havde samlet konsensus

⁹¹ Ibid., § 99

⁹² Ibid., § 101

omkring problemet ved anerkendelse af fødselsattester fra udlandet. Det var derfor inden for en medlemsstats margin of appreciation at vælge, hvordan lovgivningen skulle formes, således at der kunne ske en juridisk anerkendelse af forældreskabet mellem den sociale mor og surrogatbarnet – herunder muligheden for adoption. Det var dog en betingelse, at anerkendelsen af forældreskabet skulle ske hurtigt og effektivt.

3 Forældreskab

Samtidig med at samfundet er i konstant udvikling, så er familien også i udvikling. Flere og flere familiekonstellationer er kommet til siden man blot havde kernefamilien og skilsmissefamilien. I dag anerkender man ikke færre end 37 forskellige familieformer.⁹³ Dette betyder også, at der ikke nødvendigvis er sammenfald mellem den biologiske forælder og den juridiske forælder, herunder kan der også eksistere en social forælder, som hverken er biologisk eller juridisk forælder.

Det juridiske forældreskab skal forstås således, at der oprettes et juridisk bånd mellem forælder og barn. Dette betyder blandt andet, at forælderen får forsørgelsespligt over barnet. Barnet og forælderen får indbyrdes en arveret efter hinanden og forælderen kan få del i forældremyndigheden over barnet.⁹⁴ Det genetiske forældreskab er ikke nødvendigvis sammenfaldende med det biologiske forældreskab. Ved genetisk forældreskab forstås den sædcelle og det æg, hvortil barnet er blevet skabt. Derfor vil der være sammenfald mellem det genetiske og biologiske forældreskab for mænd. For kvinder kan der opstå en forskel i de situationer, hvor der er anvendt en surrogatmor, idet den fødende kvinde vil blive den biologiske mor, mens den genetiske kvinde kan være f.eks. en ægdonor.⁹⁵ Det sociale forældreskab er det forældreskab som – i forhold til barnet – fungerer som barnets de facto forældre. Det er de forældre, som barnet har den tætteste relation til, og som reelt vil fungere som barnets omsorgspersoner – uanset den juridiske og genetiske relation.⁹⁶

Det følger af BL § 30, at den fødende kvinde vil blive barnets juridiske moder. I fastlæggelsen af det juridiske forældreskab for moderen, lægges der derfor ikke vægt på, hvorvidt barnet er genetisk forbundet til moderen eller socialt forbundet. Der ses alene på, hvem den fødende kvinde er, da dette afgør det juridiske moderskab.

⁹³ Mehlsen & Andersen, 2019, *Familien under forandring*

⁹⁴ Nørgaard et. al, 2019, *Familieret*, s. 26-27

⁹⁵ *Ibid.*, s. 26

⁹⁶ *Ibid.*

BL er bygget op omkring det grundlæggende princip, at barnet har ret til to forældre, uanset om det juridiske forældreskab ikke stemmer overens med det genetiske forældreskab.⁹⁷ Der vil derfor i det følgende afsnit blive diskuteret, hvilke muligheder de sociale forældre har for et få anerkendt forældreskabet efter indgåelsen af en surrogataftale.

3.1 Det juridiske faderskab⁹⁸

Reglerne for anerkendelse af det juridiske faderskab bygger på den sociale relation mellem forældrene – herunder samliv og ægteskab.⁹⁹ Den fader, som ønsker at anerkende faderskabet, har ikke pligt til samtidig at anerkende, at han også er genetisk fader.¹⁰⁰ Det betyder, at såfremt en fader ønsker at anerkende det juridiske faderskab, så kan han underskrive en omsorgs- og ansvarserklæring, jf. BL § 14, stk. 1, 1. pkt. Såfremt en mand vil anerkende sig faderskabet, så vil sagen oftest afsluttes uden yderligere oplysninger, såfremt den juridiske mor ikke har indvendinger herom.¹⁰¹ Samtidig vil de danske myndighed ofte anerkende det udenlandske faderskab, såfremt barnet er født i udlandet og det udenlandske faderskab har tilsvarende retsvirkninger for et faderskab i Danmark.¹⁰² Dette betyder, at det juridiske faderskab ikke vil skabe de store problemer i kommercielle surrogataftaler gennemført i udlandet, når det barnløse par ankommer til Danmark.

3.1.1 DNA-testning

Familieretshuset kan med parternes samtykke iværksætte retsgenetiske undersøgelser med henblik på at fastsætte faderskabet, jf. BL § 11, stk. 1. Dette betyder også, at Familieretshuset alene kan opfordre til foretagelse af retsgenetiske undersøgelser, men ikke kan gennemtvinge disse undersøgelser. Såfremt en part ikke vil medvirke i en frivillig retsgenetisk undersøgelse, må sagen afgøres af Familieretten efter børnelovens kapitel 3. Familieretten har kompetence til at gennemtvinge de retsgenetiske undersøgelser med hjemmel i retsplejelovens § 178¹⁰³.

Familieretshuset vil kun opfordre til retsgenetiske undersøgelser i situationer, hvor det har betydning for sagen. Det vil sige i tilfælde, hvor der er tvivl om faderskabet, f.eks. hvis flere fædre ønsker at være juridiske forældre eller i tilfælde, hvor den opgivne fader ikke ønsker at anerkende faderskabet

⁹⁷ LFF nr. 207, 2012, alm. bem., afs. 3.2.1.1

⁹⁸ I det følgende vil ”faderskab”/”fader” blive anvendt. Dette udtryk skal dække både for faderen og medmoderen, men for læsevenlighedens skyld vil udtrykket alene være faderen

⁹⁹ Social- og Indenrigsministeriet, 2016, *Forældreskab i børneloven. En analyse af hvem der er barnets forældre*, s. 25

¹⁰⁰ *Ibid.*, 26

¹⁰¹ Nørgaard et. al, 2019, *Familieret*, s. 30

¹⁰² Ankestyrelsen, 2014, *Surrogatmoderskab – en usikker affære*.

Familieretshuset, (2021), *Anerkendelse af udenlandsk faderskab og forældremyndighed*.

¹⁰³ Nielsen, Karnovs noter til børneloven § 18, note 61.

eller såfremt en kvinde er blevet gravid efter flere forsøg på insemination igennem assisteret reproduktion fra flere partere¹⁰⁴ Det betyder, at det næppe har betydning for faderskabet, i et kommercielt surrogatarrangement, idet der ofte vil være én mand, som ønsker at anerkende faderskabet, og en surrogatmor, som er enig i dette.

3.1.2 Når den tiltænkte fader ikke er biologisk beslægtet

Når en tiltænkt fader ønsker at få sit faderskab anerkendt i Danmark, er det ikke nødvendigt at være genetisk beslægtet med barnet. Den tiltænkte fader kan derfor blot underskrive en ansvars- og omsorgserklæring for barnet uden der foretages genetisk testning, jf. afsnit 3.1. Dette kan lade sig gøre i tilfælde, hvor et par får et surrogatbarn i udlandet, idet der ikke er andre tænkelige fædre, som ønsker at gøre krav på barnet. Selvom der er foretaget genetisk testning og det viser sig, at den tiltænkte fader ikke er genetisk beslægtet, kan den tiltænkte fader og surrogatmoren alligevel vælge at få faderskabet anerkendt ved indgivelse af omsorgs- og ansvarserklæring efter BL § 14, stk. 3.¹⁰⁵ Dette følger af det princip, at det bør overlades til parterne selv, om faderskabet skal fastlægges således, såfremt der ikke er andre mænd, som ønsker at påtage sig faderskabet.¹⁰⁶

Dette kan også have betydning for et mandligt homoseksuelt par, som begge har afgivet sæd med ønske om ikke at vide, hvilken af dem som blev genetisk far, idet de blot tilfældigt kan vælge, hvem der skal underskrive omsorgs- og ansvarserklæringen uden genetisk testning. Såfremt det homoseksuelle par skulle finde ud af på et senere tidspunkt, at den ikke-juridiske-far er genetisk far, vil dette højst sandsynligt ikke ændre resultatet. Dette ses blandt andet i dommen U 2010.864 Ø¹⁰⁷, som omhandlede M og F1, der underskrev en omsorgs- og ansvarserklæring for barnet A den 23. juni 2009, hvorefter disse blev anerkendt som juridiske forældre. Den 25. juni 2009 anmodede F2 om at blive registreret som A's far, idet der forinden i maj 2009 var foretaget retsgenetisk DNA-test, hvori det med 99,99 % sikkerhed var F2, som var genetisk far til A. Landsretten mente ikke, at fremlæggelse af DNA-testen kunne godtgøre en "fejl" efter BL § 23, hvorfor F2 ikke kunne blive anerkendt som juridisk far. Dette kunne tyde på, at domstolene lægger vægt på, at der skal mere til at genoptage en faderskabssag end blot en DNA-test.

¹⁰⁴ Vejl. nr. 9394 om Familieretshusets behandling af sager om faderskab og medmoderskab, 2020, afs. 5.6

¹⁰⁵ Ibid.

Nørgaard et. al, 2019, *Familieret*, s. 29-30

¹⁰⁶ Nørgaard et. al, 2019, *Familieret*, s. 29-30

¹⁰⁷ U 2010.864 Ø

Det betyder hermed, at uanset om der er foretaget genetisk testning eller ej, så vil den sociale far umiddelbart altid kunne få det juridiske faderskab, idet der i en kommerciel surrogataftale ikke vil være andre mulige mænd, som ønsker at anfægte dette og hermed selv påtage sig faderskabet.

3.2 Det juridiske moderskab

Den fødende kvinde vil automatisk blive anerkendt som den juridiske mor i Danmark, jf. BL § 30. Dette er ikke ensbetydende med, at alle lande opererer med denne definition af det juridiske moderskab. Barnløse par, som har indgået en kommerciel surrogataftale i udlandet, kan derfor godt blive anerkendt som de juridiske forældre i fødelandet. Spørgsmålet er således, hvorvidt dette juridiske forældreskab kan registreres ved hjemkomst til Danmark.

Det følger af administrativ praksis at på trods af en udenlandsk fødselsattest, hvor den sociale mor anerkendes som juridisk moder, så strider dette mod grundlæggende danske retsprincipper, da fødselsattesten bygger på en aftale, som man ikke vil anerkende som juridiske bindende i Danmark.¹⁰⁸ Dette ses blandt andet i TFA 2014.96, hvor M og K indgik en surrogataftale i udlandet, hvorefter de ved hjemkomst ville registrere den udenlandske fødselsattest, hvoraf det fremgik, at M og K var de juridiske forældre. Det var alene den sociale mors juridiske forældreskab, som blev fokuspunktet. Ankestyrelsens henviste til, at det stred imod dansk retsopfattelse at anerkende K, som juridisk mor, idet K ikke var den fødende kvinde og herved ikke den juridiske mor, jf. ordlyden af BL § 30. Ankestyrelsen lagde derfor vægt på, at den udenlandske fødselsattest var uforenelig med danske grundlæggende principper (ordre public).

Afgørelsen viser således, at en udenlandsk fødselsattest ikke vil være anerkendt i Danmark, hvorfor den tiltænkte moder ikke vil have mulighed for på denne måde at blive juridisk forælder.

3.3 Stedbarnsadoption

Idet den sociale mor ikke kan få en udenlandsk fødselsattest anerkendt i Danmark, når hun ikke har født barnet, så må den sociale mor ty til andre metoder. En anden metode til at opnå juridisk forældreskab er adoption.

Det følger af ADL § 16, at når der sker adoption, indtræder det samme retsforhold mellem adoptant og adoptivbarn som mellem forældre og deres barn. Det betyder samtidigt også, at det samme retsforhold bortfalder mellem adoptivbarnet og den oprindelige slægt. Dette betyder desuden også, at

¹⁰⁸ Ankestyrelsen, 20. december 2013, TFA 2014.96

adoptanten får forældremyndighed, forsørgelsespligt og værgemålet over adoptivbarnet. Adoptivbarnet og adoptanten får derudover også arveret efter hinanden. Der indtræder derfor det samme retsforhold mellem parterne som et biologisk forældreskab giver. Dette betyder, at såfremt den sociale mor har muligheder for at adoptere barnet, så vil surrogatmorens juridiske rettigheder bortfalde efter dansk ret.¹⁰⁹

3.3.1 Samlivskravet i ADL § 5 a

En samlever eller ægtefælle har muligheden for at stedbarnsadoptere deres ægtefælle eller samlevers barn efter ADL § 5 a, stk. 1. Adoptanten behøver i den situation ikke være godkendt som adoptant, jf. ADL § 4 a, stk. Det følger af blandt andet i vejledning om adoption¹¹⁰, at der er fast praksis for, at der er et samlivskrav på 2½ år mellem adoptanten og barnet. Som beskrevet i afsnit 2.3 må en adoption kun bevilliges, såfremt det antages at være bedst for barnet, at barnet allerede ved ansøgningen opfostres hos adoptanten eller har været opfostret hos adoptanten – eller såfremt der foreligger en anden særlig grund til adoptionen.

I den nyligt publiceret principmeddelelse 6-21¹¹¹ har Ankestyrelsen principielt behandlet to sager om stedbarnsadoption af børn født af en surrogatmor, som ikke har modtaget vederlag. I disse situationer vurderes kravet om minimum opretholdelse af 2½ års fælles samliv mellem adoptanten og adoptivbarnet. Dog kan samlivskravet på 2½ år dog fraviges i de situationer, hvor der foreligger særlige omstændigheder. Principmeddelelse 6-21 giver et samlet billede af de omstændigheder, som kan tillægges vægt i en vurdering af fravigelse af udgangspunktet af 2½ års samliv mellem adoptanten og barnet. Såfremt længden på det tidsmæssige udgangspunkt om krav om 2½ års samliv skal fraviges, vil der i surrogataftaler være tale om, at surrogatmoren stadig kan inddrages i sagen – hensynet hertil er at sikre, at surrogatmoren skal høres og vejledes om adoptionens retsvirkninger.¹¹² I principmeddelelse 6-21 indgår to sager, hvori der er indgået aftale med en surrogatmor. I begge sager får de sociale forældre lov at fravige samlivskravet på 2½ år.

I sag nr. 1 havde et mandligt homoseksuelle par indgået en surrogataftale med en kvinde, som fødte barnet, A. Det fremgår af principmeddelelsen, at surrogatmoren ikke fik et vederlag for aftalen. Det homoseksuelle par havde forinden fødslen boet sammen i 15 år. Derudover havde parret boet med

¹⁰⁹ Schultz et. al, 2017, *Socialret – børn og unge*, s. 105, 125-126

¹¹⁰ Vejl.nr. 9401 om adoption, 2020.

¹¹¹ Ankestyrelsens tidligere principmeddelelse 79-17 er indeholdt i denne principmeddelelse, hvorfor tidligere principmeddelelse 79-17 stadig er gældende.

¹¹² Principmeddelelse 6-21

barnet A, siden barnet var 2 dage gammelt. Den ene af mændene var genetisk beslægtet med barnet og derudover også registreret som juridisk far. Ankestyrelsen lagde vægt på, at parret havde boet sammen i 15 år, hvorfor parret pga. længden af samlivet havde et stabilt samliv til at danne grundlag for stedbarnsadoptionen. Ankestyrelsen lægger endvidere vægt på, at surrogatmorens rolle er fastlagt, og at hun ikke ønsker at være mor, da hun ønsker den sociale far skal stedbarnsadoptere A. Ankestyrelsen oplyser under afsnittet ”Hvad er afgørende for resultatet”:

”Det er oplyst, at [surrogatmoren] ikke har modtaget nogen form for vederlag i forbindelse med, at hun har været surrogatmor, og i forbindelse med selve adoptionen. Dette understøttes af din og [den biologiske fars] relation til [surrogatmoren].”¹¹³

I sag nr. 2¹¹⁴, afgjort i 2016, havde et par boet sammen siden 1999 og siden 2006 været gift. Derudover havde parret et fællesbarn. Parret havde indgået aftale med den sociale mors søster om, at denne skulle agere surrogatmor for parret. Der var herved tale om en altruistisk surrogataftale uden et ydet vederlag. Ankestyrelsen lagde vægt på, at parret havde et fællesbarn, som de ønskede barnet skulle danne en søskenderelation til så tidligt som muligt. Derudover lagde Ankestyrelsen vægt på, at parret havde haft et langt samliv siden 1999. Ankestyrelsen udtaler desuden:

”Derudover lægger vi vægt på, at [surrogatmoren], [barnets] registrerede mor og din søster, efter det oplyste ikke har modtaget vederlag for surrogatmoderskabet. Vi lægger desuden vægt på, at [surrogatmoren], efter dine oplysninger, ikke ønsker at være retlig eller social forælder til [barnet].”¹¹⁵

I en øvrig sag fra tidligere principmeddelelse 79-17 havde et kvindeligt homoseksuelt par indgået et registreret partnerskab. Det kvindelige par havde været sammenlevende i under 3 år, og adoptanten havde boet med barnet i cirka seks måneder. Ankestyrelsen lagde vægt på, at parret ikke havde andre fællesbørn, som barnet kunne danne et søskendebånd til. Ankestyrelsen fandt, at det var uden betydning, at adoptanten havde donoret æg til sin partner, som havde båret barnet, selvom adoptanten egentlig var biologisk beslægtet med barnet.

Samlet illustrer disse sager, at samlivskravet på 2½ år kan fraviges i surrogataftaler, hvori der er illustreret et stabilt familieliv. I de første sager lægger Ankestyrelsen desuden vægt på, at samlivskravet kan fraviges, såfremt der ikke er ydet vederlag til surrogatmoren. Der er ikke i principmeddelelsen nogle principielle sager, hvori en kommerciel surrogataftale gennemgås. Det er

¹¹³ Principmeddelelse 6-21

¹¹⁴ Denne sag indgår også i principmeddelelse 6-21, men udspringer fra en ældre principmeddelelse 79-17

¹¹⁵ Principmeddelelse 79-17

derfor uvist, hvorvidt der i kommercielle surrogataftaler, hvor samlivet forinden barnets fødsel har været stabilt, og parret har boet sammen i mange år forinden og muligvis har et andet fællesbarn, kan resultere i en fravigelse af 2½ års-samlivskravet, uanset at der er ydet vederlag.

Den sidste sag omhandler ikke en surrogataftale, idet den bærende kvinde også kommer til at fungere som social mor og juridisk mor. Den viser dog, at samlivskravet ikke automatisk vil fraviges, i de tilfælde, hvor der er genetisk sammenhæng mellem adoptanten og barnet. Det begrundes i den konkrete sag, at det er den fødende kvinde i Danmark, som registreres som den juridiske mor. Det må dog antages, at dette illustrerer, at Ankestyrelsen lægger vægt på, at det ikke har betydning, hvorvidt adoptanten er genetisk beslægtet med det barn, som adoptanten ønsker at adoptere.

3.3.2 Samtykke til stedbarnsadoption

Som beskrevet i afsnit 2.3 er det generelt set anset som en del af vurderingen af *barnets bedste*, at der er en aldersforskel på minimum 14 år mellem adoptanten og barnet, og at der er et samlivskrav på 2½ år, hvor barnet og adoptanten har boet sammen. Derudover findes der yderligere begrænsninger i muligheden for at stedbarnsadoptere. Herunder kan stedbarnsadoption kun ske af et barn under 18 år, som er umyndigt og derudover skal de forældre, som har del i forældremyndigheden, give samtykke til adoptionen, jf. ADL § 7, stk. 1. Det følger dog af ADL § 13, at såfremt den ene forælder ikke har del i forældremyndigheden, så kræves stadig en erklæring fra denne forælder, som også skal vejledes og forstå retsvirkningerne af erklæringen, før der kan ske adoption.¹¹⁶ Samtidig vil en manglende respons fra den anden forælder ligeledes tolkes som en protest mod adoptionen.¹¹⁷ Uanset er Familieretshuset forpligtet til at forholde sig til barnets bedste, hvorfor en erklæring kan undlades at blive indhentet, såfremt det vurderes at skade barnet.¹¹⁸

I forhold til surrogatarrangementer, så vil den juridiske fars samtykke kun kræves, såfremt surrogatmoren ikke har del i forældremyndigheden, jf. ADL § 7, stk. 2. Ofte vil det ikke være et problem for de sociale forældre at indhente samtykke eller erklæring fra surrogatmoderen, da dette ofte ligger eksplicit i den aftale, de har indgået.

Det fremgår blandt andet af Ankestyrelsens principmeddelelse, der vedrører kommercielt surrogatmoderskab 54-16¹¹⁹, at der i begge af de principielt behandlede sager, ikke udelukkende

¹¹⁶ BEK nr. 726 af den 10. juli 2019, § 8

¹¹⁷ Vejl.nr. 9401 om adoption, 2020, afs. 6.3.3

¹¹⁸ Ibid., afs. 6.3.5

¹¹⁹ Principmeddelelse 54-16

lægges vægt på en decideret selvstændig erklæring fra surrogatmoderen, men at der lægges vægt på, at surrogatmoderen har givet samtykke til selve surrogataftalen med de hertil tilhørende forpligtelser.

Den samme formulering fremgår således i både sag nr. 1 og i sag nr. 2 i Ankestyrelsens principmeddelelse 54-16:

”Det har ikke været afgørende for vores afgørelse, om surrogatmor har del i forældremyndigheden over børnene, og om hun skal afgive et formelt samtykke til en adoption.

Det skyldes, at vi vurderer, at surrogatmoderens samtykke til surrogatarrangementaftalen med de heraf afledte forpligtelser, hun påtog sig om at overdrage forældremyndigheden og samtykke til, at du og børnenes far skulle være forældre til børnene, kan ligestilles med samtykke til stedbarnsadoptionerne. Det er denne samlede forpligtelse, surrogatmoderen har modtaget betaling for.”¹²⁰

Ankestyrelsen beskriver herved, at dette samtykke til surrogataftalen ligestilles med samtykke til selve stedbarnsadoptionen. Det kan derfor ud fra administrativ praksis vurderes, at Ankestyrelsen ikke lægger stor vægt på en selvstændig erklæring fra surrogatmoderen, hvorfor selve samtykkeproblematikken ikke findes at være særlig relevant i kommercielle surrogataftaler.

3.3.3 Vederlagsproblematikken

En yderligere begrænsning for stedbarnsadoption ligger i ADL § 15, hvori det fremgår, at adoption ikke kan meddeles, hvis nogen, som skal afgive samtykke, har ydet eller modtaget vederlag. ADL § 15 blev indsat i 1997¹²¹ som følge af Haagerkonventionen.¹²² Danmark tiltrådte konventionen grundet en vedvarende stigning i antallet af de internationale adoptioner som fandt sted, hvorfor man ønskede et fælles internationalt grundlag for at forhindre f.eks. børnebortførelser og hindre børnehandler.¹²³ Det er Familieretshuset, som under samtaler med de tiltænkte forældre, skal forsøge oplyst, hvorvidt der er ydet vederlag til de tiltænkte forældre. Uanset om vederlaget har haft betydning for den pågældendes holdning til adoption, vil den blive nægtet, idet der er afgivet vederlag.¹²⁴ I den oprindelige adoptionslov fra 1972¹²⁵ var § 15's ordlyd:

”§ 15 Inden der meddeles bevilling til adoption, skal det søges oplyst, om der fra nogen af siderne er betalt eller skal betales vederlag, og i bekræftende fald, hvor stort dette er. Herom kan skriftlig erklæring afkræves alle vedkommende.

¹²⁰ Principmeddelelse 54-16, sag nr. 1 og nr. 2

¹²¹ LOV nr. 233 af 2. april 1997 om ændringer af adoptionsloven, indfødsretsloven og navneloven

¹²² KBET 1996 nr. 1323.

Krone Christensen, (2020) *Forældreansvarsloven med kommentarer*, s. 61

¹²³ LFF nr. 73, 1996, bem. til § 1, nr. 3.

KBET 1996, nr. 1323, afs. 3.1

¹²⁴ Vejl.nr .9401 om adoption, 2020, afs. 6.6

¹²⁵ LBK 1972-06-07 nr. 279 Adoptionsloven

Stk. 2. Ydes der adoptanten vederlag, kan bevillingen gøres afhængig af, at vederlaget helt eller delvis sikres anvendt til bedste for adoptivbarnet.”

Adoptionsloven fra 1972 § 15, stk. 2 indeholdt derfor en bestemmelse, hvori *barnets bedste* var i centrum. Vederlaget, afgivet af forældrene, resulterede derfor ikke i en absolut nægtelse af adoption, men i at § 15, stk. 2 indeholdt et skøn, hvori *barnets bedste* blev vurderet samtidigt. Dette skøn blev herved fjernet ved lovændringen i 1997¹²⁶. Det er derfor interessant at se, hvorvidt domstolene tolker bestemmelsen med øje for barnets bedste, som følge af ordlyden af ADL § 2 og som derudover kan udledes af Børnekonventionens bestemmelser og ikke mindst EMRK.

3.3.4 U.2021.517H

En nylig Højesteretsafgørelse, vedrørende surrogatmoderskab, er i 2021 blevet afgjort, hvori spørgsmål om *barnets bedste* indgår som moment, når en social mor søger stedbarnsadoption efter indgåelsen af en kommerciel surrogataftale. Højesteretsdommen omhandler et dansk ægtepar, A og F, som i 2013 tog til Ukraine, da de havde indgået en surrogataftale med en ukrainsk kvinde, som var blevet insemineret med F's sæd. Surrogatmoderen er ikke genetisk beslægtet med tvillingerne, men det er uvist, hvorvidt A's æg er blevet brugt. Surrogatmoren blev herefter gravid med tvillinger, hvor F således var genetisk far til tvillingerne. A og F fik fælles forældremyndighed over tvillingerne, men A blev nægtet mulighed for at stedbarnsadoptere tvillingerne. Under et møde i Statsforvaltningen i 2015 udtaler A og F, at de har betalt et vederlag til klinikken, som stod for arrangementen af surrogatarrangementet. F udtalte under mødet, at de har betalt "et par 100.000 kr.". Parret oplyser, at aftalen er indgået med klinikken samlet for hele arrangementet, og at de ikke ved, hvad surrogatmoderen får af vederlag for selve aftalen. De fortæller dog, at surrogatmoderen har udtalt, at hun ønskede at købe en lejlighed for beløbet.

Der blev konstateret i landsretten, at både A og F havde ydet vederlag til den ukrainske surrogatmoder ud over det almindeligt acceptable, herunder ventetøj, medicin og generelt dækning i forhold til graviditeten. Det blev fastlagt i landsretten, at A og F havde ydet vederlag, som ville forøge surrogatmoderens levestandard, og dette var på trods af, at vederlaget ikke direkte var ydet til surrogatmoderen men igennem en klinik, hvoraf et uvist beløb blev videregivet til surrogatmoderen. Landsretten benytter sig også af hensynet til børnene efter EMRK og Børnekonventionen. Landsretten lægger tungtvejende vægt på, at det vil være i tvillingernes interesse, at et juridisk bånd

¹²⁶ LOV nr. 233 af 2. april 1997 om ændringer af adoptionsloven, indfødsretsloven og navneloven

til den sociale moder vil styrke deres identitetsforståelse og det manglende juridiske bånd mellem den sociale mor og tvillingerne kan indebære et indgreb i tvillingernes privatliv efter EMRK art. 8. Landsretten lægger dog også vægt på, at overfor dette tungtvejende hensyn, ligger ydermere et tungtvejende hensyn – det grundlæggende hensyn om, at børn generelt ikke må gøres til et handelsobjekt. Landsretten bemærker, at det klart taler for at være bedst for børnene, at deres sociale mor bliver deres juridiske mor. Derudover vurderer Landsretten at hensynet til, at børn ikke må gøres til et handelsobjekt, vejer tungere. Landsretten vurderer således, at ADL § 15 er begrundet i saglige hensyn, som ligger inden for the margin of appreciation for så vidt angår EMRK art. 8. Landsretten har i deres vurdering ydermere lagt vægt på tvillingernes alder, at den sociale mor har del i forældremyndigheden, og at der ikke er udsigter til, at der vil ske ændringer for tvillingernes hverdag.

Højesteret tiltræder af samme grunde som Landsretten, at det er beviseligt, at det barnløse par har ydet et vederlag til surrogatmoderen. Højesteret bemærker, at det anses som et indgreb i tvillingernes ret efter EMRK art. 8 (1), hvorved et sådant indgreb kun er berettiget, såfremt det er i overensstemmelse med loven og nødvendigt i samfundet – f.eks. for at beskytte andres rettigheder, jf. art. 8 (2). Højesteret bemærker desuden, at der i Advisory Opinion til *Menesson v. France* dommen fremgår, at landene ikke er berettiget til at anerkende en udenlandsk fødselsattest og herved det juridiske forældreskab angivet heri, såfremt der er en anden mulighed for anerkendelse såsom adoption, idet dette også vil være i overensstemmelse med hensynet til *barnets bedste*.

Højesteret læner sig op ad EMD-retten, hvori de henviser til europæisk ret, hvoraf EMD har været opmærksom på hensynet til barnets bedste i forhold til anerkendelse af det juridiske bånd mellem den tiltænkte mor og barnet, men at EMD også er opmærksomme på muligheden for misbrug i form af menneskehandel. EMD mener derfor, at et generelt og absolut forbud mod anerkendelse af forholdet mellem barn og de tiltænkte forældre, når et barn er født i et surrogatarrangement, er uforeneligt med hensynet til *barnets bedste*. EMD mener, at hver enkelte sag bør blive overvejet i forhold til de konkrete omstændigheder. Højesteret benytter derfor denne praksis til at fortolke ADL § 15 i lyset af, at der må foretages en konkret afvejning i hver enkelte sag, for hvad der er bedst for det pågældende barn. Højesteret udtaler, at ADL § 15 ikke giver mulighed for sådan en vurdering, idet bestemmelsens ordlyd indebærer et ubetinget forbud mod meddelelse om adoptionsbevilling i det tilfælde, at nogen har ydet/modtaget vederlag. Højesteret udtaler direkte:

”Højesteret finder på den anførte baggrund, at der er behov for, at lovgivningsmagten tager bestemmelsen i adoptionslovens § 15 op til overvejelse. Indtil der måtte foreligge en ny regulering, følger det af

*Menneskerettighedskonventionen, at der må foretages en konkret vurdering som anført ovenfor med henblik på at vurdere, om afslag på stedbarnsadoption vil være i strid med konventionens artikel 8.*¹²⁷

Dommen blev afsagt med dissens, hvorved fire dommere især lagde vægt på forarbejderne til ADL § 15, hvorved et vederlag mod ”levering af børn” strider imod nogle helt grundlæggende principper i det danske samfund. Det vil blive et problem såfremt barnløshed udvikler sig til decideret handler. Dette vil i sidste ende også betyde, at den kvinde, som vælger at føde et barn for en anden familie, i højere grad vil lade sig påvirke af, hvilken betaling der ydes, end hvad der er bedst for barnet. Derved vil en egentlig handel kunne forekomme. Højesteret bemærker herunder, at det i EMD-praksis, herunder *Menesson v. France*, er godtgjort, at hensynet til barnets bedste er et *paramount* i forhold til at den sociale mor bør blive den juridiske mor. Højesteret lægger vægt på, at der i *Menesson v. France* ikke var ydet vederlag til surrogatmoren, hvilket der er i denne konkrete sag. De fire dommere mener herunder, at hensynet til barnets bedste bør opvejes mod forarbejderne i ADL § 15 – at kvinder ikke må udnyttes i kommercielle surrogataftaler, og at børn ikke bliver et handelsobjekt. Højesteret lægger desuden vægt på, at den sociale mors hensyn ikke bør tillægges særlig vægt, da dette vil legalisere den situation, som moren har skabt ved at betale vederlag til surrogatmoren og herved har overtrådt ADL § 15. Dog bør hensynet til tvillingernes identitet varetages, herunder det juridiske forældreskab til den sociale mor, som de hele deres liv har boet med.

Højesteret bemærker, ligesom Landsretten, at tvillingernes hverdag ikke ser ud til at ændre sig, idet familien ikke opsplittes. Den sociale mor har del i forældremyndigheden, og såfremt familien opløses eller faren dør, vil den sociale mor have mulighed for at bevare forældremyndigheden efter forældreansvarslovens regler. Derudover vil det arveretlige perspektiv kunne imødekommes igennem et testamente, hvorfor tvillingerne vil kunne blive stillet, som var de hendes biologiske børn.

Tre højesteretsdommere udtalte dog, at det er uforeneligt med hensynet til *barnets bedste*, såfremt national lovgivning udelukker relationen mellem surrogatbarnet og den sociale mor kan juridisk anerkendes. De tre dommere mener, at der til enhver tid må tages hensyn til den konkrete sag med særskilt afvejning. De tre højesteretsdommere er enige i, at hensynsafvejningen foreligger mellem en konkret afvejning af *barnets bedste* overfor de hensyn som ligger til grund for ADL § 15 – herunder hensyn til at modvirke, at kommercielle surrogataftaler kan realiseres.

De dissenterede dommere lægger i den konkrete sag vægt på, at børnene i syv år har boet ved den sociale mor og genetiske far. Børnene betragter de tiltænkte forældre som deres forældre. Der lægges

¹²⁷ U 2021.517 H, s. 556

særligt vægt på, at tvillingerne får samme juridiske relation til deres sociale mor, som de har til deres genetiske far. De dissenterede dommere finder således ikke, at hensynet til at sikre at kommercielle surrogataftaler ikke kan realiseres, er særligt tungtvejende. De dissenterede dommere mener slutteligt, at det ikke er tilstrækkeligt, at den sociale mor har del i forældremyndigheden, men at hensynet til EMRK art. 8 om retten til privatliv indebærer, at tvillingerne og den sociale mors juridiske relation bør anerkendes.

Højesteret når således efter flertallet til stadfæstelse af Landsrettens resultat. Den sociale mor kan derfor ikke stedbarnsadoptere tvillingerne, idet hun har erlagt et vederlag ved selve surrogataftalens indgåelse.

Noget uvant opfordrede et samlet Højesteret, at lovgiver tager ADL § 15 op til overvejelse, idet den ikke stemmer overens med den europæiske menneskeretlige regulering af sådanne situationer. Dette er på trods af, at højsteretsdommerne er klar over, at i Danmark figurerer magtens tredeling. Dette betyder, at de folkevalgte politikere bliver den lovgivende magt, hvorefter domstolene er den dømmende magt, som alene skal dømme ud fra lovgivningen. Højsteretsdommer Jens Peter Christensen udtalte i en artikel i Jyllandsposten¹²⁸, at så ligedant stod det ikke til, idet vi i Danmark på lovniveau har inkorporeret EMRK. Idet EMRK ikke direkte indeholder lovgivning på adoptionsområdet, må dette udledes af EMRK art. 8. Artiklen sætter fokus på, at Højsteret var nødt til at forsøge at finde ud af, hvordan menneskerettighedsdomstolen kunne forventes at ville mene om den konkrete sag i U 2021.517 H. Højsteretsdommeren Jens Peter Christensen lægger også op til den forskellighed de to domstolssystemer figurerer med. Menneskerettighedsreglerne er i høj grad praksis skabt af EMD, hvorfor det i høj grad er retspraksis, som udgør og former Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Jens Peter Christensen var en af de fire dommere, som stemte for en stadfæstelse af landsrettens resultat. Han udtaler blandt andet:

”Efter grundig granskning nåede vi i et flertal på fire af de syv medvirkende højsteretsdommere frem til, at det ikke med tilstrækkelig sikkerhed kunne siges, at afslaget på adoptionsbevilling var i strid med, hvad menneskerettighedsdomstolen kunne forventes at mene”¹²⁹

Han udtaler derudover i artiklen:

”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

¹²⁸ Christensen, 05.12.20, *Skal folkevalgte politikere eller dommere skrive loven?*

¹²⁹ Ibid.

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.”¹³⁰

Der har derfor været bred enighed i Højesteret om, at ADL § 15 ikke rummede det skøn, som Danmark efter EMRK har forpligtet os til igennem EMRK art. 8 og europæisk praksis. Flertallet i Højesteret er således været enige i, at der bør foretages et skøn, men udfaldet af skønnet er dog faldet til modsatte side end f.eks. *Menesson v. France* – muligvis grundet sagernes forskellige faktum, herunder at der ikke er ydet vederlag i *Menesson v. France*, men at det alene var lovstridende at få barn via surrogatmor i Frankrig.

Den københavnske professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen mener, at man ikke bør fortolke EMD's praksis udvidet, idet dette kan give anledning til nogle demokratiske betænkeligheder.¹³¹ Det vil endvidere resultere i, at de aftaleparter, som for eksempelvis indgår en surrogataftale, vil have svært ved at forudsige deres retssikkerhed.¹³² Generelt mener dr.jur. Mads Bryde Andersen, at hvis etiske dilemmaer løses via retlige reguleringer, så bør det ikke tilkomme domstolene at censurere disse moralskøn ved at statuere ugyldighed. I det tilfælde, hvor der er behov for at censurere moralskønnene, så mener Bryde Andersen, at dette skøn bør ligge hos de nationale domstole, der har et klarere syn på retskulturen i det pågældende land end en internationaldomstol vil have.¹³³

Bryde Andersen udtaler sig også om Landsrettens afgørelse i U.2021.517H¹³⁴, hvorved han tilslutter sig Landsrettens afgørelse, hvori EMD-afgørelsen *Menesson v. France* ikke blev tillagt afgørende betydning for udfaldet af afgørelsen. Bryde Andersen mener derfor, at det grundlæggende hensyn var beskrevet i forarbejderne til bestemmelsen, hvori at hensynet til at børn ikke måtte gøres til handelsobjekter vejede tungere. Med resultatet fra Højesteret vil Bryde Andersen formentlig mene, at der skabes en større retsikkerhed ved brugen af EMD-praksis herunder at det konkrete skøn ved hvert enkelte barn må tillægges stor betydning, hvorfor hensynet til, hvorvidt børn generelt gøres til handelsobjekter, tillægges mindre betydning. Dette kunne formentlig også være en af grundene til, at Højesteret direkte appellerer til at lovgiver må ændre national lov, således at dette stemmer overens med international retspraksis, hvorved der skabes en større retssikkerhed for borgerne.

¹³⁰ Christensen, 05.12.20, *Skal folkevalgte politikere eller dommere skrive loven?*

¹³¹ U.2020B.53, afs. 2

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Landsrettens afgørelse er kendt under TFA 2019.219 Ø

EMD-domstolene benytter sig af en dynamisk fortolkning af konventionens bestemmelser, således at menneskerettighederne vil stemme overens med nutidens samfund. Dette betyder også, at en række samfundsmæssige hensyn benyttes frem for en traditionel ordlydsfortolkning af konventionens bestemmelser.¹³⁵ Bryde Andersen beskriver generelt, hvordan den europæiske dynamiske fortolkning kommer til at skabe en forvridning af den lovgivende og dømmende magt. I Danmark er man dog bekendt med dommerskabt ret, men at disse altid vil være i støtte i andre retskilder og aldrig helt uventet.¹³⁶ Bryde Andersen beskriver endvidere, at det kan være problematisk, at kompetencen netop ligger hos de internationale domstole og ikke de nationale domstole. Det er netop det faktum, at EMRK er inkorporeret i dansk lov og ikke blot ratificeret, som afgør at EMD dynamiske fortolkningsstil har fået stor betydning i dansk ret.¹³⁷ Dette betyder ifølge Bryde Andersen også at i tilfælde af, at EMD's fortolkningsstil vil pege i en anden retning end hvad den danske domstols fortolkning vil føre til, så forventes det at den danske domstol vil inddrage EMD's praksis som et tungvejende hensyn.¹³⁸

Bryde Andersen tager fat i en relevant problemstilling, idet det i U.2021.517H ses, at Højesteret tillægger EMD's retspraksis som et tungtvejende hensyn i afvejningen, hvorfor Højesteret direkte appellerer til lovgiver om at implementere europæisk ret direkte ind i dansk lovgivning.

3.3.5 Kan betalingselementet i ADL § 15 undgås?

*"Adoption kan 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"*¹³⁹

Det fremgår af ADL § 15, 1. pkt., at det afgørende for, hvorvidt en adoption kan gennemføres, er betalingselementet. Den der skal afgive samtykke til adoptionen, må hverken yde eller modtage vederlag. Betalingsforbuddet gælder uanset, at den som skal afgive samtykket bliver påvirket i sin beslutning grundet vederlaget.¹⁴⁰ Der er derved tale om et direkte forbud uden et skøn. En nærliggende problemstilling er således, hvorvidt et barnløst par, som ønsker at få et barn qua surrogati kan undgå værnsbestemmelsen i ADL § 15, 1. pkt.

Såfremt et barnløst samlevende par med adskilt økonomi beslutter sig for at indgå en kommerciel surrogataftale i udlandet, men hvor det alene er den sociale far, som indgår aftalen og herved betaler

¹³⁵ Bryde Andersen, Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som et retspolitisk problem, s. 82

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid., s. 87

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ ADL § 15, 1. pkt.

¹⁴⁰ Thalbitzer, Karnovs noter til adoptionsloven nr. 46

vederlaget, så er det interessant, hvorvidt den sociale mor kan undgå betalingselementet, og herunder få muligheden for at stedbarnsadoptere. Den sociale far vil ikke blive påvirket af at betale vederlaget, fordi den sociale far kan blive anført som genetisk far – uanset om han er det eller ej – hvorfor han bliver registreret som juridisk far. Den sociale mor kan herefter *muligvis* stedbarnsadoptere barnet, og vil *muligvis* kunne fravige samlivskravet efter principmeddelelse 6-21, såfremt parforholdet forinden surrogataftalen har været stabilt. ADL § 15 vil ikke kunne påberåbes, idet den tiltænkte moder ikke har ydet vederlag for surrogataftalen grundet den adskilte økonomi i familien.

Der er ikke noget retspraksis på området, som tilkendegiver om retten vil godkende en opdelt økonomi mellem de sociale forældre, sådan at det alene er den sociale far, som betaler for surrogataftalen. Disse overvejelser følger alene en direkte ordlydsfortolkning af ADL § 15, 1. pkt. Det er derfor uvist, hvordan domstolene vil fortolke en sådan opdeling af økonomien.

En anden problematik i hele betalingselementet er bevisførelsen. Det følger af ADL § 15, 2. pkt., at Familieretshuset kan afkræve enhver, som har kendskab til forholdene, alle oplysninger til brug for afklaringen af, om der er ydet eller modtaget vederlag. Afgivelse af urigtig erklæring er dog omfattet af straffelovens § 163.¹⁴¹ Det betyder i sin enkelthed, at Familieretshuset alene baserer vederlagsbetalingen fra de sociale forældres erklæringer – muligvis surrogatmorens erklæring og evt. den klinik som har formidlet surrogataftalen i udlandet. Der er derfor tale om svær bevisbyrde at løfte for Familieretshuset, idet betalingen vil afhænge af de sociale forældres udtalelser. Dette ses blandt andet også U 2021.517 H, hvor de sociale forældre ved et møde hos daværende Statsforvaltning udtalte, at de havde ydet et vederlag stort nok til, at surrogatmoren kunne købe en lejlighed. Uanset at de senere i forløbet forsøgte at trække udtalelsen tilbage og omformulere sig i forhold til betalingen, så blev dette lagt til grund som bevis for, at forældrene havde ydet betalingen. De sociale forældre havde derudover fået surrogatmoren til at indsende en erklæring om, at hun kun havde modtaget 200 euro pr. måned til at dække hendes rimelige udgifter i forhold til graviditeten.

3.3.6 Når den sociale mor er genetisk mor

En surrogataftale kan udformes på mange måder i henhold til æg- og sæddonation. Det betyder, at den sociale mor ligeledes kan have doneret sine egne æg til surrogatmoren, hvorved den sociale mor vil blive genetisk mor, men herunder stadig ikke juridisk mor efter BL § 30. Der opstår i denne

¹⁴¹ Ibid.

situation en teoretisk overvejelse i henhold til mulighederne for stedbarnsadoption og ADL § 3, hvoraf det af ordlyden fremgår: ”*Bevilling til adoption af eget barn kan ikke meddeles*”.

Det følger af ordlyden, at man ikke kan adoptere sit eget barn, hvilket betyder et forbud mod et barns genetiske forælder til at adoptere.¹⁴² Det følger af forarbejderne, at arvereglerne var begrænset for børn født uden for ægteskab i forhold til deres biologiske far. Man tillod derfor muligheden, at en fader kunne adoptere sit eget barn, som var kommet til uden for ægteskab, idet barnet født uden for ægteskab, ud fra dagældende regler, ikke havde samme retsstilling overfor faderen, som et barn født i ægteskab.¹⁴³ Formålet var således at forbedre barnets retsstilling igennem adoption. I 1937¹⁴⁴ fik børn født uden for ægteskab samme rettigheder som børn født i ægteskab, så fandt man ikke relevant at have bestemmelse, hvori man kunne adoptere sit eget barn, idet en sådan bestemmelse savnede mening i forhold til ADL § 2 om, at adoption skal være til barnets bedste. Af forarbejderne fremgår det, at grunden til at man ikke havde mulighed for at adoptere eget barn var grundet manglende forbedring af barnets retsstilling.

*”Det synes i overensstemmelse hermed at være et rigtigt princip, der har været gældende siden 1923-loven, at adoption ikke kan meddeles, når den ikke vil medføre nogen forbedring af barnets retsstilling i forhold til adoptanten.”*¹⁴⁵

Når ADL § 3 sætter en begrænsning for muligheden for at adoptere eget barn, så har det ifølge forarbejderne næppe været med surrogataftaler i tankerne, hvorfor man ikke entydigt kan sige, hvorvidt den sociale mor vil blive nægtet mulighed for at adoptere, såfremt hun er genetisk beslægtet med barnet. Ikke desto mindre så følger det af forarbejderne, at bestemmelsen netop er til fordi, at det ikke vil forbedre et barns retsstilling at blive adopteret af genetiske forælder efter en *barnets bedste* vurderingen i ADL § 2. Det vil efter udgangspunktet i adoptionsloven dog altid være til barnets bedste at have to forældre, hvorved det også vil være til barnets bedste at de facto forældrene har mulighed for at adoptere. Det følger af forarbejderne at reglen eksisterer, idet barnet ikke opnår en bedre retsstilling for barnet. Derved bør ADL § 3 ikke kunne afskære en genetisk mor muligheden for at stedbarnsadoptere i surrogataftaler, idet barnet netop vil opnå en bedre retsstilling ved adoption af den genetiske mor, så barnet reelt får de facto to forældre. Denne – teoretiske – problemstilling er

¹⁴² Social- og Indenrigsministeriet, (2016), *Forældreskab i Børneloven. En analyse af hvem der er barnets forældre* afs. 5.3.3

¹⁴³ KBET nr. 624 af 1971, bem. udkast til lov om adoption § 3

¹⁴⁴ Efter lov nr. 131 af 17. maj 1937 om børn født uden for ægteskab

¹⁴⁵ KBET nr. 624 af 1971, bem. udkast til lov om adoption § 3

ikke prøvet i praksis, hvorfor der næppe kan udledes et konkret svar på, hvordan domstolene vil benytte bestemmelsen på surrogataftaler, hvor den sociale mor også er genetisk beslægtet.

4 Forældremyndigheden

Forældremyndighedsindehaveren skal drage omsorg for barnet og træffe afgørelser omkring barnets personlige forhold ud fra barnets interesser og behov, jf. FAL § 2, stk. 1. Forældremyndighedsindehaveren har derfor omsorgspligt, hvorfor denne skal opdrage barnet og generelt sørge for at barnet har tøj, mad og andre nødvendigheder i dagligdagen.¹⁴⁶ Derudover kan indehaveren af forældremyndigheden træffe beslutninger vedrørende barnets dagligdag, herunder hvilket tøj barnet skal gå i, lomme penge, barnets sociale liv mm.¹⁴⁷ Forældre der er uden del i forældremyndigheden har derfor ikke mulighed for at handle på barnets vegne.¹⁴⁸ Forældrene kan enten have delt forældremyndighed, men den ene forældre kan også have eneforældremyndighed. Derudover er der også mulighed for at andre end de juridiske forældre kan have del i forældremyndigheden. I de følgende afsnit vil muligheden for anerkendelse af udenlandske forældremyndighedsafgørelser gennemgås. Derudover vil værnsbestemmelsen i FAL § 13, stk. 3 blive gennemgået for at klarlægge, hvilke intentioner lovgiver havde ved indførslen af denne regel. Slutteligt vil de sociale forældres muligheder for at få del i forældremyndigheden blive gennemgået, uanset at de har ydet vederlag for et barn født via en surrogataftale.

4.1 Kan en udenlandsk forældremyndighedsafgørelse anerkendes i Danmark?

Danmark har inkorporeret Haagerbørnebeskyttelseskonventionen, hvorfor denne gælder på lovsniveau her i Danmark.¹⁴⁹ Konventionen beskriver, hvordan konventionsstaterne skal anerkende udenlandske forældremyndighedsafgørelser. Formålet med konventionssamarbejdet er at sikre retssikkerheden for det barn og de forældremyndighedsindehavere, når forældremyndigheden er etableret i et land, men hvor barnet senere opholder eller flytter til et andet land.¹⁵⁰ Det betyder, at Danmark samarbejder med andre lande, som har tilsluttet sig Haagerbørnebeskyttelseskonventionen, hvorved udgangspunktet er, at det land, hvor barnet har bopæl, har kompetencen til at træffe afgørelse om forældremyndigheden over barnet, jf. Haagerbørnebeskyttelseskonventionens artikel 5. Såfremt

¹⁴⁶ Adolphsen & Røhl, 2020, *Børn i familie- og socialretten*, s. 26

¹⁴⁷ *Ibid.*, s. 27

¹⁴⁸ Nørgaard et. al, 2019, *Familieret*, s. 40

¹⁴⁹ BEK nr. 755 af 7. august 2019

¹⁵⁰ Vejl.nr. 9258, 2019, afs. 1.2

kompetencen ligger hos et land, som ikke har indgået i konventionssamarbejdet, så følger det af internationalt privatret, at forældremyndighedsafgørelserne anerkendes i Danmark på ulovbestemt grundlag, hvilket i praksis betyder, at de samme regler gør sig gældende, som ved indgåelse af konventionssamarbejdet: at barnet skal have bopæl i det land, hvori der træffes afgørelse om forældremyndighed over barnet, for at det kan anerkendes i Danmark.¹⁵¹

I kommercielle surrogataftaler foretaget i udlandet er normen typisk, at barnet bliver født i det land, hvor surrogatmoren bor. Udgangspunktet er således, at fødelandet har kompetencen til at fastsætte forældremyndigheden over barnet. Derfor vil mange danske par have en udenlandsk forældremyndighedsafgørelse, som de ønsker at få anerkendt i Danmark. Udgangspunktet er, at Danmark bør anerkende den forældremyndighedsafgørelse givet i en kontraherende stat¹⁵², jf. Haagbørnebeskyttelseskonventionen artikel 23, stk. 1. Det følger dog også, at artikel 23, stk. 2, litra d, at en stat ikke er forpligtet til at anerkende en forældremyndighedsafgørelse, såfremt det vil stride mod grundlæggende principper i den stat, som anmodningen rettes til, under hensyntagen til *barnets bedste*.¹⁵³ Dette er en ordre public-bestemmelse, som desuden også efterlever princippet om *barnets bedste*.¹⁵⁴ Det er de nationale myndigheder som hver især fastsætter, hvad der i den pågældende stat vil stride imod grundlæggende principper. Det er dog et snævert område, hvor det ikke er tilstrækkeligt, at reglerne er anderledes end de danske regler, men at reglerne vil føre til et modstridende resultat, som er klart i strid med de danske grundlæggende retsprincipper.¹⁵⁵ I Danmark er surrogatmoderskab ikke forbudt, men der er alligevel indsat værnsregler for så vidt angår forældremyndigheden for kommercielle surrogataftaler. Dette ses blandt andet i FAL § 13, stk. 3, hvor en overførsel af forældremyndigheden ikke er gyldig, såfremt der er ydet vederlag eller betaling for tabt arbejdsfortjeneste til forældremyndighedsindehaveren. Ankestyrelsen udtaler, at Danmark normalt vil være forpligtet til at anerkende udenlandske forældremyndighedsafgørelser, dog ikke hvis der er ydet vederlag for overførslen.¹⁵⁶

Postdoc. Frank Høgholm Pedersen skriver i sin artikel TFA 2019.99, at der ikke kan statueres ordre public i forældremyndighedsafgørelser fra udlandet, når de sociale forældre har ydet vederlag for

¹⁵¹ Vejl.nr. 9258, 2019, afs. 3.1

¹⁵² Samme gør sig gældende i en ikke-kontraherende stat efter internationalt privatret, jf. Vejl.nr. 9258, 2019, afs. 3.1

¹⁵³ Det tilsvarende gør sig gældende i en ikke-kontraherende stat efter internationalt privatret, jf. Vejl.nr. 9258, 2019, afs. 3.1

¹⁵⁴ TFA 2019.99, afs. 1

¹⁵⁵ KBET nr. 1467 af 2005, afs. 3.4.1.6

¹⁵⁶ Ankestyrelsen, 2014, *Surrogatmoderskab – en usikker affære*.

aftalen. Høgholm Pedersen lægger b.l.a. vægt på, at flere lande der indgår i konventionssamarbejdet, er ganske sammenlignelig med den danske kultur. Det betyder også, at de forældremyndighedsafgørelser som udstedes i lande som f.eks. USA og Ukraine¹⁵⁷ har samme retsvirkning som forældremyndighedsafgørelser i Danmark.¹⁵⁸ Dette forhold taler imod at Danmark kan påberåbe sig ordre public, når andre kulturelt lignende lande kan efterleve forældremyndighedsafgørelser fra andre stater. Der ligger et beskyttelseshensyn til baggrund for påberåbelsen af ordre public: Beskyttelsen af de kvinder, som kan blive udnyttet i surrogataftaler. Samtidig gælder der også et beskyttelseshensyn for børn generelt set for ikke at blive et handelsobjekt.¹⁵⁹ Høgholm Pedersen slutter sin artikel af med et sidste argument: Sammenligneligheden af forældremyndighedsafgørelsen, såfremt den er afgjort efter dansk ret. Såfremt en afgørelse i dansk ret vil falde til samme udfald som en udenlandsk forældremyndighedsafgørelse ville gøre, vil det tale imod brugen af ordre public, mener Høgholm Pedersen.

Derfor kan der ikke konkluderes entydigt, at Danmark har ret til at nægte at anerkende en udenlandsk afgørelse om forældremyndighed på baggrund af en kommerciel surrogataftale med henvisning til ordre public. Det kræver en særskilt nuanceret analyse af hvorvidt den pågældendes stats afgørelse vil føre til et modstridende resultat efter de danske regler. Der vil i de næste afsnit blive redegjort for mulighederne for de sociale forældre i at få del i forældremyndigheden over barnet født qua en kommerciel surrogataftale.

4.2 Vederlagsproblematikken i FAL § 13, stk. 3

Det følger af FAL § 13, stk. 3, at en aftale om overførsel af forældremyndigheden ikke er gyldig, såfremt den er indgået inden barnets fødsel eller at aftalen er tidsbegrænset, eller såfremt der er ydet vederlag eller tabt arbejdsfortjeneste til forældremyndighedsindehaveren. Der er ikke i bestemmelsen et godkendelseskrav eller et skøn om vurdering af *barnets bedste*, hvorfor der er i nedenstående afsnit, vil blive diskuteret, hvorvidt det har været lovgivers intention, at der ikke er et godkendelseskrav eller en vurdering af *barnets bedste* i bestemmelsen.

4.2.1 Godkendelseskravet

Det fremgår af både FAL § 10 og § 13, stk. 1, at forældre kan aftale at forældremyndigheden overføres til den anden forælder, og at dette forhold alene skal anmeldes til Familieretshuset. Der er derfor ikke

¹⁵⁷ Dette er to eksempler på lande, som et barnløst par i Danmark kunne benytte sig af ved en surrogataftale, idet kommercielle surrogataftaler i disse lande er lovlige.

¹⁵⁸ TFA 2019.99, afs. 4.2

¹⁵⁹ Ibid., afs. 4.3

længere et godkendelseskrav for sådanne aftaler. Det fremgår af forarbejderne til lovændringen i 2004, hvor godkendelseskravet blev afskaffet til fordel for et anmeldelseskrav, at der blev lagt vægt på, at forældrene var de nærmeste til at vurdere, hvad der er bedst for deres barn, og at det er forventes at handle derefter.¹⁶⁰ Det bemærkes herudover, at afskaffelsen af godkendelseskravet vil medføre, at myndighederne ikke har mulighed for at vurdere, hvorvidt aftalen strider i mod, hvad der antages at være bedst for barnet.¹⁶¹ Aftaler om overførsel af forældremyndigheden til andre end forældrene ønskes stadig godkendt. I forarbejderne er der således ikke omtalt kommercielle surrogataftaler, hvorfor det heller ikke umiddelbart fremgår, hvordan den sociale fars mulighed for at få tildelt den fulde forældremyndighed uden godkendelse bør fortolkes. FAL § 13, stk. 3 er en videreførelse af § 3, stk. 2 i bekendtgørelse nr. 146 om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær m.v., som er indsat af ordensmæssige hensyn i FAL i 2018.¹⁶² Det fremgår blandt andet i lovforarbejderne til adoptionsloven¹⁶³

”Det er endvidere justitsministeriets hensigt i forbindelse med vedtagelsen af disse regler i de administrative regler om behandlingen af forældremyndigheds- og adoptionssager at præcisere, at statsamtet ikke må godkende aftaler om overførelse af forældremyndighed eller bevilge adoption, hvis der ydes vederlag eller betaling for tabt arbejdsfortjeneste til forældremyndighedens indehaver.”¹⁶⁴

”Disse regler vil i det væsentlige få karakter af en præcisering af gældende ret. Justitsministeriet har således tidligere under debatten om surrogatmødre givet udtryk for, at det følger af almindelige forvaltningsretlige principper, at myndighederne ikke må medvirke til at bringe et barns familieretlige status i orden i forhold til den, der skal have barnet, såfremt der skal ydes vederlag for barnet. Dette gælder, hvad enten aftalen om vederlag for barnet er indgået, før barnet blev avlet eller flere år efter barnets fødsel. Ved aftaler om vederlag eller betaling for tabt arbejdsfortjeneste må myndighederne ikke medvirke til, at barnet får lovligt ophold hos det par eller den, der har »bestilt« barnet, f.eks. gennem pleje, tilladelse, ligesom ansøgning om overførelse af forældremyndigheden eller adoption skal afslås.”¹⁶⁵

Af lovbemærkningerne fremgår det således, at godkendelsesordningen, b.l.a. i forældremyndighedssager havde til hensigt at sikre, at de, som havde ydet vederlag for et barn, ikke fik mulighed for, at få forældremyndigheden over barnet. Der er ikke skelnet mellem, hvorvidt disse parter egentlig kunne være biologisk beslægtet med barnet.

¹⁶⁰ LFF nr. 179, 2004, alm. bem. afs. 3.1.2

¹⁶¹ Ibid., afs. 3.1.

¹⁶² Indsat i LOV nr. 1711 af 27. december 2018 om ændringer af forældreansvarsloven, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love

¹⁶³ LFF nr. 164, 1985-1986, bem. afs. 4.b

¹⁶⁴ Ibid., bem. afs. 4.a

¹⁶⁵ Ibid., bem. afs. 4.c

”Aftaler om »levering af et barn« mod vederlag forekommer derimod i strid med helt grundlæggende principper i vort samfund. Børn bør ikke kunne købes eller sælges, og dette gælder også de ufødte børn. Problemerne ved barnløshed bør ikke kunne udvikle sig til egentlige »handler« om et barn. Hertil kommer, at der ved aftaler mod vederlag er mulighed for, at den kvinde der vælger at ville føde et barn til en anden, ved valget af »forældre« til sit barn lader sig påvirke af, hvilken betaling der tilbydes for barnet, i højere grad end hensynet til, hvad der er bedst for barnet.”¹⁶⁶

Lovbemærkninger giver derfor udtryk for, at godkendelsesordningen b.l.a. var for at hindre muligheden for at realisere surrogatmoderskaber, da lovgivere lagde vægt på, at det ville være i strid med helt grundlæggende principper i det danske samfund, hvor man ikke ønskede at give mulighed for at lave mulige handler med børn.

I TFA 2017.76/1 hævder Høgholm Pedersen, at der bør ske en udvidet fortolkning af værnsbestemmelsen i FAL § 13, stk. 3¹⁶⁷, idet det fremgår af forarbejderne, at godkendelsesordningen var til for at hindre muligheden for at realisere surrogatmoderskaber. Høgholm Pedersen finder det da betænkeligt, at den sociale far og den sociale mor sammen har ydet compensation til en forældremyndighedsindehaver (surrogatmoren), som skal afgive sin forældremyndighed, men at den sociale far stadig får forældremyndigheden, selvom den sociale far reelt har ydet vederlag. Dette vil ikke efter FAL § 13, stk. 1 have betydning, idet overførslen ikke skal godkendes af Familieretshuset.¹⁶⁸

Forarbejderne støtter således Høgholm Pedersens synspunkt i, at fjernelsen af godkendelseskravet imellem forældrene må anses som en utilsigtet virkning i forhold til kommercielle surrogatmoderskab, idet hensigten med godkendelseskravet b.l.a. var at hindre, at handler med børn kunne realiseres.

4.2.2 Barnets bedste i FAL § 13, stk. 3

Det følger ikke af ordlyden af FAL § 13, stk. 3. 2. pkt., at der skal tillægges særligt hensyn til *barnets bedste* på trods af, at de sociale forældre har erlagt et vederlag til forældremyndighedsindehaveren.

I den tidligere myndighedslov inden lovændringen i 1985¹⁶⁹, så hed den forhenværende bestemmelse:

¹⁶⁶ Ibid., bem. afs. 4.b

¹⁶⁷ Den tidligere § 3, stk. 2 i BEK nr. 1258 af 7. december 2006

¹⁶⁸ TFA 2017.76/1, afs. 3

¹⁶⁹ LOV nr. 230 af 1985-06-06 nr. 230 om ændring af myndighedsloven m.v.

”§ 30. Overførelse af forældremyndighed til andre end en offentlig myndighed eller en af de med offentlig anerkendelse virkende foreninger for børneforsorg kan kun ske med overøvrighedens godkendelse, som alene må meddeles, når det må antages at være til barnets tarv. Ydes der vederlag ved overførelsen af forældremyndigheden, bør overøvrighedens godkendelse i reglen kun meddeles på betingelse af, at vederlaget helt eller delvis sikres anvendt til bedste for barnet.”¹⁷⁰

Dette blev ændret til:

”§ 13. Forældremyndigheden kan ved aftale godkendt af statsamtet overføres til den af forældrene, der ikke har forældremyndigheden, eller til andre. Aftalen godkendes, medmindre den strider mod, hvad der er bedst for barnet. Forældremyndigheden kan tillægges et ægtepar i forening, herunder den ene af forældrene og dennes ægtefælle”¹⁷¹

Dette betød hermed, at vederlagsdelen af bestemmelsen blev udeladt i den nye bestemmelse. I betænkningen¹⁷² blev følgende fremhævet:

”Ydes vederlag i forbindelse med overførelsen af forældremyndigheden, bør statsamtet som hidtil kun meddele godkendelse på betingelse af, at vederlaget helt eller delvis anvendes til bedste for barnet. Dette fremgår direkte af den gældende lovs § 30, stk. 1, 2. pkt. Det er ikke fundet nødvendigt at optage bestemmelse herom i lovtæksten, da spørgsmålet er uden praktisk betydning. De biologiske forældres pligt til at forsørge barnet berøres ikke af en overførelse af forældremyndigheden.”¹⁷³

Lovgiver havde oprindeligt lagt vægt på, at såfremt der var givet vederlag til for overførslen af forældremyndigheden, så måtte man sikre, at dette vederlag var anvendt til det bedste for barnet. Der var derfor et skøn af *barnets bedste* i bestemmelsen. Lovgiver ændrede herefter lovgivningen, idet man ikke mente, at bestemmelsen havde en praktisk betydning, hvorfor vederlagsbestemmelsen ikke blev indsat i den dagældende myndighedslovs § 13.

4.2.3 Lovgivers intention?

Det fremkommer, som tidligere nævnt, i afsnit 4.2.1, at forældrene bør være de nærmeste til at vide, hvad der er bedst for barnet, hvorfor godkendelseskravet er afskaffet forældrene imellem.¹⁷⁴ Det følger desuden af FAL § 4, at alle beslutninger vedrørende et barn skal tages under hensyn til *barnets bedste*. Derved bør man ved en afgørelse omkring barnet også lægge vægt på *barnets bedste* i den konkrete situation, og ikke alene det faktum at de sociale forældre forinden barnets fødsel har ydet

¹⁷⁰ LFF nr. 24, 1984, bilag 1. myndighedsloven

¹⁷¹ LOV nr. 230 af 1985-06-06 nr. 230 om ændring af myndighedsloven m.v. § 13

¹⁷² KBET nr. 985 af 1983

¹⁷³ KBET nr. 985 af 1983, bem. § 13, afs. 7

¹⁷⁴ Krone Christensen, (2020) *Forældreansvarsloven med kommentarer*, s. 224

vederlag for barnets tilkommen. Det kan forekomme utilsigtet, at den sociale far i kommercielle surrogatarrangementer kan få mulighed for at få forældremyndigheden, når han reelt har ydet betaling til surrogatmoren, hvorfor forarbejderne næppe kommer til sin ret, når formålet var at mindske de sociale forældres mulighed for at realisere kommercielle surrogataftaler.

Det fremgår af afsnit 4.2.2, at der i forældremyndighedsbekendtgørelsen ikke blev tillagt en *barnets bedste* tilgang, som der ellers tidligere havde været til stede i myndighedslovens § 30. FAL § 13, stk. 3, 2. pkt. indeholder derfor en absolut begrænsning af overdragelse af forældremyndigheden, såfremt der er ydet vederlag eller betaling for tabt arbejdsfortjeneste. Den kan derfor i sammenhæng ses mod det absolutte forbud i nugældende ADL § 15 om adoption ved ydet vederlag eller tabt arbejdsfortjeneste til en person, som skal afgive samtykke til adoptionen. Det er derfor interessant, hvorvidt en manglende *barnets bedste* vurdering har været tilsigtet i den nugældende FAL § 13, stk. 3, 2. pkt., idet den i tidligere lov har haft en sådan vurdering, men af praktiske årsager er udeladt af den dagældende myndighedslov. Idet har vederlagsbestemmelsen stor praktisk betydning i dagens Danmark i forhold til surrogatarrangementer, som formentlig vil blive mere og mere udbredt.

4.3 Den sociale fars mulighed for at få del i forældremyndigheden

Der er fri aftalefrihed mellem forældre, hvorfor forældrene kan aftale, hvis den ene forælder skal have forældremyndigheden alene over barnet, jf. FAL § 10. Derudover er det også muligt at tildele andre end forældre del i forældremyndigheden, jf. FAL § 13, stk. 2.

Forældreansvarslovens regler kan også benyttes i kommercielle surrogataftaler. Det følger af FAL § 7, stk. 1, at der vil være fælles forældremyndighed mellem surrogatmoren og den juridiske far. Idet den sociale far netop er registret som barnets juridiske far efter BL § 3 og § 14 eller BL § 2 om angivelse af den juridiske far igennem omsorgs- og ansvarserklæring, jf. afsnit 3.1, så vil den sociale far få del i forældremyndigheden. Efterfølgende kan den juridiske far og surrogatmoren aftale, at den juridiske far alene skal have forældremyndigheden efter FAL § 10. Derved behøver den juridiske far ikke søge yderligere tilladelse eller godkendelse igennem Familieretshuset. Det følger derfor at FAL § 10, 2. pkt., at anmeldelsen nu kan ske til Familieretshuset, hvorved man som udgangspunktet kan anmelde dette digitalt.

Det betyder derfor, at uanset at den sociale far har ydet et vederlag til surrogatmoren, så ændrer det ikke hans muligheder for at få del i forældremyndigheden, såfremt han er registreret som juridisk forælder efter børnelovens bestemmelser.

4.4 Forældremyndighed til den sociale mor, når familien fortsat er sammen.

Det er forventeligt at et par, som har fået barn qua et surrogatarrangement, begge ønsker del i forældremyndigheden.¹⁷⁵ Såfremt den sociale mor ikke er juridisk forælder, men stadig ønsker del i forældremyndigheden, så er der mulighed for overførslen af en del af forældremyndigheden til denne med Familieretshusets godkendelse, jf. FAL § 13, stk. 2. Som tidligere beskrevet i afsnit 4.2, så er overførslen af forældremyndigheden efter FAL § 13, stk. 2 dog ikke gyldig, såfremt den er indgået inden barnets fødsel, hvis denne er tidsbegrænset eller hvis der er ydet vederlag eller betaling for tabt arbejdsfortjeneste til forældremyndighedsindehaveren, jf. FAL § 13, stk. 3. Det bør derfor sondres mellem at give den sociale mor forældremyndigheden direkte fra surrogatmoderen end fra den juridiske far.

4.4.1 Forældremyndighed fra surrogatmor direkte til den sociale mor

Såfremt forældremyndigheden leveres direkte fra surrogatmoderen til den sociale mor, så vil den sociale mor have deltaget aktivt i den kommercielle surrogataftale ved at have ydet vederlag til surrogatmoderen. Derfor vil forbuddet i FAL § 13, stk. 3 være gældende, hvorfor en overførsel af forældremyndigheden fra surrogatmoderen til den sociale mor ikke vil være gyldig.

4.4.2 Forældremyndighed fra juridisk far til den sociale mor

Såfremt den juridiske far har fået tildelt den fulde forældremyndighed igennem aftale med surrogatmoderen, så vil faderen alene være berettiget til at aftale med en ny part, herunder dennes ægtefælle/samlever, at denne kan få del i forældremyndigheden, jf. FAL § 13, stk. 2. Efter en ordlydsfortolkning af § 13, stk. 3, er det klart, at den som ønsker del i forældremyndigheden skal have ydet vederlag til forældremyndighedsindehaveren. Idet surrogatmoderen ikke længere har del i forældremyndigheden, og den sociale mor ikke har ydet vederlag til dennes ægtefælle/samlever – altså den juridiske far – så vil overførslen af forældremyndigheden ikke være hindret af FAL § 13, stk. 3, selvom der har været tale om en kommerciel surrogataftale, hvor den sociale mor har ydet et vederlag.¹⁷⁶

Det er en betingelse efter FAL § 36, stk. 1, at der skal afhentes en erklæring fra den forælder, som ikke har del i forældremyndigheden – altså surrogatmoderen. Dog findes der en undtagelse i FAL § 36, stk. 3, hvori det fremgår at erklæringen kan undlades hentet, såfremt det antages at være til skade for

¹⁷⁵ TFA 2017.76/1, afs. 2.4

¹⁷⁶ TFA 2017.76/1, afs. 2.4

barnet eller vil medføre uforholdsmæssige forsinkelse af sagen. Det er Familieretshuset, som har kompetencen til at vurdere, hvorvidt erklæringen kan undlades.

Indhentelsen af erklæringen følger de samme principper som efter ADL § 13¹⁷⁷, som beskrevet i afsnit 3.3.2. Det fremgår af bekendtgørelse om forældremyndighed og samvær mv. § 2, stk. 1 og 4¹⁷⁸, at der skal afholdes et møde mellem den forælder, som ønsker af give forældremyndigheden til en anden end forælderen. Et sådant møde kan tidligst afholdes tre måneder efter barnets fødsel, hvorfor den sociale mor først kan få del i forældremyndigheden, når barnet er tre måneder gammelt.

Det betyder således, at den sociale mor har mulighed for, med accept og samarbejde fra den sociale far, at få del i forældremyndigheden efter FAL § 13, stk. 2, når barnet er mindst tre måneder gammelt.

5 Når familien opløses

Som det fremgår af Højesteretsdommen U 2021.517, så nægtes stedbarnsadoptionen blandt andet med den begrundelse at børnenes faktiske tilstand forbliver den samme. Højesteretsdommen giver derfor ikke et billede af, hvordan børnene og familien stilles, såfremt familien opløses, herunder igennem samlivsophævelse/skilsmissе eller dødsfald. Der vil i dette kapitel blive gennemgået det juridiske forældreskab, forældremyndigheden og arverettighederne, når de forskellige parter i arrangementet går fra hinanden eller dør.

5.1 ”Forælder” eller ”forældremyndighedsindehaver”

I forældreansvarsloven er der både benyttet begrebet ”forælder” og ”forældremyndighedsindehaver” – der foreligger derfor en forskel på begreberne. Dette findes særligt relevant i kommercielle surrogatarrangementer, hvor f.eks. den sociale mor ikke bliver juridisk mor, men måske alene forældremyndighedsindehaver. Der vil derfor først og fremmest forsøges analyseret og diskuteret, hvorvidt der i forældreansvarsloven kan ske en analog fortolkning af begrebet ”forælder”. Fra retspraksis findes en dom på området: TFA 2013.750 Ø.

Dommen omhandlede et barnløst par, som havde haft et fælles samliv i 13 år forinden og de seneste 7-8 år havde forsøgt at få børn. Parret var ikke i stand til at få børn, hvorfor de tog til Indien, hvor de indgik en surrogataftale med en surrogatmor. Den sociale fars sæd blev brugt, hvorfor den sociale far også blev biologisk beslægtet og herved også juridisk far til barnet. Det barnløse par havde forinden

¹⁷⁷ Krone Christensen, (2020) *Forældreansvarsloven med kommentarer*, s. 707

¹⁷⁸ KBET nr. 1259 af 2006

barnets fødsel ophævet deres samliv, men blev enige om at de sammen skulle hente barnet i Indien. Den sociale mor havde dog brugt væsentlig længere tid med barnet i Indien alene inden de kunne rejse tilbage til Danmark. Surrogatmoderen overdrog forældremyndigheden til den juridiske far og den sociale mor i fællesskab igennem de indiske myndigheder. Parret aftalte, at den sociale mor fik bopælsretten over barnet og at de desuden havde en 7-7 samværsordning. Den sociale mor havde desuden fået afslag på stedbarnsadoption. Den juridiske far ønskede efter samlivsophøret ikke længere, at den sociale mor skulle adoptere barnet. Barnets opholdstilladelse var betinget af, at barnet boede sammen med den juridiske far.

Den sociale mor ønskede at flytte til Lolland-Falster fra Midtjylland, hvorfor den juridiske far ønskede bopælsretten over barnet, idet han var juridisk far og den sociale mor alene var forældremyndighedsindehaver. Den juridiske far mente ikke, at bopælsretten kunne afgøres efter FAL § 17, idet ordlyden angiver, at det alene er ”forældre”¹⁷⁹ med fælles forældremyndighed, som retten kan træffe bopælsafgørelse om. Idet den sociale mor alene var forældremyndighedsindehaver efter FAL § 13, stk. 2 og hermed ikke i lovens forstand juridisk forælder til barnet, så mente byretten ikke, at FAL § 17 kunne anvendes og ej heller en analog fortolkning af bestemmelsen.

Den sociale mor ankede sagen til Landsretten med begrundelse af, at en analog fortolkning af FAL § 17 burde finde sted, idet den sociale mor har del i forældremyndigheden og hermed også de rettigheder og pligter som følger af at være forælder i forældreansvarslovens forstand. Samtidig fungerer den sociale mor som de facto mor for barnet, hvorfor den sociale mor påberåbte sig EMRK art. 8 om beskyttelse af barnets interesser ved afgørelser om familieliv. Den sociale mor oplyser, at hun er barnets primære omsorgsperson og har været det siden fødslen. Derfor ønskes bopælen forblivende hos den sociale mor i hensynet til barnets bedste.

Den juridiske far har yderligere angivet, at den sociale mor ikke kan blive juridisk mor til barnet, idet hun ikke kan adoptere det, da han ikke vil afgive sit samtykke hertil. Den juridiske far angav igen i Landsretten, at FAL § 17 ikke kunne anvendes, idet det efter ordlyden alene var forældre – og ikke forældremyndighedsindehavere, hvori bopælsbeslutningen kunne træffes overfor. Den juridiske far fremhæver yderligere, at der i forældreansvarsloven flere steder skelnes mellem begrebet ”forældre” og ”forældremyndighedsindehavere”, hvorfor der også efter FAL § 17 må skelnes.

¹⁷⁹ FAL § 17, stk. 1, 1. pkt.: ”Har *forældre* fælles forældremyndighed, og er de ikke enige om, hos hvem af dem barnet skal have bopæl, kan der træffes afgørelse herom.”

Landsretten fandt, at det følger af FAL § 4, at alle beslutninger, som vedrører et barn, må træffes ud fra, hvad der er bedst for det pågældende barn. Landsretten henviser herudover også til Børnekonventionens artikel 3, som FAL § 4 bygger på, angiver netop, at barnets bedste skal gennemsyre hele lovgivningen, og at barnets bedste skal komme i første række – men ikke nødvendigvis være det eneste kriterium ved konkrete afgørelser. Landsretten mente herunder, at beslutninger vedrørende barnets bopæl bør afgøres ud fra, hvad der er til barnets bedste. Landsretten mener således yderligere, at uanset at ordet ”forældremyndighedsindehaver” ikke fremgår af ordlyden af FAL § 17, så må bopælsafgørelsen i denne situation alligevel afgøres efter FAL § 17. Landsretten ligger herunder vægt på, at den sociale mor både inden og efter fødslen har fungeret som de facto mor for barnet, og at dette er sket med den juridiske fars accept og surrogatmorens accept, hvorfor en analog fortolkning af FAL § 17 må finde anvendelse.

Den sociale mor får derved lov til at få bopælsretten over barnet, idet hun anses som barnets primære omsorgsperson. Det interessante ved dommen er dog, at den sociale mor, som ikke er biologisk beslægtet med barnet, får lov til at blive anerkendt som ”forælder” i forældreansvarslovens forstand uanset at hun reelt kun var forældremyndighedsindehaver. Denne dom kan muligvis åbne op for flere muligheder for, at forældreansvarslovens begreber kan anvendes analogt i forhold til at tilpasse forskellige familiekonstellationer, herunder familier baseret på surrogataftaler.

5.2 Det juridiske forældreskab til den sociale mor ved skilsmisse og død

I situationer, hvor den sociale mor ikke tidligere har opnået juridisk forældreskab forinden familien opløses, enten ved skilsmisse/samlivsophør eller død, så vil den juridiske problemstilling være, hvorvidt den sociale mor efter endt samliv stadig kan stedbarnsadoptere barnet og herved opnå juridisk forældreskab.

Når et par har indgået en kommerciel surrogataftale i udlandet, og den sociale mor ønsker at stedbarnsadoptere surrogatbarnet, men hun har afgivet vederlag, så får den sociale mor ikke lov til at stedbarnsadoptere barnet grundet det givne vederlag efter ADL § 15 og U. 2021.517 H.

Efter de almindelige regler om stedbarnsadoption, så kan stedbarnsadoption godt foretages af en tidligere samlever/ægtefælles barn, jf. ADL § 5 a, stk. 2. Dette betyder, at der ikke kræves et samtykke fra forældrene, som der f.eks. gøres efter ADL § 7. Det kan dog først lade sig gøre, når barnet er myndigt og selv ønsker at blive adopteret. De almindelige betingelser for stedbarnsadoption skal

stadig være opfyldt – herunder opfostringskravet, hvilket betyder at barnet og den sociale mor skal have mulighed for at bo sammen i 3 år inden barnet er fyldt 18 år.¹⁸⁰ Dog kan opfostringskravet lempes og i sidste ende afviges, hvis der er en anden særlig grund til adoption. Det er dog kun i begrænset tilfælde, at der vil tillades adoption uden der overhovedet har været en opfostringstid.¹⁸¹

Det betyder derfor i tilfælde af skilsmisse/samlivsophør mellem den juridiske far og sociale mor, så vil stedbarnsadoption ikke finde sted før barnet er myndigt.¹⁸² Den sociale mor er derfor, uanset det erlagte vederlag, efter ADL § 15 udelukket fra at blive juridiske forældre før barnet er myndigt og selv ønsker at blive adopteret efter ADL § 5 a.

Det kan derfor virke undrende, at Højesteret i dommen U.2021.517 H nægter den sociale mor stedbarnsadoption med blandt andet den begrundelse, at børnenes forhold ikke ændres, idet familien bliver sammen og forholdene for børnenes hverdag er den samme. Det kunne hermed samtidig tyde på, at Højesteret mener, at der kunne foreligge en mulighed for stedbarnsadoption, såfremt familiens forhold ændres – herunder igennem den juridiske fars dødsfald eller skilsmisse/samlivsophør. Det følger ikke af de øvrige regler i adoptionsloven, at dette er muligt – såfremt der er erlagt et vederlag. Det kan dog betyde, at Højesteret vil tillægge barnets bedste en særlig værdi i tilfælde af, at børnenes forhold ændrede sig – herunder f.eks. igennem den juridiske fars død eller de sociale forældres skilsmisse, hvorefter den sociale mor muligvis vil være den eneste med tilknytning til barnet. Der er dog ikke eksempler på dette i retspraksis, så der kan derfor kun gisnes om, hvordan Højesteret vil fortolke barnets bedste i forhold til ændrede forhold i kommercielle surrogatarrangementer i tilfælde af at familien måske i flere år havde været sammen – men efter en del år går fra hinanden eller der er dødsfald.

5.3 Forældremyndigheden til den sociale mor

Der kan opstå forskellige problemstillinger vedrørende den sociale mors ret til at have del i forældremyndigheden afhængig af, hvorvidt den sociale mor havde del i forældremyndigheden forinden skilsmissen/samlivsophøret eller den juridiske fars død. Der vil i dette afsnit blive redegjort for den sociale mors retstilling i forskellige scenarier – hvor den sociale mor ikke er juridisk anerkendt mor for barnet født qua surrogataftale.

¹⁸⁰ Vejl.nr. 9401, 2020, afs. 4.3

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Normalt når barnet er 18 år – medmindre barnet f.eks. har giftet sig forinden.

5.3.1 Den sociale mor har ikke haft del i forældremyndigheden inden skilsmisse / samlivsophøret

Såfremt den sociale mor ikke havde fået del i forældremyndigheden forinden familiens opløsning, så har den sociale mor mulighed for at få del i forældremyndigheden i samarbejde med den juridiske far ved at aftale dette, jf. FAL § 13, stk. 2, 3. pkt. Denne løsning kræver således, at den sociale mor og juridiske far har et godt samarbejde efter skilsmissen eller samlivsophøret. Den sociale mor har ikke mulighed for at få del i forældremyndigheden igennem surrogatmoren, idet den sociale mor har ydet vederlag til surrogatmoren. jf. 4.2.

Såfremt de sociale forældre ikke kan samarbejde efter endt samliv og den ene forælder ikke har del i forældremyndigheden, så kan denne anmode om, at Familieretshuset træffer afgørelse omkring fordelingen af forældremyndigheden over barnet, jf. FAL § 14. Efter ordlyden af § 14 er det alene forældremyndigheden mellem forældre, som Familieretshuset kan træffe afgørelse om.

Det fremgår af vejledning om forældremyndighed¹⁸³, at når Familieretten skal afgøre, hvorvidt der skal etableres fælles forældremyndighed, så vil det afgørende for rettens vurdering være, hvad der er bedst for barnet, jf. FAL § 4. Der lægges ligeledes vægt på, at det fremgår af FAL § 1, at hensynet til barnets bedste og barnets trivsel og beskyttelse kommer i første række.¹⁸⁴ Retten vurderer barnets bedste ud fra barnets relation til den forælder, som ikke har del i forældremyndigheden og barnets samlede situation.¹⁸⁵

Dette kunne derfor tyde på, at der lægges de samme præmisser til grund, som Landsretten lagde til grund i TFA 2013.750 Ø under behandlingen af bopælen for et barn født qua surrogataftaler, hvorfor det kunne være nærliggende at samme analogi fandt sted ved afgørelser om forældremyndigheden over et barn født efter indgåelse af en surrogataftale. Der findes ikke retspraksis på området, hvorfor der næppe kan opstilles klar formodning for, at domstolene vil benytte samme analogi fortolkning i henhold til FAL § 14 som FAL § 17 i dommen TFA 2013.750 Ø.

5.3.2 Den sociale mor har haft del i forældremyndigheden inden skilsmisse / samlivsophøret

Der kan være situationer, hvor den sociale mor og juridiske far har haft et fælles samliv, og den sociale mor har haft del i den fælles forældremyndighed f.eks. igennem FAL § 13, stk. 2, men hvor

¹⁸³ Vejl.nr. 10064, 2020

¹⁸⁴ Ibid., afs. 3.2.1.3

¹⁸⁵ Ibid.

familien efter en årrække opløses pga. samlivsophør/skilsmisses. Det er her interessant, hvorvidt den sociale mor har mulighed for at beholde den fælles forældremyndighed, selvom hun ikke er biologisk beslægtet med barnet født igennem et kommercielt surrogatarrangement.

Det følger af FAL § 11, at hvis forældre har fælles forældremyndighed, ikke lever sammen og ikke er enige om forældremyndigheden, så kan der træffes afgørelse om, hvorvidt der fortsat skal være fælles forældremyndighed, eller om den ene forælder skal have forældremyndigheden alene. Det følger af ordlyden af § 11, at det alene er ”forældre” som bestemmelsen finder anvendelse overfor. Forarbejderne beskriver:

”§ 11, der efter sin ordlyd kun gælder for forældre, må anvendes analogt i tilfælde af skilsmisses mellem ægtefæller, der ikke er barnets forældre. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvor forældremyndigheden er overført ved en godkendt aftale efter udkastets § 13 eller efter forældremyndighedsindehaverens død, jfr. udkastets § 15.”¹⁸⁶

Der er ikke i senere lovforarbejder taget afstand fra dette synspunkt, hvorfor dette fortsat må anses for gældende. Det betyder således, at hvis forældremyndigheden er overført til et par eller ægtepar i forening efter f.eks. FAL § 13, stk. 2, så vil § 11 finde anvendelse analogt.¹⁸⁷ Derudover vil bestemmelsen også finde analogt anvendelse, såfremt den ene forælder og en forældremyndighedsindehaver har aftalt at have fælles forældremyndighed efter FAL § 13, stk. 2, 3. pkt.¹⁸⁸

Dermed vil der i situationer, hvor den sociale mor og juridiske far har indgået en kommerciel surrogataftale, være mulighed for, at Familieretten kan træffe afgørelse om, hvorvidt den fælles forældremyndighed skal forblive fælles eller fratages den ene de facto forælder, idet FAL § 11 vil finde analog anvendelse. Det fremgår af ordlyden af FAL § 11, at ophævelsen af den fælles forældremyndighed kun kan ske, hvis der er holdepunkter for at antage, at forældrene ikke kan samarbejde om barnets forhold til *barnets bedste*.¹⁸⁹ Det må derfor antages, at det ikke vil være til ulempe for den sociale mor, at hun ikke er juridiske mor, idet hun betragtes som ”forælder” efter FAL § 11 og hermed bedømmes efter bestemmelsen på lige fod som en anden forælder. *Barnets bedste* vil være i fokus, når Familieretten afgør, hvem og hvordan forældremyndigheden skal tildeles til enten

¹⁸⁶ KBET nr. 985 af 1983, bem. § 11, afs. 6

¹⁸⁷ Krone Christensen, 2020, *Forældreansvarsloven med kommentarer*, s. 194-195

¹⁸⁸ *Ibid.*, s. 195

¹⁸⁹ FAL § 11, 2. pkt. og herudover også FAL § 4 om barnets bedste i alle afgørelser som vedrører barnet i forældreansvarslovens forstand.

den sociale mor eller den juridiske far i de tilfælde, hvor den sociale mor tidligere har haft del i forældremyndigheden – f.eks. over en længere årrække inden familien opløses.

5.3.3 Den sociale mor har del i forældremyndigheden inden den juridiske fars dødsfald

Problemstillingen angår, hvorvidt den sociale mor kan beholde forældremyndigheden, i den situation, hvor den sociale mor har haft del i forældremyndigheden, men hvor den juridiske far dør.

FAL § 15, stk. 1 og 2 omhandler situationer, hvor der er fælles forældremyndighed mellem forældrene og den ene forælder dør. Det fremgår af ordlyden, at der skal være tale om ”forældre”, men i samme omfang som i FAL § 11 vil der ske en analog anvendelse af begrebet i FAL § 15, i de tilfælde hvor forældremyndigheden er overført til andre end til forældrene.¹⁹⁰ Det betyder, at hvis der var fælles samliv mellem den sociale mor og den juridiske far ved dødsfaldet, så vil det efter en analog anvendelse af begrebet ”forældre” betyde, at den sociale mor vil få den fulde forældremyndighed alene over barnet, jf. FAL § 15, stk. 1.

Såfremt familien allerede havde opløst samlivet, men hvor den sociale mor stadig havde del i forældremyndigheden over barnet, hvorefter faren så dør, så har det betydning, hvorvidt barnet boede ved den sociale mor eller ej, idet andre ville kunne søge forældremyndigheden over barnet, jf. FAL § 15, stk. 2. Såfremt en anden søger om forældremyndigheden, vil der skulle træffes afgørelse herom, hvor denne vil blive truffet ud fra, hvad der er bedst for barnet, jf. FAL §§ 1 og 4.

Den sociale fader kan også igennem FAL § 16 skrive et såkaldt børnetestamente, hvori han tilkendegiver, hvem forældremyndigheden bør overdrages til i tilfælde af hans død. Børnetestamentet er dog blot en vejledende henstilling, som ikke forpligter Familieretten, idet der stadig skal laves en bedømmelse om, hvorvidt det vil være til barnets bedste.¹⁹¹

5.3.4 Den sociale mor har ikke haft del i forældremyndigheden inden juridisk fars dødsfald

Der kan opstå situationer, hvor den sociale mor ikke får del i forældremyndigheden forinden den juridiske fars død. Det kan f.eks. være, hvis den juridiske far dør uventet, inden forældremyndigheden er forsøgt overgivet til den sociale mor.

¹⁹⁰ KBET nr. 985 af 1983, bem. § 12, afs. 4 og bem. § 15, afs. 12 og afsnit 5.3.2

¹⁹¹ Krone Christensen, 2020, *Forældreansvarsloven med kommentarer*, s. 321

FAL § 15, stk. 3 omhandler den situation, hvor et barn efterlades uden en forældremyndighedsindehaver. Det vil i en kommerciel surrogatsituation være, hvor den juridiske far har den fulde forældremyndighed og f.eks. ikke har overgivet en del af forældremyndigheden inden sin død. Ordlyden af bestemmelsen angiver at forældre og andre kan anmode om forældremyndigheden, hvilket betyder, at den sociale mor allerede kan ansøge om forældremyndigheden over barnet direkte efter ordlyden i FAL § 15, stk. 3.

5.3.5 Surrogatmorens ret til at få forældremyndigheden

En anden væsentlig problemstilling foreligger, idet surrogatmoren efter dansk lovgivning vil være den juridiske mor, idet hun fødte barnet, jf. børnelovens § 30. Det betyder således, at uanset om surrogatmoren har fået et vederlag eller ej, så vil hun have rettigheder som juridisk forælder efter forældreansvarsloven. Det betyder herunder også, at hun til enhver tid vil kunne anmode retten om at træffe afgørelse om fælles forældremyndighed eller forældremyndigheden alene.¹⁹² Det må hermed bemærkes, at et barn alene kan have to forældre og hermed alene også to forældremyndighedsindehavere. Dette kan derfor have betydning i forhold til den sociale mors muligheder for at få del i forældremyndigheden, såfremt surrogatmoren anmoder om fælles forældremyndighed. Det vil altid være op til en konkret vurdering i forhold til barnets bedste, hvem der får tildelt forældremyndigheden.

5.4 Arverettigheder

Arveloven blev vedtaget i 1963 og fik en stor revidering i 2008, hvor der især blev lagt vægt på de tiltagende nye familiemønstre. Der var her tale om flere sammenbragte familier, ugifte samlevende mm.¹⁹³ Disse nye familiemønstre gjorde det nødvendigt for en revidering af arveloven, således at man kunne forbedre den arveretlige stilling for f.eks. ugifte samlevende.¹⁹⁴ I 2021 er flere og flere familiekonstellationer kommet til, hvorved man i dag anerkender ikke færre end 37 forskellige familieformer.¹⁹⁵ Det er derfor interessant at belyse, hvorvidt en familiekonstellation, baseret på en kommerciel surrogataftale, kan navigere rundt i arverettens bestemmelser og tilgodese hinanden på lige fod som både kernefamilien, sammenbragte familier mm. Uanset hvilken familiekonstellation

¹⁹² TFA 2017.76/1, afs. 5

¹⁹³ KBET nr. 1473 af 2006, indledende kapitel 1.

¹⁹⁴ Ibid., udvalgets overvejelser, afs. 3.1.1

¹⁹⁵ Mehlsen & Andersen, 2019, *Familien under forandring*

der er tale om, så vil dødsfald opstå. I det følgende vil der beskrives de udfordringer, som foreligger, såfremt den sociale mor, surrogatmoren og barnet afgår ved døden¹⁹⁶.

5.4.1 Den sociale mor dør uden at have juridisk forældreskab

Der vil opstå en juridisk problemstilling i forhold til barnets arveret, idet barnet ikke er juridisk barn af den sociale mor og derfor ikke en livsarving i arvelovens forstand. Højesteret begrundet blandt andet afslaget på stedbarnsadoption til den sociale mor i henhold til de arveretlige konsekvenser, at den sociale mor vil kunne imødekomme disse problemstillinger igennem et testamente. Der vil i nedenstående afsnit beskrives, hvilke områder den sociale mor skal være opmærksom på, såfremt hun vil tilgodese barnet født igennem en surrogataftale mest muligt.

5.4.1.1 Hvis social mor er gift med juridisk far

Den sociale mor vil i denne situation komme til at stå uden en anden livsarving end den juridiske far. Det vil næppe være problematisk, at barnet ikke har del i arven rent praktisk, idet den juridiske far ville arve hele boet, og såfremt han ikke giftede sig på ny, så ville barnet arve efter farens død. Det ville derfor i samme omfang føles som, hvis faren havde siddet i uskiftet bo.

Den sociale mor kan dog stadig skrive testamente, hvori hun kan testere sin friarven til barnet. Det vil almindeligvis ikke være et problem for barnet at sidde i uskiftet bo med den sociale mors ægtefælle – altså den juridiske far – idet barnet vil kunne arve efter faren.

5.4.1.2 Hvis social mor er skilt fra juridisk far

I situationen hvor den sociale mor og den juridiske far er blevet skilt, men hvor den sociale mor ikke har giftet sig på ny og ikke efterlader sig nogle livsarvinger, så vil det ikke være et problem for den juridiske mor at oprette et testamente, hvori hun kan testere hele boet til barnet både kvalitativt og kvantitativt.¹⁹⁷

5.4.1.3 Den sociale mor skilles fra juridisk far, gifter sig på ny, men dør herefter

Såfremt den sociale mor f.eks. er blevet skilt fra den juridiske far, men gifter sig på ny og herefter dør, skal den sociale mor oprette et testamente for at kunne begunstige barnet, idet barnet ikke er juridisk beslægtet til den sociale mor.

¹⁹⁶ Den juridiske fars død vil ikke blive behandlet, idet arven vil tilgå efter arvelovens almindelige regler om arv til ægtefælle og arv til livsarving.

¹⁹⁷ Nørgaard m.fl., 2018, *Arveret*, s. 264

Den sociale mors nye mand bliver legal arving efter den sociale mor, jf. AL § 9, stk. 2, jf. AL § 10. Den sociale mor kan dog testere $\frac{3}{4}$ væk, idet tvangsarven for den nye mand bliver $\frac{1}{4}$, jf. AL § 10.

Den nye mand har mulighed for at sidde i uskiftet bo, hvilket betyder, at man har mulighed for at fravige udgangspunktet om at skifte boet efter den sociale mors død. Den sociale mor skal derfor være opmærksom på, at hun skal testere til fordel for barnet på en sådan måde, at testamentsarven skal udredes straks ved hendes død, idet at den nye mand ellers kan sidde i uskiftet bo med barnets arv. Muligheden for den nye mand for at sidde i uskiftet bo kan ikke fratages ægtefællen ved den sociale mors testamente, men det uskiftede bo kan beskæres til tvangsarven efter den sociale mors død samt den nye mands egen boslod.¹⁹⁸ Den sociale mor kan derved testere hele friarven til barnet, og bestemme ved testamente, at denne skal udredes straks ved dødsfaldet. I et sådant tilfælde vil den nye mands ret være begrænset mest muligt. Den nye mand vil herefter kun sidde i uskiftet bo med $\frac{5}{8}$ af den samlede delingsformue.¹⁹⁹

Såfremt barnet var juridisk sær barn til den sociale mor, og den sociale mor ikke havde lavet testamente, så ville den nye mand stadig få $\frac{1}{2}$ af fælles boet og arve $\frac{1}{2}$ af den sociale mors boslod, hvorefter sær barnet vil arve den resterende $\frac{1}{2}$ af den sociale mors boslod. Dette betyder, at den nye mand vil få $\frac{3}{4}$ dele af det fælles bo, og barnet vil få $\frac{1}{4}$ del af fælles bo. Barnet vil derfor ikke blive stillet ringere ved testamentet, idet moren kan testere $\frac{3}{4}$ dele af sit boslod til barnet, og såfremt moren ikke havde oprettet testamente, og barnet var juridisk sær barn, så ville barnet have fået $\frac{1}{2}$ af den sociale mors boslod.²⁰⁰

Barnet vil ikke stå ringere i forhold til et almindeligt sær barn i forhold til den nye ægtefælles mulighed for supperingsarv efter AL § 11, stk. 2, idet suppleringsarven går forud for både livsarvinger og testamentarvingers ret.²⁰¹

En yderligere problemstilling er i henhold til kvalitativ arv. Det følger af AL § 11, stk. 4, at en særlivsarving efter førstafdøde kan overtage et aktiv mod at betale vurderingsprisen kontant til boet, hvis aktivet har en særlig erindringsværdi for den pågældende. Den sociale mor kan igennem testamente også kvalitativt begrænse den nye ægtefælles ret til kontanter samt aktiver omfattet af samtykke- og forlodsreglerne i AL §§ 11, stk. 1 og § 91, stk. 2. Dette er dog også et faktum, som den

¹⁹⁸ Nørgaard m.fl., 2018, *Arveret*, s. 51

¹⁹⁹ *Ibid.*, s. 94

$\frac{5}{8}$ fremgår således: Den nye mands eget boslod $\frac{1}{2}$, tvangsarven for den nye mand er $\frac{1}{4}$ = $\frac{5}{8}$ af det samlede bo.

²⁰⁰ Arvelovens §§ 1 og 9

²⁰¹ Nørgaard m.fl., 2018, *Arveret*, s. 70

sociale mor skal være opmærksom på at få nedskrevet i testamentet, idet barnet ellers ikke vil have mulighed for at udtage kvalitative effekter.

Højesteret angiver i U 2021.517, at den sociale mor kan tilgodese tvillingerne født igennem et surrogati-arrangement igennem et testamente. Dog skal den sociale mor skal være opmærksom på, at arven b.la. skal falde straks efter hendes død, såfremt hun er blevet skilt fra den juridiske far og gifter sig på ny. Herudover skal den sociale mor være opmærksom på at tilføje muligheden for kvalitative udtagelser af boet, såfremt barnet skal ligestilles mest muligt med en livsarvings muligheder for at arve.

5.4.2 Barnet født igennem et kommercielt surrogati-arrangement dør

Der kan opstå den situation, hvor et barn født i et surrogati-arrangement dør inden det er myndigt.

Det er herunder interessant, hvem der arver efter barnet, idet den sociale mor ikke er juridisk forælder, men den juridiske mor er surrogatmoren.

Det følger heraf AL § 2, at såfremt en arvelader ikke efterlader sig livsarvinger, så arver forældrene. Der er specifikt brugt ordret ”forældre” og ikke forældremyndighedsindehaver, hvorfor der vil være tale om forældre i juridisk forstand. Det følger af udgangspunktet i AL § 62, stk. 1, at personer over 18 år kan råde over sine ejendele ved testamente. Dog kan et 15-årigt barn råde over de samme ejendele, som efter værgemålslovens § 42, jf. AL § 62, stk. 2. Dette betyder i store træk, at barnet ikke har mulighed for at oprette et testamente og herunder begunstige den sociale mor, hvorfor de legale arvinger efter barnet vil være surrogatmoren og den juridiske far, uanset at barnet sandsynligvis ikke vil have en relation til surrogatmoren.

5.4.3 Surrogatmoren dør

Efter dansk ret vil surrogatmoren være juridisk mor, hvorfor barnet, født igennem en surrogataftale, vil være arveberettiget efter dansk ret. Almindeligvis vil surrogatmoren befinde sig i sit hjemland, og hjemlandet vil ofte ikke have samme regler, som de danske regler, hvorved surrogatmoren i det pågældende land ikke vil være juridisk forælder til barnet. Det er myndighederne i det land, hvor den afdøde havde bopæl, som behandler dødsboet.²⁰² Det betyder således, at barnet som oftest²⁰³ ikke vil arve efter surrogatmoren.

²⁰² Udenrigsministeriet, ”Arv og skifte i udlandet”

²⁰³ Afhængig af hvorvidt surrogatmoren anses for juridisk mor i fødelandet – oftest vil der være tale om lande, hvor surrogataftaler er lovligt og hvorved surrogatmoren ikke anerkendes som juridisk mor.

6 Konklusion

Formålet med dette speciale var at analysere og belyse, hvilke problemstillinger sociale forældre får efter indgåelse af en kommerciel surrogataftale i udlandet. Fokuset i specialet var yderligere at illustrere de problemstillinger, som familien får ved skilsmisse/samlivsophør og død. Derudover har specialet belyst, hvordan *barnets bedste* inddrages i håndteringen af de juridiske problemstillinger, som måtte opstå.

Specialet indeholder først og fremmest en analyse af anvendelsen af begrebet *barnets bedste* i henhold til adoptionsloven og forældreansvarsloven. Begge love er inspireret af Børnekonventionen, hvori det fremgår, at barnets bedste ikke er det afgørende hensyn i afgørelser vedrørende børn, men at *barnets bedste* i stedet bør tillægges en særdeles høj vægt i afvejningen i forhold til modstridende hensyn. *Barnets bedste* skal altid fortolkes ud for det konkrete barn men kan også fortolkes ud fra, hvad der vil gavne børn bedst ud fra en general betragtning om, hvad der er bedst for børn i almindelighed.

Praksis fra EMD har vist, at der kan være tale om et indgreb i rettighederne efter EMRK artikel 8, når de sociale forældre ikke kan få anerkendt juridisk forældreskab af medlemsstaten. En generel Advisory Opinion på området for surrogatarrangementer har klarlagt, at barnets bedste er et *paramount*, men at andre hensyn også bør opvejes som f.eks. beskyttelseshensynet mod brug af surrogatmødre. EMD fandt dog, at et absolut forbud mod nægtelsen af juridisk forældreskab for den sociale mor var uforeneligt med EMRK art 8. Det juridiske forældreskab kunne dog godt opnås på anden vis f.eks. igennem adoption.

Analysen har vist, at der er stor forskel på den sociale fars retsstilling i forhold til den sociale mors retsstilling. Det følger af ordre public princippet, at en udenlandsk fødselsattest ikke kan anerkendes i Danmark, når der er ydet vederlag til surrogatmoren. Den sociale far kan dog alligevel blive anerkendt som juridisk far, såfremt han underskriver en omsorgs- og ansvarserklæring, uagtet at han også har ydet vederlag til surrogatmoren. Den sociale far kan, uanset om han er biologisk beslægtet til barnet, blive registreret, idet der i et kommercielt surrogatarrangement næppe vil blive anfægtet, at den sociale far er biologisk far. Uanset at der er foretaget en genetisk testning og det viser sig, at den sociale far ikke er biologisk beslægtet, så kan den sociale far og surrogatmoren få faderskabet anerkendt ved indgivelse af en omsorgs- og ansvarserklæring. Den sociale mor har ikke samme

retsstilling uanset, om hun skulle være genetisk beslægtet til barnet, idet børnelovens § 30 angiver, at den fødende kvinde vil blive anset som juridisk mor.

På trods af at kommercielt surrogati ikke er ulovligt i Danmark, findes flere værnsbestemmelser mod kommercielt surrogati. I både ADL § 15 og FAL § 13, stk. 3 findes et absolut forbud henholdsvis adoption og overførsel af forældremyndigheden, såfremt der er givet eller modtaget et vederlag til den person, som henholdsvis skal samtykke til adoptionen og som skal samtykke til overførsel af forældremyndigheden. Der er ikke i hverken ADL § 15 eller FAL § 13, stk. 3 tillagt et skøn til *barnets bedste*, selvom det af ADL § 2 og FAL § 1 fremgår, at alle bestemmelser i adoptionsloven og forældreansvarsloven skal afgøres efter *barnets bedste*. Vederlagsbestemmelserne har stor indflydelse på, hvorvidt den sociale mor kan få del i både det juridiske forældreskab og forældremyndigheden. Højesteret vurderede i U.2021.517 H alligevel, at der burde tillægges et skøn i ADL § 15, til trods for at dette ikke fremgik af bestemmelsen. I det konkrete tilfælde fik den sociale mor alligevel ikke lov til at stedbarnsadoptere, idet børnenes hverdag ville forblive den samme og de arveretlige regler kunne varetages igennem et testamente. Den sociale mors muligheder for juridisk forældreskab er derfor minimale, når der er ydet vederlag, idet der ikke er tillagt et skøn vedrørende *barnets bedste* i ADL § 15.

Mere uvist er den sociale mors retsstilling, når familien opsplittes. Den sociale mor har umiddelbart ikke mulighed for at få juridisk forældreskab, idet hun efter værnsbestemmelsen i ADL § 15 stadig udelukkes fra muligheden for adoption, såfremt der er erlagt vederlag. I U 2021.517 H er der blandt andet lagt vægt på, at stedbarnsadoption ikke kan ske, idet familien forbliver sammen og der ingen ændringer opstår i børnenes hverdag. Derved kan der *muligvis* tillægges *barnets bedste* en større betydning i tilfælde, hvor familien opsplittes - der er dog ikke retspraksis på området. Analysen har således vist at retsstillingen på området er særdeles usikker, både for den sociale mor, men ligeledes for børnene.

Den sociale mors retsstilling for så vidt angår muligheden for at få del i forældremyndigheden ved familiens opløsning afhænger af den sociale fars accept, medmindre den sociale mor har haft del i forældremyndigheden inden familiens opløsning. Analysen har vist, at det er uvist, hvordan domstolene vil fortolke forældreansvarslovens bestemmelser i henhold til begreberne ”forældre” og ”forældremyndighedsindehavere” – og hvilken betydning en mulig analog fortolkning af forældreansvarslovens begreber vil have af indflydelse på forældremyndigheden ved opløsning af familien.

Analysen har ydermere vist, at der arveretligt kan opstå nogle juridiske udfordringer, men som den sociale mor løse igennem testamente. Hvis den sociale mor ønsker, at stille barnet som var det hendes biologiske barn, så skal den sociale mor være opmærksom på at udforme testamentet med særlige forhold. Herunder, at hun skal testere således, at arven falder straks ved hendes død, idet der kan opstå problemer, hvis moren f.eks. senere indgår nyt ægteskab, hvorved den nye mand kan sidde i uskiftet bo. Ydermere har analysen vist, at der kan opstå en situation, hvor surrogatmoren kan ende med at arve efter barnet, såfremt barnet dør mens det er under 18 år, idet surrogatmoren efter dansk ret vil blive anerkendt som juridisk mor.

Konkluderende anses den sociale mors retstilling særdeles usikker i henhold til juridisk forældreskab og forældremyndigheden, især såfremt familien opløses. Derudover er barnets retsstilling også usikker – idet barnet ikke vil få sine de facto forældre registreret som juridiske forældre. Analysen har vist, at der kan stilles tvivl om, hvorvidt den danske lovgivning f.eks. varetager internationale forpligtelser i henhold til *barnets bedste*, som følge af et absolut forbud mod adoption og del i forældremyndigheden ved betaling til en surrogatmor. Derudover har analysen vist, at der både i ADL § 15 og i FAL § 13 tidligere har været en *barnets bedste* vurdering direkte i bestemmelsen, men at disse er blevet fjernet. Højesteret udtaler i U.2021.517H, at ADL § 15 ikke rummede et skøn til barnets bedste, men som det efter EMD-praksis burde. Derfor appellerer Højesteret også til lovgiver om at indlægge et sådant skøn i adoptionsloven. For at rumme surrogatfamilien i den danske lovgivning er det nødvendigt at fortolke på allerede gældende bestemmelser, som ikke var udformet med en kommerciel surrogatfamilie i tankerne. Det er derfor interessant, hvorvidt lovgiver vil tage dette op til overvejelse og gennemgå lovgivningen, sådan at den rummer en vurdering af *barnets bedste* i henhold til flere familiekonstellationer herunder den kommercielle surrogatfamilie.

7 Litteraturliste

Afgørelser

Administrativ praksis

- Ankestyrelsens principmeddelelse 54-16
- Ankestyrelsens principmeddelelse 6-21
- Ankestyrelsens principmeddelelse 79-17

EMD-afgørelser

- Case of Menneson v. France, (26.06.14), Application no. 65192/11, Strasbourg
- Case of Labanesse v. France, (26.06.14), Application no. 65941/11, Strasbourg
- Case of Paradiso v. France, (24.01.17), Application no. 25358/12, Strasbourg

Domme

- U 2010.864 Ø
- U 2021.517 H

Bekendtgørelse

- Bekendtgørelse 2006-07-12 nr. 1259 om forældremyndighed og samvær mv.
- Bekendtgørelse 2019-07-10 nr. 726 om adoption
- Bekendtgørelse 2019-08-07 nr. 755 om lov om Haagerbørnebeskyttelseskonventionen

Bøger

- Adolphsen, C. & Røhl, J., (2020), *Børn i familie- og socialretten*, 3. udgave, Djøf Forlag
- Bryde Andersen, M. (2002), *Ret & Metode*, 1. udgave, G.E.C Gads Forlag
- Holdgaard, M., (2012), *Festskrift til Erik Werlauff: Problemer med menneskerettigheder i familieretten – er forestillingsevne virkelig vigtigere end viden?*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Koch, I., Thelle, H. (2004), *Sociale menneskerettigheder*, Akademisk Forlag
- Krone Christensen, (2020), *Forældreansvarsloven med kommentarer*, 3. udgave, Karnov Group
- Lorenzen, P., mfl., (2011), *Den Europæiske Menneskeretskonventionen*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag

- Munk-Hansen, C. (2018), *Retsvidenskabsteori*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Mørk, A., (2019), *Børns processuelle rettigheder i tvangsanbringelsessager*, 1. udgave, Djøf Forlag
- Nørgaard, I., Adolphsen, C & Naur, E, (2018), *Arveret*, 7. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Nørgaard, I., Adolphsen, C. & Naur, E. (2019), *Familieret*, 4. Udgave, Djøf Forlag
- Rytter, J., (2019), *Individets grundlæggende rettigheder*, 3. udgave, Karnov Group
- Schultz, T., Hartoft, H., Klausen, J. & von Hielmcrone, N. (2017), *Socialret – børn og unge*, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Tvarnø, C. & Nielsen, R., (2017), *Retskilder og retsteorier*, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Forarbejder og andet fortolkningsbidrag

- Betænkning nr. 1323 af 1996 om beskyttelse af børn og om samarbejde med hensyn til internationale adoptioner sammenholdt med dansk adoptionslovgivning
- Betænkning nr. 1350 af 1998 om børns retstilling
- Betænkning nr. 1467 af 2005 om Haagerbørnebeskyttelseskonventionen
- Betænkning nr. 1473 af 2006 om revision af arvelovgivningen
- Betænkning nr. 985 af 1983 om forældremyndighed og samværsret
- Christensen, S., Karnovs noter til forældreansvarsloven, lovbekendtgørelse 2020-11-30 nr. 1768
- Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)
- Forslag til forældreansvarsloven, LFF nr. 133 af 2006-2007
- Forslag til lov om ændring af adoptionsloven og indfødsretsloven, LFF nr. 164 af 1985-1986
- Forslag til lov om ændring af adoptionsloven, indfødsretsloven og navneloven., LFF nr. 73, 1996
- Forslag til Lov om ændring af børneloven, lov om adoption, retsplejeloven og forskellige andre love, LFF nr. 207 af 2012
- Forslag til lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love, LFF nr. 179 af 2004
- Forslag til lov om ændring af myndighedsloven m.v., LFF nr. 24 af 1984
- Nielsen, L., Karnovs noter til børneloven, lovbekendtgørelse 2019-08-07 nr. 772
- Thalbitzer, A., Karnovs noter til adoptionsloven, lovbekendtgørelse 2019-08-07 nr. 775

Konventioner

- Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK)

- FN-konventionen af 20. november 1989 om barnets rettigheder (Børnekonventionen)
- Haagerkonventionen, 29.05.1993, om beskyttelse af børn og om samarbejde med hensyn til internationale adoptioner (Haagerkonventionen)

Love

- Adoptionsloven, lovbekendtgørelse 1972-06-07 nr. 279
- Adoptionsloven, lovbekendtgørelse 2019-08-07 nr. 775
- Børneloven, lovbekendtgørelse 2019-08-07 nr. 722
- Forældreansvarsloven, lovbekendtgørelse 2020-11-30 nr. 1768
- Lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling og diagnostik og forskning mv., lovbekendtgørelse 2019-08-23 nr. 902
- Lov om børn født uden for ægteskab 1937-05-17 nr. 131
- Lov om ændring af adoptionsloven, indfødsretsloven og navneloven, lovbekendtgørelse 1997-04-02 nr. 233
- Lov om ændring af forældreansvarsloven, lov ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love, 2018-12-27 nr. 1711
- Lov om ændring af myndighedsloven m.v., 1985-06-06 nr. 230

Tidsskrifter

- TFA 2014.96
- TFA 2016.454
- TFA 2017.76/1
- TFA 2019.291 Ø
- TFA 2019.99
- U.2020B.53

Vejledninger

- Vejledning nr. 9258 af 20. marts 2019 om anerkendelse af udenlandsk forældremyndighed
- Vejledning nr. 9401 af 26. juni 2020 om adoption
- Vejledning nr. 9394 af 26. juni 2020 om Familieretshusets behandling af sager om faderskab og medmoderskab
- Vejledning nr. 10064 af 20. december 2020 om forældremyndighed, barnets bopæl og samvær

Andet

- Andersen, M. B. (2017). Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem, Juristen nr. 3
- Christensen, J.P., (05.12.20), *Skal folkevalgte politikere eller dommere skrive loven?*, Jyllandsposten, [<https://jyllands-posten.dk/debat/kronik/ECE12604534/skal-folkevalgte-politikere-eller-dommerne-skrive-loven/>] set d. 17 maj 2021
- Det Etske Råd, (1. maj 2015): *Rugemødre*, [<https://www.etiskraad.dk/etiske-temaer/assisteret-reproduktion/undervisning-til-grundskolen/oenskebarn/tekster/rugemoedre>] set d. 17. maj 2021
- Familieretshuset, (2021), *Anerkendelse af udenlandsk faderskab og forældremyndighed*, [<https://familieretshuset.dk/brud-i-familien/anerkendelser/udenlandsk-faderskab-og-foraeldremyndighed>] set d. 17. maj 2021
- Faye Jacobsen, A. (2015) *Stat og civilsamfund i nye relationer – FN's Børnekonventions historie i Danmark*, Institut for menneskerettigheder
- Koefod Nielsen, R. (2014): *Surrogatmoderskab – en usikker affære*, Ankestyrelsen [<https://ast.dk/born-familie/artikler/adoption/surrogatmoderskab-2013-en-usikker-affaere>] set d. 17 maj 2021.
- Mehlsen, C. & Andersen, A. (december 2019): *Familien under forandring*, [<https://faktalink.dk/titelliste/familien-under-forandring>] set d. 17. maj 2021
- Permanent Court of International Justice, (2017-2020), “*Advisory Jurisdiction*” [<https://www.icj-cij.org/en/advisory-jurisdiction>] set d. 17. maj 2021
- Sandberg, K., (21. december 2016), *Barnets beste i lovgivningen – betenkning til Barnevoldsudvalget*
- Social- og Indenrigsministeriet (maj 2016): *Forældreskab i Børneloven. En analyse af hvem der er barnets forældre* (ISBN 978-87-999120-6-3)
- Social-, indenrigs- og børneudvalgets alm. del spørgsmål (29.11.2019): *Spørgsmål nr. 92 (sagsnr. 2019-8012)*
- Social-, indenrigs- og børneudvalgets alm. del spørgsmål (30.11.2020): *Spørgsmål nr. S 436 (sagsnr. 2020-11703)*
- Udenrigsministeriet, “*Arv og skifte i udlandet*”, [[https://um.dk/da/rejse-og-ophold/hvis-uheldet-er-ude/arv-og-skifte-i-udlandet/](https://um.dk/da/rejse-og-ophold/hvis-uheldet-er-ude/ arv-og-skifte-i-udlandet/)]set d. 17. maj 2021

Ordoptælling

Statistik:

Sider	53
Ord	20.995
Tegn (uden mellemrum)	117.112
Tegn (med mellemrum)	138.119
Afsnit	469
Linjer	1.643

Medtag fodnoter og slutnoter