

Kommercielt surrogatmoderskab på tværs af landegrænser

International surrogacy agreements

af Emilie Voldborg Andersen

Formålet med denne afhandling er at undersøge, hvilke juridiske udfordringer danske par støder på, når de i jagten på drømmebarnet indgår aftaler om kommercielt surrogatmoderskab udenfor Danmarks grænser.

Det er ikke lovligt at indgå kommercielle surrogataftaler i Danmark, og derfor søger barnløse par udenfor dansk jurisdiktion. Afhandlingen følger problemernes rækkefølge: fra jagten efter en surrogatmoder, mødet med sundhedsrettens restriktioner indenfor fertilitetsbehandling, den manglende anerkendelse af en surrogataftale, barnets indrejse i Danmark, til slutteligt anerkendelsen af de sociale forældres forældreskab og -myndighed.

Afhandlingen har særlig fokus på forældreskab og -myndighed, hvor der er stor forskel mellem den sociale mors og den sociale fars retsstilling. Den sociale fars forældreskab og -myndighed anerkendes straks i dansk ret, mens den sociale mors retsstilling er usikker i årevis. I denne periode afhænger den sociale mors kontakt med barnet af hendes partners accept. I tilfælde af samlivsophør har hun ingen rettigheder i forhold til barnet.

EMRK art. 8 om retten til privat- og familieliv samt udvalgte domme fra EMD inddrages. Dommene viser, at der kan ske indgreb i retten til familie- og privatliv, når en medlemsstat nægter at anerkende de sociale forældres forældreskab. Dette indgreb kan dog legitimeres, hvis der er andre vægtige modsatrettede hensyn. Afhandlingen viser, at hensynet til surrogatbarnets bedste er et vigtigt, men ikke afgørende, hensyn.

Afslutningsvis indeholder afhandlingen en komparativ analyse. Målet er at undersøge, hvordan de juridiske udfordringer danske par oplever løses i fremmed ret. Det norske retssystem er sammenligneligt med det danske og bruges som inspiration til dansk lovforberedende arbejde. Derefter redegøres for det igangværende lovarbejde på internationalt niveau, idet et multilateralt samarbejde kan blive nødvendigt for at sikre, at færre surrogatbørn ender forældreløse og statsløse. Slutteligt diskuteres, hvordan Danmark i givet fald kan implementere den foreløbigt forslåede lovgivning.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	3
1. INDLEDNING.....	3
1.2. Begrebsafklaring.....	4
1.3. Problemformulering.....	6
1.4. Afgrænsning	6
2. DEN DANSKE LOVRAMME	7

2.1. Annoncering efter surrogatmoder	7
2.2. Assisteret reproduktion	8
2.3. Indgåelse af aftale om surrogatmoderskab	9
2.4. Barnets danske indfødsret	10
2.5. Anerkendelse af forældreskab og -myndighed	12
2.5.1. Det retlige forældreskab	12
2.5.1.1. Den sociale fars retlige forældreskab	13
2.5.1.2. Den sociale mors retlige forældreskab	13
2.5.1.2.1. Samlivskravet i ADL § 5 a	14
2.5.1.2.2. Inddragelse af de retlige forældre	14
2.5.1.2.3. ADL § 5 a i relation til ADL § 15	15
2.5.2. Forældremyndighed	18
2.5.2.1. Den sociale fars forældremyndighed.....	19
2.5.2.2. Den sociale mors forældremyndighed.....	19
2.5.2.3. Danmarks ret til at nægte anerkendelse af udenlandske afgørelser om forældremyndighed.....	21
A) Betydningen af komparativ ret.....	22
B) Betydningen af politikeres udtalelser	23
C) Betydningen af, at beskyttelseshensyn er varetaget på anden vis.....	24
3. KOMMERCIEL SURROGATMODERSKAB I ET MENNESKERETTIGHEDSPERSPEKTIV	25
3.1. EMRK art. 8	25
3.2. Mennesson v. France	26
3.3. EMD advisory opinion	28
3.4. Betydningen i dansk ret	28
4. PRINCIPPET OM BARNETS BEDSTE I FN'S BØRNEKONVENTION OG EMD'S PRAKSIS	30
5. PERSPEKTIVERING TIL FREMMED RET	34
5.1. Et nordisk komparativt perspektiv	34
5.2. Et internationalt komparativt perspektiv	37
6. KONKLUSION	41
LITTERATURFORTEGNELSE	42
BILAG	47
Bilag 1: Utrykt dom fra Retten i Sønderborg	47

Abstract

The purpose of this thesis is to explain, analyze and discuss the legal issues of international surrogacy under Danish law. The focus will be on the situation where Danish couples travel abroad to engage in a surrogacy agreement and especially where remuneration is provided to the surrogate mother.

The Danish legal framework does not allow the parties to carry out a commercial surrogacy agreement nationally, nor does it guarantee that a foreign decision on parenthood or parental responsibility will be recognized under Danish law. Whether the surrogate mother has received a remuneration has been found to be crucial for the Danish parents' legal position. The thesis explains how there is great difference between the legal position of the social mother and the social father, since the social father's parenthood and parental responsibility is immediately recognized under Danish law, while the social mother's legal position is uncertain for years. During this period, the social mother's contact with the child depends on her partner's acceptance. In the event of a termination of cohabitation, she has no rights in relation to the child.

The thesis includes ECHR art. 8 and selected judgements from the Strasbourg Court. The judgements have shown that there may be an interference with the right to family or private life when a Member State refuses to recognize the parenthood of the social parents. However, such an interference can be legitimized if there are other important considerations, such as the protection of the rights and freedoms of others.

In assessing whether an interference can be legitimized, consideration is given to the best interest of the child. The thesis shows that the consideration for the best interest of the surrogate child is a weighty, although not crucial, consideration.

In closing, the thesis will include a comparative analysis. The aim is to address how similar legal issues are solved in foreign law. The Norwegian legal system is comparable to the Danish and can be used as inspiration for possible Danish law preparatory work. The comparative analysis will also include the undergoing legal work at international level, as well as a discussion of how this could be incorporated into Danish law. Multilateral cooperation can possibly be the future solution to ensure that fewer surrogate children end up parentless and stateless.

1. Indledning

Signe og Jonas¹ ønskede sig brændende at blive forældre. Men da Signe som 24-årig fik konstateret livmoderhalskræft, måtte lægerne fjerne hendes æggestokke og livmoder. Lægerne forslog, at dele af æggestokkene blev bevaret og frosset ned, så de senere kunne opereres ind i Signes krop igen og producere æg. Hun ville dog aldrig selv komme til at bære og føde et barn. Spørgsmålet var, om det var muligt at finde en kvinde, der ville bære og føde deres barn?

¹ Signe og Jonas Klit er ikke opdigtede personer. De har flere gange fortalt offentligt om deres erfaringer med brug af surrogatmoderskab i udlandet, og har i 2019 udgivet en bog om deres oplevelser.

I det gamle testamente føder slavinden Hagar et barn for barnløse Saraj og Abram². I tv-serien Friends bærer Phoebe trillinger for sin bror³. På sociale medier fortæller influencer Kim Kardashian, at to af hendes børn er kommet til verden ved brug af surrogatmoder⁴. Surrogatmoderskabet findes både i religion, fiktion og virkelige historier.

Dansk lovgivning indeholder ikke et samlet regelsæt om surrogatmoderskab, og der er ikke noget forbud mod at virke som surrogatmoder. Adgangen til at indgå en aftale om surrogatmoderskab er imidlertid begrænset af en række bestemmelser i lovgivningen, hvilket får danske par til at søge mod udlandet i jagten på drømmebarnet.

Der findes ingen statistikker over, hvor mange børn, der årligt kommer til Danmark som resultat af en surrogataftale. The Permanent Bureau konkluderer forsigtigt på baggrund af en undersøgelse fra 2014, at der i dag fødes flere tusinde børn årligt på verdensplan som resultat af internationale surrogataftaler⁵. Nogle af disse børn bor hos forældre i Danmark.

Det lykkedes for Signe og Jonas at finde en surrogatmoder i USA. Men som så mange andre barnløse, havde de alene fokus på drømmen om at få barnet, og havde ikke gjort sig overvejelser om, hvilke juridiske udfordringer, der ventede dem hjemme i Danmark. Dette speciale vil undersøge, hvilke udfordringer danske par støder på, når de i jagten på drømmebarnet indgår aftaler om kommercielt surrogatmoderskab udenfor Danmarks grænser.

1.2. Begrebsafklaring

Ved en aftale om *surrogatmoderskab* forstås en aftale om, at den kvinde, der føder barnet, ikke skal beholde det, men udleverer det til "aftagerforældrene"⁶.

Allerede ved forhandlingerne til ændring af Adoptionsloven i 1986, blev begrebet surrogatmoderskab diskuteret. Folketingsmedlem fra Socialistisk Folkeparti, Leif Hermann, bragte begrebet på banen med følgende bemærkning:

*"Jeg skal, inden jeg går videre, lige sige, at vi ikke kan lide udtrykket "surrogatmoderskab". Enten er man mor, eller også er man ikke mor, man er ikke surrogatmoder. Jeg håber, at vi under udvalgsbehandlingen kan finde et lidt mere hensigtsmæssigt udtryk. Muligvis kunne ministeren endda lave en slags konkurrence om at få det rigtige udtryk ind i loven."*⁷

Justitsministeren var enig i kritikken, men de kom ikke frem til et bedre bud⁸. Den nye § 33 i Adoptionsloven fik overskriften "Formidling af surrogatmoderskab".

² Det Gamle Testamente, Første Mosebog, kap. 16, 21,8-30,9

³ Crane, David, Kauffman, Marta, Friends, 1998, sæson 5

⁴ Fisher, Luchina, Kim Kardashian West explains why she chose a surrogate for her third child, ABC News, 13.03.2018

⁵ The Permanent Bureau, A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy, 2014, § 129

⁶ FT 2000-01 Tillæg A, s. 78

⁷ FT 1985-86 Forhandlingerne, sp. 7191

⁸ Ibid, sp. 7198

Surrogatmoderskab kaldes populært for rugemoderskab⁹, særligt udenfor juridiske og medicinske kredse¹⁰. En tredje betegnelse er introduceret af Postdoc. Frank Høgholm Pedersen¹¹, der foreslår begrebet graviditetsvært. Det er forfatterens ønske, at begrebet skal anvendes, når den graviditetsbærende kvinde ikke er genetisk mor til barnet (*gestationelt surrogatmoderskab*), mens surrogatmoder fortsat skal finde anvendelse, når den graviditetsbærende kvinde er genetisk mor til barnet (*traditionelt surrogatmoderskab*).

I dette speciale vil der ikke blive sondret mellem de to situationer, eftersom der i dansk ret ikke er nogen juridisk forskel på, om den graviditetsbærende kvinde deler DNA med barnet eller ej. Da Adoptionsloven¹² (herefter ADL) § 33, Lov om assisteret reproduktion¹³ (herefter LAR) § 13 og Børneloven¹⁴ (herefter BL) § 31 anvender begrebet surrogatmoderskab, vil dette speciale benytte lovgivningens terminologi. Et barn født på baggrund af surrogataftale, vil blive omtalt som et *surrogatbarn*.

Af yderligere væsentlige begreber skal nævnes den *kommercielle surrogataftale* versus den *altruistiske surrogataftale*. Ved den kommercielle surrogataftale ydes et vederlag til surrogatmoderen. Kommercielle surrogataftaler involverer typisk en mellemmand, f.eks. en organisation, der ”matcher” barnløse par med en surrogatmoder. Den altruistiske surrogataftale er derimod kendetegnet ved, at surrogatmoderens motiv alene er at hjælpe det barnløse par. Der vil typisk være tale om en nærtstående person, f.eks. en søster eller en god veninde. Kendetegnet for disse aftaler er, at der ikke ydes noget vederlag, eller et vederlag så beskedent, at surrogatmoderen ikke opnår nogen fortjeneste ved aftalen.

Afslutningsvis skal her knyttes en kort kommentar til de forskellige former for forældreskab, der vil blive omtalt i det følgende.

Det retlige forældreskab dækker over den retlige relation mellem forældre og barn¹⁵.

Det genetiske forældreskab er et udtryk for det forhold, at barnet er udviklet fra mandens sædceller/kvindens æg. For mandens vedkommende vil det genetiske forældreskab og *det biologiske forældreskab* være sammenfaldende. Det er ikke altid tilfældet for kvinden, da surrogatmoderen i et surrogatarrangement vil være biologisk forælder til barnet, mens den kvinde, der har leveret ægget, vil være genetisk forælder til barnet¹⁶.

Det sociale forældreskab anvendes om de forældre, der de facto er forældre til barnet, uanset om de retligt, genetisk eller biologisk set er forældre til barnet¹⁷.

⁹ Christensen, Lone Birgitte, Waage, Jonna: Børneloven med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2006, s. 289

¹⁰ Dansk Sprognævn, Nyt fra Sprognævnet, nr. 4, 2009, s. 3

¹¹ TFA 2018.2

¹² LBKG 2019-08-07 nr 775 Adoptionsloven

¹³ LBKG 2019-08-23 nr 902 Kunstig befrugtningensloven

¹⁴ LBKG 2019-08-07 nr 772 Børneloven

¹⁵ Nørgaard, Irene, Adolphsen, Caroline, Naur, Eva, Familieret, 4. udgave, DJØF, København, 2019, s. 26

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

1.3. Problemformulering

Formålet med dette speciale er at redegøre for, analysere og diskutere de juridiske problemstillinger, der opstår, når danske par søger til udlandet for at benytte sig af en surrogatmoder, herunder når der ydes vederlag til surrogatmoderen.

Specialet vil redegøre for de retsregler, der er relevante for kommende forældre, der ønsker at benytte sig af en surrogatmoder i udlandet. Dette kræver inddragelse af flere retsområder, herunder børneret, udlændigeret, sundhedsret, strafferet samt international privatret. Relevante domme, der kan belyse retstillingen, vil blive analyseret og diskuteret undervejs.

Specialet vil inddrage EMRK art. 8. Udvalgt praksis fra EMD skal belyse, om der er tale om et indgreb i retten til familieliv eller privatliv, når medlemsstaterne nægter at anerkende de sociale forældres forældreskab, hvorefter det bliver diskuteret, hvilken betydning EMD's praksis har i dansk ret. Specialet vil endvidere redegøre for princippet om barnets bedste i FN's børnekonvention og analysere praksis fra EMD for at finde ud af, om hensynet til surrogatbarnets bedste altid er altafgørende.

Afslutningsvis vil specialet indeholde en perspektivering, med det formål komparativt at forholde sig til, hvordan tilsvarende juridiske problemstillinger bliver løst i fremmed ret. Perspektiveringen vil indeholde en analyse af udvalgte norske love og praksis, der er sammenlignelige med det danske retssystem. Perspektiveringen vil endvidere indeholde en redegørelse af det lovforberedende arbejde, der er i gang på internationalt plan, samt en diskussion af, hvordan dette eventuelt vil kunne inkorporeres i dansk ret.

Ovenstående problemformulering besvares bedst ved anvendelse af den retsdogmatiske metode, som skal beskrive, systematisere og analysere gældende ret¹⁸. Undervejs vil der blive inddraget komparative og retspolitiske elementer¹⁹.

1.4. Afgrænsning

Som ovenstående problemformulering illustrerer, fokuserer specialet på de kommercielle surrogataftaler. De altruistiske surrogataftaler vil på grund af specialets begrænsede omfang ikke blive behandlet.

Surrogatmoderskab er ikke kun relevant for barnløse heteroseksuelle par, men benyttes også af mandlige homoseksuelle par. Nogle problemstillinger er sammenfaldende for de homo- og heteroseksuelle par, men der er også problemer, der gælder særligt for dem hver især. Der er også eksempler på, at enlige kvinder eller mænd anvender en surrogatmoder, og her er der ligeledes særlige problemstillinger. På grund af specialets begrænsede omfang, vil der alene være fokus på de heteroseksuelle par.

¹⁸ Evald, Jens, *Schaumburg*, Sten-Müller, Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 2004, s. 212 og s. 226

¹⁹ Ibid., s. 211 og s. 231

2. Den danske lovramme

I dette kapitel vil der blive redegjort for, hvilke juridiske udfordringer danske par som vil møde på deres vej, hvis de benytter sig af kommercielt surrogatmoderskab til at opfylde babydrømmen. Opbygningen er kronologisk således, at vi følger parrets rejse fra deres søgen efter en surrogatmoder, gennem surrogatmoderens graviditet, ved barnets fødsel og indrejse i Danmark, og til anerkendelse af de sociale forældres forældreskab og forældremyndighed.

2.1. Annoncering efter surrogatmoder

Første step for det barnløse par er at finde en kvinde, der vil bære og føde et barn for dem. I Danmark er mulighederne herfor begrænset grundet reglerne i ADL.

ADL § 33 indeholder et ubetinget forbud mod mellemmandsvirksomhed og et forbud mod annoncering efter parter til en surrogataftale. Bestemmelsen suppleres af ADL § 34, der som straffebestemmelse fastslår, at straffen for overtrædelse af § 33 er indtil fire måneders fængsel eller bøde.

ADL § 33, stk. 1 forbyder den type af mellemmandsvirksomhed, hvor eksempelvis en privat organisation hjælper med at formidle kontakt mellem barnløse par og en surrogatmoder. Denne model kendes fra andre lande, hvor det er private fertilitetsklinikker, der foretager dette ”match” mellem surrogatmødre og barnløse. Forbuddet gælder i dansk ret både formilderen og parterne selv²⁰.

På trods af dette forbud, findes der udenlandske virksomheder, der udøver mellemmandsvirksomhed og retter deres markedsføring mod danske barnløse par²¹. Ankestyrelsen har i en række konkrete sager undersøgt, om de danske par kan straffes efter ADL § 33, når en udenlandsk virksomhed yder bistand til at formidle kontakt mellem en surrogatmoder og et dansk par²². Ud fra ordlyden af ADL § 33 må bestemmelsen forstås således, at såfremt bistanden anses for modtaget i Danmark og formidlingen af kontakten mellem surrogatmoderen og de barnløse par er sket i Danmark, kan parret straffes for overtrædelse af ADL § 33. Hvis bistanden derimod er modtaget i udlandet, kan parret kun straffes, hvis modtagelsen heraf også er strafbar i det pågældende land, jf. Straffeloven²³ (herefter STRFL) § 7, stk. 1, nr. 1²⁴.

Det kan være problematisk for de barnløse par at gennemskue, at det de foretager sig, er ulovligt, når hjemmesiderne forfattes på dansk og har en troværdig fremtoning²⁵. Eftersom ukendskab til loven ikke diskulperer, kan de stadig straffes. Ukendskab kan dog indgå som en formildende omstændighed ved strafudmålingen, jf. STRFL § 82, stk. 1, nr. 4.

²⁰ LFF 1986-01-30 nr 164 Ændring af adoptionsloven og indfødsretsloven. (Formidling af adoption m.v.), s. 3, 1. spalte

²¹ Eksempelvis www.nordicsurrogacy.dk

²² VEJL 2019-07-10 nr 9644 Adoption, afsnit 6.6.

²³ LBKG 2019-09-17 nr 976 Straffeloven

²⁴ VEJL 2019-07-10 nr 9644 Adoption, afsnit 6.6.

²⁵ Eksempelvis www.nordicsurrogacy.dk

ADL § 33, stk. 2 forbyder endvidere annoncering efter parter til en surrogataftale. Et barnløst par må derfor ikke annoncere efter en surrogatmoder. Det afgørende for, om der foreligger en aftale om surrogatmoderskab er, at aftalen er indgået inden kvinden blev gravid²⁶. Dette blev omdrejningspunktet i en utrykt dom fra Retten i Sønderborg af 29. november 2017, jf. bilag 1.

Et barnløst par havde indrykket en annonce på to hjemmesider, hvor det fremgik, at de var "*looking to adopt a baby. We prefer a new born or a pregnant woman Who cannot for some reason keep her unborn child*". Gennem annoncen fik parret kontakt til en udenlandsk kvinde, der var gravid og ønskede at bortadoptere sit barn. Parret blev tiltalt for at have annonceret efter en surrogatmoder, jf. ADL § 33, stk. 2, jf. § 34. Retten konkluderede på baggrund af annoncens ordlyd, at parret ikke havde søgt efter en kvinde, der endnu ikke var gravid, da de specifikt nævnte en allerede gravid kvinde eller et nyfødt barn. Retten frifandt derfor parret for denne tiltale.

Af vidneforklaringerne fremgår, at det barnløse par havde overvejet surrogatmoderskab, men at mandens sæd kvalitet og kvindens æg var for dårlige til, at det var en mulighed. Det kan tænkes at have haft betydning for forsætsvurderingen, at det biologisk set slet ikke var muligt for parret at benytte sig af surrogatmoderskab.

ADL § 33, jf. § 34, er den eneste straffebestemmelse på området, hvorfor det allerede nu kan konkluderes, at det isoleret set ikke er strafbart at indgå en surrogataftale, uanset om aftalen er indgået mod eller uden vederlag. Dermed ikke at sagt, at surrogataftaler er gyldige og kan gennemtvinges i dansk ret, jf. afsnit 2.3. Det skal her alene bemærkes, at *selve indgåelsen* af surrogataftaler ikke er strafsanktioneret.

Det fremgår af forarbejderne til ADL²⁷, at lovgiver i forbindelse med udformningen af § 33 overvejede at gøre det strafbart at indgå en surrogataftale. Et sådant ubetinget forbud ville ikke kun ramme de kommercielle surrogataftaler, men også de altruistiske surrogataftaler. Det var ikke hensigtsmæssigt, da der var politisk tilslutning til at tillade de tilfælde, hvor der var en så nær, typisk familiemæssig, tilknytning mellem surrogatmoderen og de tiltænkte forældre, at der ikke var behov for mellemmandsvirksomhed²⁸. Man var også skeptisk overfor, om straf ville have den ønskede præventive virkning, da det langt fra var sikkert, at truslen om straf ville være nok til at afholde barnløse par fra at indgå kommercielle surrogataftaler²⁹. Løsningen blev derfor en række regler, der forhindrede, at de kommercielle surrogataftaler kunne realiseres efter hensigten, hvilke vil blive behandlet nærmere i det følgende.

2.2. Assisteret reproduktion

Såfremt det barnløse par får kontakt til en surrogatmoder uden at annoncere eller benytte mellemmand, er næste skridt, at surrogatmoderen skal insemineres. De fleste par ønsker at benytte egne kønsceller (såkaldt dobbeltdonation), således at barnet deler DNA med de tiltænkte forældre. Det kræver, at parterne benytter assisteret reproduktion.

Ifølge LAR § 13 er det ulovligt for sundhedspersonale i Danmark at yde hjælp til assisteret reproduktion, når det vides, at der er tale om en surrogataftale. Straffen herfor er fængsel indtil fire måneder

²⁶ LFF 1986-01-30 nr 164 Ændring af adoptionsloven og indfødsretsloven. (Formidling af adoption m.v.), bem. til § 33

²⁷ Ibid., alm. bem., afsnit 5 b

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

eller bøde, jf. LAR § 29. Såfremt lovovertrædelsen begås af en juridisk person, f.eks. en fertilitetsklinik, straffes selve virksomheden efter STRFL kap. 5.

Bestemmelsen er en præcisering af ADL § 33, og forbuddet vil formentligt gælde allerede efter principperne i ADL³⁰.

Det bemærkes, at LAR ikke sonder mellem, om surrogataftalen er indgået mod eller uden vederlag, ligesom der ikke sondres mellem hvilke æg, der anvendes (surrogatmoderens æg, den sociale moders æg eller æg fra en donor). En sundhedsperson må således aldrig hjælpe med assisteret reproduktion, hvis vedkommende er vidende om, at kvinden skal bære barnet for en anden.

Selv hvis det var tilladt for sundhedspersonale at hjælpe med assisteret reproduktion til en surrogatmoder, ville forbuddet mod dobbeltdonation føre til, at surrogatmoderen og de tiltænkte forældre alligevel vil søge behandling udenfor Danmarks grænser. Forbuddet mod dobbeltdonation indebærer, at der kun må etableres assisteret reproduktion, hvis ægcellen stammer fra den fødende kvinde eller hvis sæden stammer fra hendes partner³¹. Surrogatmoderen ville således i Danmark skulle benytte sine egne kønsceller (eller i princippet hendes partners). Udover at forældrene gerne selv vil være genetiske forældre til barnet, kan surrogatmoderen også have egne betænkeligheder ved at dele DNA med det barn, som hun efterfølgende skal give fra sig. I andre lande³² er det ikke tilladt at indgå traditionelt surrogatmoderskab, blandt andet fordi man har erfaring med, at det skaber en større tilknytning mellem surrogatmoderen og barnet, hvis de deler DNA.

Det ubetingede forbud mod assisteret reproduktion til surrogatmødre, samt forbuddet mod dobbeltdonation, efterlader barnløse, der har fundet en surrogatmoder, med to valg: at surrogatmoderen selv inseminerer, hvilket medfører, at hun bliver genetisk mor til barnet, eller få foretaget assisteret reproduktion i et land, hvor det er lovligt for sundhedspersonalet at assistere.

Grundet specialets begrænsede omfang, vil her ikke blive redegjort for andre landes lovgivning på området for assisteret reproduktion. Det skal alene nævnes, at flere lande har en langt lempeligere lovgivning end Danmark, hvorfor der er eksempler på, at danske barnløse søger til f.eks. Indien, Californien eller Ukraine³³, for at få hjælp til assisteret reproduktion. Det er som udgangspunkt intet i den danske lovgivning, der forhindrer dem heri.

2.3. Indgåelse af aftale om surrogatmoderskab

Såfremt det barnløse par indgår en aftale med en surrogatmoder og får hjælp til assisteret reproduktion i udlandet, kan de ikke få de danske myndigheders hjælp til at fuldbyrde aftalen.

Dette fremgår direkte af BL § 31, der har følgende ordlyd:

³⁰ LFF 1996-10-02 nr. 5 Forslag til Lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v., bem. til § 12

³¹ Jf. LAR § 5

³² F.eks. USA i delstaten North Dakota, hvor surrogatmoderskab kun kan ske, såfremt der anvendes donoræg eller æg fra den sociale mor, jf. N.D. Cent. Code § 14-18-08. Anvendes surrogatmoderens egne æg er aftalen ikke gyldig og surrogatmoderen bliver juridisk mor til barnet, jf. N.D. Cent. Code § 14-18-05.

³³ *Alfort*, Sara, Pigen med de tre mødre, Zetland, 2014

”En aftale om, at en kvinde, som føder et barn, efter fødslen skal udlevere barnet til en anden, er ugyldig.”

Ugyldigheden medfører, at surrogatmoderen ikke har pligt til at udlevere barnet, og at de sociale forældre ikke har pligt til at modtage barnet³⁴.

At en aftale om surrogatmoderskab ikke er gyldig, gjaldt muligvis allerede på ulovbestemt grundlag før indførelsen af § 31³⁵. I forarbejderne til § 31 anerkendte børnelovsudvalget, at dette muligvis allerede var gældende ret, men de ønskede alligevel udtrykkeligt at fastslå princippet i loven. Udover selve signalværdien, ville en direkte lovhjemmel kunne få betydning for, om Danmark kunne tilside-sætte en udenlandsk aftale om surrogatmoderskab med henvisning til, at aftalen ville stride imod dansk ordre public³⁶. Spørgsmålet om Danmarks muligheder herfor behandles nærmere i afsnit 2.5.2.3.

2.4. Barnets danske indfødsret

Det følger af Indfødsretsloven³⁷ (herefter IFL) § 1, stk. 1, at et barn erhverver dansk indfødsret ved fødslen, hvis faren eller moren er dansk. Automatisk indfødsret til et barn født i udlandet af en surrogatmoder kræver derfor, at enten den danske mor eller den danske far bliver anerkendt efter dansk ret som forælder til barnet. Det volder sjældent problemer at anerkende den danske far, jf. nedenfor i afsnit 2.5.1.1., og derfor kan forældrene i dag uden problemer rejse tilbage til Danmark med barnet. Denne retsstilling følger af en lovændring i 2014³⁸. Forud for ændringen opnåede et barn født af en surrogatmoder i udlandet ikke automatisk indfødsret til Danmark. Eftersom ændringen ikke er foretaget med tilbagevirkende kraft, er retsstillingen før 2014 stadig relevant for de børn, der er født af surrogatmødre i udlandet før 1. juli 2014.

IFL § 1, stk. 1 havde før ændringen tillige et 2. pkt., hvor bestemmelsen havde følgende ordlyd:

*”Et barn erhverver dansk indfødsret ved fødslen, hvis faderen eller moderen er dansk. **Er barnets forældre ikke gift, og er kun faderen dansk, erhverver barnet kun dansk indfødsret, hvis det er født her i riget.**”*³⁹ (udh. her)

Såfremt surrogatmoderen føder barnet udenfor Danmark, erhverver barnet således ikke automatisk indfødsret. I stedet skal reglerne om familiesammenføring anvendes, hvilket er en manuel og tidskrævende proces sammenlignet med en automatisk indfødsret. Der er eksempler på, at danske forældre har været nødsaget til at opholde sig i udlandet i måneder og år, mens de venter på at få lovlig indrejse med barnet^{40,41}. For at undgå dette, vælger nogle forældre urigtigt at forklare for de danske myndigheder, at de selv har født barnet, mens de var i udlandet. Dette skete blandt andet i den under

³⁴ Nielsen, Linda, Faderskab og moderskab ved kunstig befrugtning En komparativ analyse i forbindelse med de nye forplantningsteknologier, UfR 1989B.197

³⁵ Ibid., hvor Nielsen argumenterer for, at der gælder en stærk formodning om den fødende kvindes moderskab.

³⁶ KBET 1998 nr 1350 Betænkning om børns retsstilling, afsnit 2.8.

³⁷ LBKG 2018-07-10 nr. 1029 om dansk indfødsret

³⁸ L 2014-06-25 nr 729 Ændring af lov om dansk indfødsret (Erhvervelse af dansk indfødsret ved fødslen m.v.)

³⁹ LBKG 2004-06-07 nr. 422 om dansk indfødsret, § 1, stk. 1

⁴⁰ Sara Alfort, Pigen med de tre mødre, Zetland, 2014

⁴¹ Munch, Per, Louise Bott Traberg Smidt er blevet juridisk epicenter for barnløse, Politiken, 2019

afsnit 2.1. refererede utrykte afgørelse fra Retten i Sønderborg⁴², der dog ikke vedrørte en surrogat-aftale, men en privat adoptionsaftale, hvor udfordringerne med at få barnet til Danmark er tilsvarende. Advokat Louise Tranbjerg Smidt anslår, at op mod 90 % af de danske par, der benytter surrogatmødre i udlandet, anvender denne metode, som alternativ til at søge om familiesammenføring⁴³.

Udover det ulovlige i at afgive urigtige oplysninger til det offentlige, jf. STRFL § 163, så skaber en urigtig registrering ikke ret⁴⁴. Disse børn, der er født af en surrogatmor i udlandet før 1. juli 2014 og er kommet til Danmark uden at forældrene har søgt om familiesammenføring, opholder sig derfor principielt ulovligt i Danmark og er reelt ikke danske statsborgere.

En analyse af, hvilket statsborgerskab – hvis overhovedet noget – barnet vil være berettiget til, vil indebære kendskab til surrogatmoderens hjemlands lovgivning, og vil derfor ikke blive behandlet her.

For så vidt angår opholdstilladelsen, følger det af Udlændingeloven⁴⁵ (herefter UDL) § 19, stk. 2, nr. 1, at en opholdstilladelse opnået ved svig kan inddrages. Den udøvede svig skal kunne tilregnes personen. Afgørelse om ophør af opholdsret forudsætter således, at svigen er udøvet af personen selv eller under personens forsætlige medvirken⁴⁶. I et surrogatbarns tilfælde er det forældrene, der har fremsat de svigagtige oplysninger, og spørgsmålet er derfor, om der sker identifikation mellem forældrene og barnet. Dette fik Østre Landsret mulighed for at tage stilling til i U 1996.1422 Ø.

I sagen fik en 5-årig tyrkisk dreng opholdstilladelse med henblik på familiesammenføring med et ægtepar, der angiveligt var hans forældre. Det viste sig efterfølgende, at drengen ikke var barn af ægteparret. Opholdstilladelsen blev inddraget, da den var opnået ved svig. Landsretten fandt således, at der skulle ske identifikation mellem drengen og forældrene i relation til den udøvede svig.

Hvis en opholdstilladelse er opnået ved svig, var retsstillingen tidligere således, at personen skulle udvises. Det er ikke længere tilfældet. Medmindre personen tillige har begået noget strafbart, der efter dom kan medføre udvisning, er retsvirkningen alene, at opholdstilladelsen inddrages⁴⁷.

Inden der træffes beslutning om inddragelse af opholdstilladelsen, skal det overvejes, om udvisningen vil være særligt belastende for den pågældende, jf. UDL § 26, stk. 1, jf. § 19 a, stk. 2, 1. pkt. For et surrogatbarn bør følgende hensyn inddrages:

- barnets tilknytning til det danske samfund, jf. § 26, stk. 1, nr. 1,
- barnets tilknytning til sine danske forældre, jf. § 26, stk. 1, nr. 3,
- hensynet til at holde familien samlet, jf. § 26, stk. 1, nr. 4, og
- barnets manglende tilknytning det land, hvor barnet er født, jf. § 26, stk. 1, nr. 5.

⁴² Bilag 1

⁴³ Ritzau, Borgerservice tjekker sjældent, om forældre, der bringer et barn hjem fra udlandet, har benyttet en rugemor, Avisen.dk, 2019

⁴⁴ Se bl.a. IRL § 8 A om statsborgerskab opnået ved svig samt UDL § 19, stk. 2, nr. 1 om opholdstilladelse opnået ved svig

⁴⁵ LBKG 2019-10-02 nr 1022 Udlændingeloven

⁴⁶ Udlændingestyrelsens orientering til Statsforvaltningen om EU-opholdsbekendtgørelsen, 26.11.2015, afsnit 2.7.4.

⁴⁷ KBET 1982 nr. 968 om udlændingelovgivningen Udkast til ny udlændingelov, s. 156

UDL § 26, stk. 1, nr. 4 knytter sig til EMRK art. 8, som under visse omstændigheder selvstændigt kan udgøre beskyttelse af en udlændings opholdsret. Den danske udlændingelovgivning må derfor læses i lyset af EMRK art. 8 om retten til respekt for familieliv. Konventionsorganernes praksis viser, at der ved vurdering af, om art. 8 er overholdt, typisk lægges vægt på **1)** om der er tale om et familieliv i art. 8's forstand, **2)** om inddragelse af opholdstilladelsen vil medføre et indgreb i dette familieliv, og **3)** om indgrebet kan legitimeres, fordi det falder indenfor medlemsstaternes "margin of appreciation"⁴⁸. EMRK art. 8, herunder den nærmere definition på "familieliv", vil blive behandlet nærmere i kapitel 3.

I den ovenfor refererede U 1996.1422 Ø omgjorde Østre Landsret Indenrigsministeriets afgørelse om at inddrage den tyrkiske drengs opholdstilladelse med henvisning til hensynene i UDL § 26. Den 5-årige dreng, der klarede sig godt i skolen, havde mange nære relationer i Danmark og begrænset tilknytning til hjemlandet Tyrkiet, fik altså lov til at blive i Danmark.

Resultatet vil formentligt blive det samme for surrogatbørn født før 1. juli 2014. Uanset at barnet som udgangspunkt må bære konsekvenserne af, at forældrene gav urigtige oplysninger i forbindelse med indrejsen i Danmark, vil det næppe medføre, at barnet bliver frataget opholdstilladelsen. Barnets mere end syv års tilknytning til det danske samfund og sin danske familie, vil formodentlig blive udslagsgivende, sammenholdt med, at barnet i de fleste tilfælde ikke vil have tilknytning til sit fødeland.

2.5. Anerkendelse af forældreskab og -myndighed

Når de sociale forældre kommer tilbage til Danmark med barnet, skal deres retlige relation til barnet anerkendes i dansk ret. Forældrene ønsker typisk fælles forældremyndighed, ligesom de begge vil anerkendes som retlige forældre til barnet.

2.5.1. Det retlige forældreskab

Spørgsmålet om forældreskab er reguleret i BL. Det retlige forældreskab medfører rettigheder og forpligtelser for både barn og forælder, og her skal indledningsvis alene fremhæves tre af disse rettigheder.

Det retlige forældreskab medfører *gensidig arveret* mellem barn og forælder, jf. Arveloven⁴⁹ (herefter AL) kap. 1. Bliver en af de sociale forældre ikke anerkendt som retlig forælder til barnet, kan arveretten etableres gennem et testamente.

Det retlige forældreskab medfører endvidere, at barnet kan få *samvær med den forælder, som barnet ikke bor hos*, i tilfælde af, at forældrene går fra hinanden, jf. Forældreansvarsloven⁵⁰ (herefter FAL) § 19. Bliver eksempelvis den sociale mor ikke anerkendt som retlig forælder til barnet, kan hverken barnet eller den sociale mor vide sig sikker på, at de kan opretholde kontakten i tilfælde af, at familien splittes op.

⁴⁸ Dilou Jacobsen, Bjørn, Larsen, Niels Henrik, Lassen, Nina Marie, et al., Udlændingeret. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundet, København, 2017, s. 466

⁴⁹ L 2007-06-06 nr. 515 Arveloven

⁵⁰ LBKG 2019-08-07 nr 776 Forældreansvarsloven

Det retlige forældreskab er også afgørende for *retten til barsel*. Ankestyrelsen har i Principafgørelse 1-19 udtalt, at en social mor til et surrogatbarn ikke har ret til barselsdagpenge på grund af den manglende anerkendelse af det retlige forældreskab. Det blev samtidig fastslået, at hverken retlige far eller den sociale mor kan indtræde i de 14 ugers orlov, der normalt følger moren efter fødslen. Den retlige far får 14 dages barsel efterfulgt af 32 ugers forældreorlov, mens den sociale mor ikke har ret til hverken barsel eller orlov.

Som det fremgår af ovenstående, har det stor betydning for forældre og barn, at de sociale forældre anerkendes som barnets retlige forældre. I det følgende redegøres for de sociale forældres muligheder herfor.

2.5.1.1. Den sociale fars retlige forældreskab

Den sociale far har sjældent problemer med at blive anerkendt som retlig far, så længe han er biologisk og genetisk far til barnet. Ofte anerkender han sit faderskab i forbindelse med barnets fødsel i det pågældende land. Hvorvidt Danmark anerkender en afgørelse om faderskab truffet i et andet land, afhænger nærmere af de internationale konventioner, der gælder mellem landene. Normalt vil det være uproblematisk at lægge en sådan anerkendelse til grund i Danmark, hvis ellers retsvirkningerne af det udenlandske faderskab er som i Danmark⁵¹.

Grundet specialets begrænsede omfang, og fordi anerkendelse af faderskabet umiddelbart ikke volder problemer i dansk ret, vil forholdet ikke blive behandlet nærmere.

2.5.1.2. Den sociale mors retlige forældreskab

Den sociale mor har sværere ved at blive anerkendt som retlig mor til barnet, uanset hendes genetiske tilknytning til barnet. Ifølge BL § 30 anses den kvinde, der føder barnet, som mor til barnet. Surrogatmoderen er derfor retlig mor til barnet, uanset om hun tillige er genetisk mor til barnet eller ej.

At den sociale mor er registreret som retlig mor på en fødselsattest i det land, hvor barnet er født, ændrer ikke på, at surrogatmoderen er juridisk mor til barnet ifølge dansk ret. Ankestyrelsens praksis er således, at sådanne udenlandske fødselsattester bliver afvist med henvisning til dansk ordre public⁵². I afsnit 2.5.2.3. vil ordre public forbeholdet blive behandlet nærmere i forhold anerkendelse af udenlandske afgørelser om forældremyndighed. I modsætning til forældremyndighed, er der ingen internationale konventioner, der regulerer, om Danmark skal anerkende en udenlandsk afgørelse om forældreskab, hvorfor dette alene afgøres efter dansk international privatret.

Da den sociale mor ikke kan støtte ret på en eventuel udenlandsk fødselsattest, må hendes retlige forældreskab etableres gennem adoption. Da den sociale fars retlige forældreskab som nævnt bliver anerkendt straks, kan den sociale mor via farens forældreskab søge om stedbarnsadoption, jf. ADL § 5 a. Betingelserne herfor vil blive gennemgået i det følgende.

⁵¹ Nyhedsbrev fra Ankestyrelsen, Surrogatmoderskab – en usikker affære, marts 2014

⁵² Ankestyrelsens udtalelse af 20. december 2013, TFA 2014.96

2.5.1.2.1. Samlivskravet i ADL § 5 a

ADL § 5 a kræver, at der skal være tale om et stabilt familieliv. Dette krav er i praksis blevet fortolket som et krav om, at den sociale mor skal have haft et samliv med faren og barnet i to og et halvt år, før hun kan ansøge om stedbarnsadoption. Kravet om, at familien skal have haft to og halvt års samliv hænger sammen med, at adoption kun godkendes, hvis adoptionen antages at være til gavn for barnet, jf. ADL § 2. Samlivskravet kan efter en konkret vurdering fraviges, hvis der foreligger særlige omstændigheder⁵³. I 2017 behandlede Ankestyrelsen tre sager principielt⁵⁴, hvor spørgsmålet var, om der forelå sådanne særlig omstændigheder, at det kunne begrunde en fravigelse af samlivskravet.

I den første sag havde et heteroseksuelt par indgået en altruistisk surrogataftale med den sociale mors søster. Den sociale mor fik lov til at stedbarnsadoptere straks efter barnets fødsel. Kravet om det stabile familieliv var opfyldt gennem parrets længerevarende samliv og ægteskab, ligesom det blev tillagt betydning, at parret i forvejen havde et fællesbarn, som der skulle sikres en retlig søskenderelation til.

Af sagen kan udledes, at den sociale mor kan blive anerkendt som retlig mor inden barnet fylder to og et halvt år, såfremt den sociale mor og den retlige far på anden vis kan godtgøre, at de har et stabilt familieliv, f.eks. ved et længerevarende samliv eller ægteskab, og at de i forvejen har børn sammen.

De to øvrige sager omhandlede lesbiske par, som havde benyttet sig af donorsæd. I begge tilfælde havde den ene kvinde leveret et æg, mens den anden kvinde havde båret barnet. Da kvinden der fødte barnet blev anerkendt som retlig mor, var det barnets genetiske mor, der nu søgte om at blive medmor via stedbarnsadoption. Afgørelserne rummer flere problemstillinger specifikt for homoseksuelle par. Til brug for specialets problemstilling skal alene fremhæves, at Ankestyrelsen i begge afgørelser fremhæver, at det ikke er en særlig omstændighed, at adoptanten er genetisk mor til barnet.

Sagerne illustrerer, at det ikke har betydning, at barnet er kommet til verden gennem en surrogataftale, hvor ansøgeren deler DNA med barnet. Dette sammenholdt med ADL § 5 a's kerneområde, den klassiske stedbarnsadoption, hvor en de facto stedmor, f.eks. mandens nye hustru, ønsker at stedbarnsadoptere mandens særbarn. Den genetiske tilknytning tillægges ikke umiddelbart betydning.

2.5.1.2.2. Inddragelse af de retlige forældre

I visse tilfælde, kan en stedbarnsadoption først ske, når barnet er syv-otte år på trods af, at der er etableret et stabilt familieliv. Dette kan skyldes surrogatmoderens forhold.

Surrogatmoderen, der er barnets retlige mor, skal som udgangspunkt ikke samtykke til stedbarns-adoptionen, eftersom hun normalt ikke har del i forældremyndigheden, jf. ADL § 7, stk. 2. En forælder, der ikke har del i forældremyndigheden, skal dog høres over en ansøgning om stedbarnsadop-tion, hvor forælderen får mulighed for at erklære sig enig eller uenig i adoptionen, jf. ADL § 13. En manglende reaktion på en henvendelse fra Familieretshuset vedrørende holdningen til adoptionen fra surrogatmoderen, vil af Familieretshuset blive tillagt virkning som en protest mod adoptionen⁵⁵. Rets-

⁵³ VEJL 2019-07-10 nr 9644 Adoption, afsnit 4.2.1.

⁵⁴ Ankestyrelsens Principafgørelse 79-17

⁵⁵ VEJL 2019-07-10 nr. 9644 Adoption, afsnit 6.3.4.

virksomheden af, at der protesteres mod stedbarnsadoptionen er, at adoptionen som udgangspunkt afvises, såfremt den retlige forælder uden del i forældremyndigheden (surrogatmoderen) har haft kontakt til barnet de seneste syv-otte år⁵⁶.

Baggrunden for dette krav er, at den forælder, der ikke har del i forældremyndigheden, skal have tilstrækkelig tid til at få genetableret en kontakt med barnet. Her er der særligt tænkt på tilfælde, hvor forældremyndighedsindehaveren har modarbejdet en kontakt mellem barnet og den anden forælder⁵⁷. Dette hensyn giver mening, hvis der er tale om en klassisk stedbarnsadoption, men virker unødvendig i det tilfælde, hvor den retlige forælder er en surrogatmoder, der ikke deler DNA med barnet, aldrig har haft en interesse i at være forælder til barnet og ikke har haft kontakt med barnet siden fødslen.

Familieretshuset kan beslutte at undlade at indhente erklæring fra surrogatmoderen, såfremt det vil medføre en uforholdsmæssig forsinkelse af sagen, jf. ADL § 13. Spørgsmålet er, om denne bestemmelse i praksis benyttes til at løse et eventuelt problem med en surrogatmoder, der ikke svarer eller ikke kan lokaliseres. I en analyse af forældreskab udgivet af Social- og Indenrigsministeriets⁵⁸ fremgår det, at bestemmelsen kan anvendes, hvor surrogatmoderens opholdssted ikke kendes og ikke kan fremskaffes indenfor rimelig tid. Dette modstrider dog selvsamme ministeriums vejledningen om adoption⁵⁹, hvor det fremgår, at såfremt den pågældende forælder ikke kan lokaliseres, og Familieretshuset derfor undlader at indhente en erklæring, må den manglende erklæring tillægges virkning som en protest.

Hverken vejledningen eller analysen kan betragtes som selvstændige retskilder, da endelig lovfortolkning altid sker ved domstolene, men begge kan anvendes som fortolkningsbidrag. De må anses som værende udtryk for, hvordan Social- og Indenrigsministeriet opfatter gældende ret. Eftersom vejledningen er udgivet i 2019 og analysen er fra 2016, må den nyeste udgivelse umiddelbart have forrang som fortolkningsbidrag. På den anden side udtaler vejledningen sig generelt om stedbarns-adoption, hvorimod analysen forholder sig specifikt til stedbarnsadoption af et surrogatbarn. Konklusionen på ovenstående må være, at såfremt surrogatmoderen ikke kan lokaliseres, forholder sig passivt eller direkte protesterer mod stedbarnsadoptionen, er der risiko for, at en ansøgning ikke vil kunne imødekommes, før barnet er syv-otte år gammel.

2.5.1.2.3. ADL § 5 a i relation til ADL § 15

Uanset at surrogatmoderen kan lokaliseres og gerne vil erklære sig enig i stedbarnsadoptionen, er praksis således, at surrogatmoderen ikke bliver spurgt, hvis hun har modtaget vederlag i forbindelse med aftalen om surrogatmoderskab, jf. ADL § 15.

Det fremgår nemlig af ADL § 15, 1. pkt., at *”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.”*

Det er først og fremmest relevant at undersøge, hvornår der foreligger et sådant vederlag, at det kan begrunde en afvisning af ansøgning om adoption. Af forarbejderne til ADL fremgår, at den kvinde,

⁵⁶ Ibid., afsnit 6.3.3.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Social- og Indenrigsministeriet, Forældreskab i børneloven, 2016, s. 56

⁵⁹ VEJL 2019-07-10 nr 9644 Adoption, afsnit 6.3.5.

der skal føde barnet, ikke må kunne opnå nogen fortjeneste eller på anden måde få hævet sin levestandard herved. Der må kun ydes dækning af konkrete, rimelige udgifter, der står i forbindelse med kvindens graviditet og fødsel. Der næves som eksempel, at det er acceptabelt, hvis der bliver betalt udgifter til medicin, svangerskabstøj, mindre beløb til ekstra kost og eventuelle rejseudgifter i forbindelse med undersøgelser. Spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en egentlig betaling for barnet, må afgøres efter en samlet bedømmelse af omstændighederne i den konkrete sag⁶⁰.

Denne konkrete bedømmelse blev foretaget af Ankestyrelsen i Principafgørelse 54-16. Afgørelsen indeholder to sager, hvor stedbarnsadoptionen blev nægtet, fordi Ankestyrelsen vurderede, at surrogatmødrene havde modtaget et vederlag i ADL's forstand.

I sag nr. 1 betalte et dansk par ”et par 100.000 kr.” til en klinik i Ukraine, og det var af disse penge, at surrogatmoderen modtog sin betaling. Forældrene oplyste, at surrogatmoderen ville blive i stand til at købe en lejlighed for den betaling hun fik fra klinikken.

Afgørelsen stemmer overens med forarbejderne til ADL på den måde, at surrogatmoderen utvivlsomt har opnået en fortjeneste, såfremt hun efterfølgende er i stand til at erhverve fast ejendom for beløbet. Sagen overgik efterfølgende til domstolene, hvor både Byretten og Landsretten⁶¹ var enig med Ankestyrelsen. Sagens endelig udfald afventer afgørelse i Højesteret.

I sag nr. 2 betalte de danske forældre 30.000 dollars til en klinik i Indien. Forældrene oplyste, at de antog, at surrogatmoderen modtog nogle af disse penge. Surrogatmoderen havde desuden skrevet under på, at hun havde modtaget betaling for udgifterne og at parterne ikke længere havde et økonomisk mellemværende.

I denne afgørelse er der ikke på samme måde oplyst, hvad surrogatmoderen potentielt kunne erhverve for pengene i Indien. Dette kan skyldes, at 30.000 dollars utvivlsomt er mange penge i Indien, uanset om surrogatmoderen kun modtog en brøkdel heraf.

Sagerne illustrer, at Ankestyrelsen og domstolene benytter de kriterier som forarbejderne fra 1986 foreskriver. Det vil aldrig blive muligt at sætte et bestemt beløb på, hvornår der er tale om en egentlig betaling for et barn. For det første er der stor forskel på, hvilken købekraft et givent beløb har afhængigt af, hvor surrogatmoderen lever. Dertil kommer, at udgifterne til medicin og sundhedsfaglig behandling kan variere meget på tværs af lande, hvilket har indflydelse på den pris, som parrene betaler. Sagerne må derfor afgøres konkret ud fra surrogatmoderens levestandard før og efter surrogataftalens indgåelse. Såfremt det kan godtgøres, at den konkrete surrogatmoder har forhøjet sin levestandard efterfølgende, og denne forhøjelse skyldes, at hun indgik en surrogataftale, vil der være tale om et vederlag i ADL's forstand.

Ifølge ordlyden af ADL § 15 er alene den, der skal give *samtykke* til adoptionen omfattet af forbuddet mod vederlag. Som det fremgår ovenfor i afsnit 2.5.1.2.2., skal surrogatmoderen ikke direkte samtykke til stedbarnsadoptionen, idet hun normalt ikke har del i forældremyndigheden. Hun skal alene afgive erklæring om hendes holdning til adoptionen. Det kan derfor overvejes, om surrogatmoderen af denne grund slet ikke er omfattet af ADL § 15.

⁶⁰ LFF 1986-01-30 nr 164 Ændring af adoptionsloven og indfødsretsloven. (Formidling af adoption m.v.), alm. bem.

⁶¹ TFA 2019.291 Ø

For at besvare dette spørgsmål, kan bestemmelsens ordlyd ikke stå alene, men også bestemmelsens formål må inddrages. ADL § 33, som blev behandlet i afsnit 2.1., omtaler i sine forarbejder formålet med at forhindre kommercielle surrogataftaler, hvorfor den nuværende ADL § 15 i relation til surrogataftaler må læses i lyset af ADL § 33 og denne bestemmelses tilblivelse. Det skal dog nævnes, at en overtrædelse af ADL § 33 (hvis et barnløst par eksempelvis opsøger en klinik, der agerer mellemmand) aldrig i sig selv kan begrunde, at en stedbarnsadoption nægtes⁶². Forarbejderne benyttes her alene til at udlede formålet med ADL § 33 og deraf også ADL § 15.

Af de almindelige bemærkninger til lovforslaget fremgår blandt andet følgende:

*”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.”*⁶³

En formålsfortolkning fører altså til, at surrogatmoderen også bør være omfattet af forbuddet mod vederlag. Eftersom der henvises til ”de grundlæggende principper i vort samfund” taler dette for, at formålet generelt bør tillægges stor betydning ved afvejning af de respektive fortolkningsbidrag.

Den gældende ADL § 15 blev forfattet ved lov nr. 223 af 2. april 1997 med det formål at bringe det danske regelsæt i overensstemmelse med Haagerkonventionen af 29. maj 1993^{64,65}. Ændringen af bestemmelsen gik primært ud på, at bestemmelsen skulle have et bredere anvendelsesområde, idet bestemmelsen eksempelvis også skulle rumme den situation, hvor adoptanten blev betalt for at aftage barnet⁶⁶. Der er intet i forarbejderne, der tyder på, at der med indsættelsen af formuleringen ”nogen, der skal afgive samtykke til adoptionen”, var tilsigtet nogen ændring i forhold til, at en ansøgning om bevilling til adoption ikke skulle imødekommes, hvis der var betalt vederlag til barnets retlige forældre, altså her surrogatmoderen.

Østre Landsret har for nyligt fået lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet i TFA 2019.291 Ø (sag nr. 1 i Ankestyrelsens Principafgørelse 54-16 som refereret tidligere i dette afsnit). Den eventuelle fortolkningstvivl, der kunne følge af ordlyden i ADL § 15 om, hvorvidt surrogatmoderen er en af de ”nogen”, der skal give samtykke, løser Landsretten ved at konkludere, at surrogatmoderens samtykke til surrogatarrangementet er at sidestille med et samtykke til stedbarnsadoptionen. De betragter således surrogatarrangementet som en helhed (der kræver samtykke), i stedet for at betragte stedbarnsadoptionen fra surrogatmoderen til den sociale mor isoleret set (der alene kræver erklæring).

Afgørelsen er i overensstemmelse med formålet med loven som det fremgår af forarbejderne fra 1986. Som også Landsretten bemærker, er det et politisk spørgsmål om hvorvidt kommercielle surrogataftaler skal forhindres ved straf eller via andre tiltag. Dette kan man vælge at fortolke således, at der skal en ændring til fra lovgivers side, før Landsretten er villig til at se bort fra de tungtvejende hensyn,

⁶² VEJL 2019-07-10 nr. 9644 Adoption, afsnit 6.6.

⁶³ LFF 1986-01-30 nr. 164 Ændring af adoptionsloven og indfødsretsloven. (Formidling af adoption m.v.), alm. bem., afsnit 5 b

⁶⁴ KBET 1996 nr. 1323 om Haagerkonventionen af 29. maj 1993 om beskyttelse af børn og om samarbejde med hensyn til internationale adoptioner sammenholdt med dansk adoptionslovgivning afgivet af Justitsministeriets adoptionsudvalg, afsnit 4.1.1.

⁶⁵ LFF 1996-11-14 nr. 73 Forslag til Lov om ændring af adoptionsloven, indfødsretsloven og navneloven, bem. til nr. 3

⁶⁶ Ibid.

der ligger i forarbejderne. Højesteret forventes at tage endelig stilling til spørgsmålet i slutningen af 2020.

Konklusionen er derfor, at den nuværende retsstilling indebærer, at den sociale mor ikke kan anerkendes som retlig mor til barnet, såfremt der er ydet vederlag til surrogatmoderen.

2.5.2. Forældremyndighed

Spørgsmålet om forældremyndighed er reguleret i FAL. Forældremyndighed medfører en pligt til at give barnet omsorg samt en ret til at handle på barnets vegne ved at træffe afgørelse om barnets personlige forhold, jf. FAL § 2. Dette princip udmønter sig flere steder i lovgivningen, hvor eksempelvis offentlige myndigheder kun kan træffe afgørelse vedrørende barnet med forældremyndighedsindehaverens accept, eller hvor en offentlig ydelse er betinget af, at ansøgeren har forældremyndigheden over barnet. Som et praktisk eksempel på, hvor handleretten har betydning, kan nævnes sundhedsfaglig behandling af barnet, jf. Sundhedsloven⁶⁷ (herefter SL) § 17 e.c. Såfremt den ene af forældrene ikke opnår forældremyndighed over barnet, kan denne forælder ikke tage barnet til læge, da ikke-forældremyndighedsindehaveren ikke kan samtykke til sundhedsfaglig behandling af barnet.

Efter Justitsministeren i 1986 afslog at indføre et ubetinget forbud mod surrogataftaler, indførtes en administrativ forskrift, der var tænkt som et værn mod kommercielle surrogataftaler, og som følge deraf blev omtalt som ”værnsbestemmelsen”.

Værnsbestemmelsen blev indsat i forældremyndighedsbekendtgørelsen af 1986⁶⁸, og havde de følgende 30 år denne ordlyd:

”Ydes der vederlag eller betaling for tabt arbejdsfortjeneste til indehaveren af forældremyndigheden, kan aftalen ikke godkendes.”

Pr. 1. april 2019 blev bestemmelsen overført til lovform⁶⁹, da den blev indsat direkte i FAL § 13, stk. 3, 2. pkt. nu med følgende ordlyd:

”Endvidere er en aftale efter stk. 2 [aftale om overførsel af forældremyndighed] ikke gyldig, hvis der ydes vederlag eller betaling for tabt arbejdsfortjeneste til forældremyndighedens indehaver.”

Det følger af forarbejderne, at værnsbestemmelsen er indsat i loven af ordensmæssige hensyn⁷⁰. Herfra må udledes, at der ikke er tiltænkt nogen materiel ændring i bestemmelsens anvendelsesområde. Derfor må tidligere praksis, forarbejder mv. fortsat kunne anvendes til at belyse retsstillingen efter lovændringen.

⁶⁷ LBKG 2019-08-26 nr. 903 Sundhedsloven

⁶⁸ BEK 05-09-1986 nr. 596 § 6, stk. 2. Forældremyndighedsbekendtgørelsen havde i 1986 sin hjemmel i Myndighedsloven, jf. LBKG 03-10-1985 nr. 443 § 28.

⁶⁹ L 2018-12-27 nr 1711 Ændring af forældreansvarsloven, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love

⁷⁰ LFF 2018-11-07 nr. 91 Ændring af forældreansvarsloven, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love, bem. til nr. 11

I det følgende behandles værnsbestemmelsens indflydelse på de sociale forældres muligheder for at opnå forældremyndigheden over et barn født på baggrund af et kommercielt surrogatarrangement.

2.5.2.1. Den sociale fars forældremyndighed

Som følge af, at den sociale far straks ved barnets fødsel kan anerkendes som barnets retlige far, jf. ovenfor i afsnit 2.5.1.1., får han som udgangspunkt også del i forældremyndigheden, jf. FAL § 7, stk. 1, nr. 1.

Siden 1996 har retlige forældre ikke skulle ansøge om at få fælles forældremyndighed, da godkendelseskravet⁷¹ er blevet erstattet med en anmeldelsespligt⁷². Den retlige far kan derfor straks efter barnets fødsel opnå fælles forældremyndighed med den retlige mor (der på dette tidspunkt er surrogatmoderen, jf. ovenfor i afsnit 2.5.1.2.) alene ved at afgive erklæring herom.

Efterfølgende kan faren og surrogatmoderen ansøge om ophør af den fælles forældremyndighed, således at denne tillægges faren alene, jf. FAL § 10. Siden 2004 har sådanne aftaler heller ikke krævet godkendelse, men alene anmeldelse⁷³.

Konsekvensen af godkendelseskravet afskaffelse må være, at forholdet falder udenfor værnsbestemmelsens anvendelsesområde, der alene aktualiseres ved aftaler, der skal godkendes⁷⁴. Forarbejderne forholder sig ikke til spørgsmålet, hvilket kan være et udtryk for, at retsvirkningen var utilsigtet. Lovgiver har muligvis ikke været opmærksom på, at afskaffelsen af godkendelseskravet også medførte, at man fjernede et ”værn” mod de kommercielle surrogataftaler.

2.5.2.2. Den sociale mors forældremyndighed

Den sociale mor har sværere ved at blive anerkendt som retlig mor, jf. ovenfor i afsnit 2.5.1.2. Hendes mulighed for at få del i forældremyndigheden, kan derfor ikke blot afledes af et retlige forældreskab, men må afgøres efter FAL § 13, stk. 2. Bestemmelsen giver mulighed for, at en forælder, der har forældremyndigheden alene, kan aftale fælles forældremyndighed med sin samlever eller ægtefælle, der ikke er retlig forælder til barnet. En sådan overførsel kræver dog godkendelse, hvorfor spørgsmålet er, om værnsbestemmelsen forhindrer indgåelse af en sådan aftale.

Såfremt forældremyndigheden først overføres til faren alene, bør værnsbestemmelsen ikke forhindre, at der efterfølgende opnås fælles forældremyndighed mellem faren og den sociale mor⁷⁵. Værnsbestemmelsen nævner specifikt, at vederlag ikke må ydes til indehaveren af forældremyndigheden. På dette tidspunkt er indehaveren af forældremyndigheden faren, og der er ikke ydet noget vederlag mellem faren og den sociale mor, hvorfor forholdet umiddelbart falder udenfor ordlyden af værnsbestemmelsen.

⁷¹ LBKG 03-10-1985 nr. 443, Myndighedslov, § 9

⁷² L 14-06-1995 nr. 387, Lov om forældremyndighed og bopæl, § 6

⁷³ L 2004-06-09 nr. 446, Ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love, § 3

⁷⁴ Se også TFA 2017.76/1, afsnit 2.3.

⁷⁵ Se også TFA 2017.76/1, afsnit 2.4.

Problemet opstår således alene, hvis forældremyndigheden søges overført direkte fra surrogatmoderen til den sociale mor. En sådan aftale bør Familieretshuset afvise med hjemmel i værnbestemmelsen, da dette forhold er omfattet af bestemmelsens ordlyd.

Forud for Familieretshusets godkendelse af en aftale om overførsel af eneforældremyndighed til fælles forældremyndighed mellem faren og den sociale mor, skal der afholdes et møde i Familieretshuset, jf. forældremyndighedsbekendtgørelsen § 3, stk. 2⁷⁶. Dette møde kan tidligst afholdes tre måneder efter barnets fødsel, hvorfor den sociale mor tidligst kan få del i forældremyndigheden, når barnet er tre måneder gammel.

Forud for godkendelse af aftalen, skal der endvidere indhentes accept fra den forælder, der ikke har del i forældremyndigheden, dvs. surrogatmoderen, jf. FAL § 36, stk. 2. Familieretshuset kan undlade at indhente en erklæring, hvis det må antages at være til skade for barnet eller medføre uforholdsmæssig forsinkelse af sagen, jf. FAL § 36, stk. 3. Det fremgår af bemærkningerne til myndighedsloven⁷⁷ (herefter ML) § 27, hvor der fandtes en tilsvarende bestemmelse, at kriterierne i ML § 27 (og dermed også FAL § 36, stk. 2) svarer til kriterierne i ADL § 13⁷⁸. Retsvirkningen af, at surrogatmoderen ikke svarer eller ikke kan lokaliseres, må derfor som udgangspunkt være den samme som anført i afsnit 2.5.1.2.2., dvs. at godkendelse af fælles forældremyndighed kan risikere at måtte afvente at barnet er syv-otte år.

Det kan dog overvejes, om det ikke er mindre betænkeligt for Familieretshuset at godkende en aftale om overførsel af forældremyndighed uden erklæring fra surrogatmoderen, end det er at godkende en stedbarns adoption uden erklæring fra surrogatmoderen. En afgørelse om forældremyndighed er mindre indgribende end en afgørelse om adoption, idet forældremyndigheden automatisk ophører, når barnet er myndigt, hvorimod adoption skaber en retlig relation for livet. Dertil kommer, at en afgørelse om forældremyndigheden kan omgøres, såfremt det ikke længere er bedst for barnet, modsat adoption, der kun meget sjældent vil blive omgjort. Familieretshuset må som udgangspunkt være mindre betænkelige ved at fravige erklæringskravet, når erklæringen skal benyttes til en afgørelse af mindre indgribende karakter.

Der findes umiddelbart ikke trykt praksis på området, der kan belyse, om en manglende erklæring efter FAL § 36, stk. 3 skal have samme retsvirkning som en manglende erklæring efter ADL § 13. Muligvis er problemet ikke stort af praktiske grunde. Indhentelse af surrogatmoderens accept kan påbegyndes allerede tre måneder efter barnets fødsel, her er større chance for at lokalisere hende, idet forældrene muligvis stadig har kontakt med hende. Dette sammenholdt med indhentelse af erklæringen om adoption, der først kan påbegyndes to og et halvt år efter barnets fødsel.

⁷⁶ BKG 2019-03-20 nr 299 Forældremyndighed, barnets bopæl og samvær m.v.

⁷⁷ LBKG 03-10-1985 nr. 443 Myndighedsloven

⁷⁸ Bemærkningerne stammer fra en betænkningen fra 1983, som omtales af *Krone Christensen*, Stine, Forældreansvarsloven med kommentarer. 2. udgave, Karnov Group, København, 2014, kommentar til § 36, stk. 3, s. 565

2.5.2.3. Danmarks ret til at nægte anerkendelse af udenlandske afgørelser om forældremyndighed

Afgørelser om forældremyndighed træffes af myndighederne i det land, hvor barnet har bopæl⁷⁹. For et surrogatbarn, vil spørgsmålet om forældremyndighed blive afgjort i surrogatmoderens land, når barnet fødes der⁸⁰. Derfor hænder det, at de sociale forældre kommer tilbage til Danmark med en udenlandsk afgørelse, der giver dem fælles forældremyndighed over barnet. I dette følgende vil det blive undersøgt, om Danmark kan nægte at anerkende den trufne afgørelse med henvisning til ordre public.

Udgangspunktet er, at Danmark skal anerkende udenlandske afgørelser om forældremyndighed, jf. Haagerbørnebeskyttelseskonventionen⁸¹ (herefter "Konventionen") § 23, stk. 1, der gælder umiddelbart her i landet⁸². For lande, der ikke har tiltrådt Konventionen, gælder et tilsvarende princip på ulovbestemt grundlag, jf. dansk international privatret⁸³.

I Konventionens art. 23, stk. 2 findes en række undtagelser, hvor særligt litra d er relevant. Ifølge litra d kan anerkendelse nægtes, "*hvis anerkendelsen åbenbart vil stride mod grundlæggende retsprincipper i den stat, som anmodningen rettes til, under hensyntagen til barnets bedste*". Der er tale om et almindeligt ordre public forbehold, dog med henvisning til barnets bedste⁸⁴. En tilsvarende undtagelse gælder overfor de lande, som Danmark ikke er i konventionssamarbejde med, jf. dansk international privatret⁸⁵.

Anvendelsesområdet for ordre public fastsættes på national basis. Afgørende er, om afgørelsen vil give en retsstilling, som er meget vanskeligt forenelig med det danske retssystem, fordi den på afgørende vis strider imod danske etiske og moralske principper⁸⁶. Ordre public er en retlig standard, der ændrer sig i takt med den almindelige udvikling i samfundet⁸⁷.

I en vejledning fra Børne- og Socialministeriet antages det, at en i udlandet gyldigt indgået aftale om forældremyndighed, hvor der er ydet vederlag, ikke anerkendes i Danmark, fordi anerkendelse af aftalen vil stride imod grundlæggende danske retsprincipper⁸⁸. I litteraturen indtager Postdoc. Frank Høgholm Pedersen det modsatte synspunkt i en artikel i TFA 2019.99, idet der efter hans synspunkt ikke er grundlag for at statuere ordre public. I det følgende vil tre af Høgholm Pedersens argumenter blive gennemgået og sammenholdt med andre juridiske kilder.

⁷⁹ For kontraherende stater findes hjemlen i Konventionen art. 5 og for ikke-kontraherende stater findes hjemlen i Retsplejeloven § 448 g

⁸⁰ Social- og Indenrigsministeriet, Forældreskab i børneloven, 2016, s. 58

⁸¹ Haagerkonventionen af 19. oktober 1996 om kompetence, lovvalg, anerkendelse, fuldbyrdelse og samarbejde vedrørende forældres ansvar og foranstaltninger til beskyttelse af børn

⁸² LBKG 08/09/2015 nr. 1055 Lov om Haagerbørnebeskyttelseskonventionen, § 1, stk. 1

⁸³ VEJL 2019-03-20 nr. 9258 Anerkendelse af udenlandsk forældremyndighed, afsnit 3.1

⁸⁴ Ibid., afsnit 2.1.4.

⁸⁵ Ibid., afsnit 3.1.

⁸⁶ Arnt Nielsen, Peter, International privat- og procesret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997, s. 64

⁸⁷ Ibid., s. 65

⁸⁸ VEJL 2019-03-20 nr. 9258 Anerkendelse af udenlandsk forældremyndighed, afsnit 2.1.4.

A) Betydningen af komparativ ret

Høgholm Pedersen fremhæver, at stater som Danmark er i kulturfællesskab med, herunder Californien og Ukraine, ikke har et tilsvarende forbehold mod kommercielle surrogataftaler:

”Hvis andre kulturelt beslægtede lande kan leve med tilsvarende afgørelser, som de danske myndigheder vurderer, om ordre public skal anvendes over for, er dette også et forhold, som vægter i mod, at Danmark skal påberåbe sig ordre public.”⁸⁹

Forhenværende landsretsdommer Holger Kallehauge⁹⁰ samt Ph.d. Peter Arnt Nielsen⁹¹ fremhæver tilsvarende, at ordre public generelt i meget begrænset omfang bør påberåbes i forholdet mellem stater med sammenlignelige kulturgrundlag. Det er disse forfatteres afgrænsning af ordre public, som Høgholm Pedersen støtter sin analyse på.

I norsk juridisk litteratur er Dr.jur. Giuditta Cordero-Moss enig med ovenstående forfatterne i, at en international orientering ved fastlæggelsen af den nationale ordre public kan bidrage til at undgå, at de nationale domstole misbruger ordre public forbeholdet ved at anse enhver af sine egne regler som udtryk for fundamentale principper⁹².

Hun fremhæver dog, at dette også kan opnås ved at sætte som vilkår, at ordre public forbeholdet skal fortolkes snævert. Såfremt fastlæggelsen af indholdet af ordre public kræver inddragelse af komparative analyser, vil det betyde, at de nationale domstole reelt giver afkald på at definere, hvad der er fundamentale principper i domstolens eget system. Dette fremhæver Cordero-Moss som værende i strid med EU-Domstolens forståelse af ordre public. Efter EU-Domstolens praksis er det op til de nationale domstole af definere indholdet af ordre public indenfor de rammer, der sættes af EU retskilderne⁹³.

Cordero-Moss konkluderer, at udenlandsk retspraksis og komparative analyser er af betydning på grund af den underliggende målsætning om harmonisering af den internationale privatret. Men harmoniseringshensynet kan ikke række så langt, at den nationale domstol bør undgå at beskytte fundamentale principper i sit eget system, blot fordi der ikke findes tilsvarende principper i andre retssystemer⁹⁴.

Dr.jur. Mads Bryde Andersen har i en artikel trykt i UfR 2020B s. 53 undersøgt indholdet af lov og ærbarhed i DL 5-1-2 i relation til bl.a. surrogatmoderskab⁹⁵. Uanset at ordre public og principperne om lov og ærbarhed er to forskellige retlige standarder, omhandler de begge en vægring mod at lade

⁸⁹ TFA 2019.99, afsnit 4.2.

⁹⁰ Kallehauge, Holger, Ægteskab ved stedfortræder - et spørgsmål om ordre public, U.1971B.181, s. 198

⁹¹ Arnt Nielsen, Peter, International privat- og procesret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997, s. 65

⁹² Cordero-Moss, Giuditta, Norsk ordre public som skranke for partsautonomi i internasjonale kontrakter, Universitetsforlaget, Oslo, 2018, s. 105

⁹³ Ibid., s. 105-106

⁹⁴ Ibid., s. 106

⁹⁵ Bryde Andersen, Mads, »Lov og ærbarhed« i nutidens aftaleret - med særligt fokus på løfter og aftaler i den menneskelige intimsfære, U.2020B.53, s. 57

retssystemet understøtte forkastelige aktiviteter, der finder udtryk i fundamentale principper i samfundet⁹⁶. Bryde Andersen undersøger i sin artikel, hvorvidt kulturfællesskabet mellem de nordiske lande påvirker indholdet af ”lov og ærbarhed” i danske love. Han udtaler i denne forbindelse:

”At der på enkelte områder (herunder i synet på prostitution) gælder forskellige regler i de nordiske lande, påvirker selvsagt retsopfattelsen af disse forhold, men ikke den principielle analyse.”⁹⁷

Ovenstående må forstås således, at vi ikke kan undgå at blive inspireret af vores nabolande, som stiller spørgsmålstejn ved vores moralopfattelse, hvilket i sidste ende vil afspejles i vores retsopfattelse. Men der stopper påvirkningen også, da Bryde Andersen konkluderer, at den komparative ret ikke skal påvirke den principielle analyse af indholdet af DL 5-1-2. Det er nærliggende at overveje, om samme tankegang kan gøres gældende ved ordre public.

Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at der ikke er enighed om, hvor meget vægt den komparative analyse skal tillægges ved vurdering af den nationale ordre public.

I forlængelse heraf kan det overvejes, hvilket land der i givet fald bør sammenlignes med. Høgholm Pedersens analyse bygger på det argument, at når eksempelvis Californien og Ukraine tillader kommercielt surrogatmoderskab, så må Danmark også anerkende afgørelser herfra. Ifølge Kallehaug kan en komparativ analyse med afgørelseslandet ikke stå alene, idet der også bør inddrages anden fremmed ret⁹⁸. Høgholm Pedersen inddrager svensk ret, men ud fra Kallehauges model, kan det overvejes, om der bør laves en komparativ analyse af *samtlig*e lande i kulturfællesskabet, forinden der drages konklusioner.

En sådan analyse blev foretaget af EMD i forbindelse med *Menesson v France*⁹⁹. Undersøgelsen angik dog forældreskab og ikke forældremyndighed. Ud af 35 medlemsstater nægtede 11 at anerkende forældreskabet til de sociale forældre, 11 nægtede at anerkende den sociale mor, men anerkendte den sociale far, mens de resterende 13 anerkendte begge sociale forældres forældreskab. Resultatet viser, at Danmark ikke står alene med sit forbehold overfor surrogataftaler.

B) Betydningen af politikeres udtalelser

Høgholm Pedersen fremhæver en række udtalelser fra folketingspolitikere, der blev offentliggjort i et dansk nyhedsmedie i foråret 2018¹⁰⁰. Høgholm Pedersen anerkender, at sådanne udtalelser i andre sammenhænge ingen retskildemæssig værdi har, men mener alligevel, at de kan indgå i vurderingen af, hvor klare de etiske og moralske normer på området er. Det kan overvejes, om dette er at gå for langt set i lyset af, at retlige standarder udvikles af domstolene.

⁹⁶ Ibid., s. 53

⁹⁷ Ibid., s. 55

⁹⁸ Kallehaug, Holger, Ægteskab ved stedfortræder - et spørgsmål om ordre public, U.1971B.181, s. 198

⁹⁹ Case of *Menesson v. France*, Application no. 65192/11, Strasbourg, 26.06.2014, § 78

¹⁰⁰ Høgholm Pedersen, Frank, Almindelige kriterier for påberåbelse af ordre public - specielt i relation til forældremyndighed på baggrund af surrogati-arrangementer, TFA 2019.99, afsnit 4.1.

Ifølge Arnt Nielsen kan principper af grundlæggende karakter udledes ved at inddrage retlige, moralske, etiske, sociale, økonomiske eller politiske principper¹⁰¹. Dette skal ikke forstås således, at samtlige elementer skal være til stede, før der er tale om et princip af grundlæggende karakter. Alligevel kan der stilles spørgsmålstegn ved, om et politisk princip kan afvises som værende grundlæggende på baggrund af to politikeres udtalelser til dagspressen.

Som Høgholm Pedersen også bemærker, har spørgsmålet ikke været diskuteret i folketinget siden 1980'erne, hvor der var stor afstandstagen til det kommercielle surrogatmoderskab. Spørgsmålet har til gengæld været forelagt Etisk Råd mange gange siden, og de fastholder deres forbehold overfor kommercielt surrogatmoderskab. I en udtalelse fra 2008¹⁰² var alle medlemmer enige om, at det ikke bør være muligt for danske borgere at indgå kommercielle surrogataftaler, hverken i Danmark eller i udlandet, og at overdragelse af forældreskab og -myndighed under alle omstændigheder kun bør finde sted, hvis det skønnes at være til gavn for barnet. Senest i en udtalelse fra 2013 bekræfter Etisk Råd, at dette fortsat er deres holdning¹⁰³.

Etisk Råds udtalelser ikke bør ej heller stå alene, uagtet at rådet netop er nedsat ved lov, for (blandt andet) at afgive udtalelser om principelle etiske spørgsmål.¹⁰⁴ Men udtalelserne er under alle omstændigheder egnede til at belyse, at billedet er mere nuanceret end som så, og at en analyse af, om der foreligger en værdimæssig konsensus på området bør være mere omfattende, eksempelvis ved at inddrage flere af de af Arnt Nielsen nævnte elementer.

C) Betydningen af, at beskyttelseshensyn er varetaget på anden vis

Høgholm Pedersen argumenterer for, at såfremt de beskyttelseshensyn som ønskes varetaget gennem et ordre public forbehold, allerede er varetaget på anden vis, taler dette for, at en anerkendelse af et andet lands afgørelse ikke vil stride mod grundlæggende dansk rets- og moralopfattelse. Han fremhæver i den forbindelse, at en forudgående screening af de kvinder, der ønsker at blive surrogatmødre kan beskytte kvinderne og forhindre, at de bliver surrogatmødre uden at have de nødvendige forudsætninger herfor¹⁰⁵.

Hensynet til surrogatmoderen er blot et af flere. Hensynet til barnet, der ikke selv har valgt at komme til verden via et surrogatmoderskab, må have lige så stor – hvis ikke større – betydning. Hensynet til barnet kommer i konflikt med det kommercielle surrogatmoderskab på en lang række punkter. Som eksempel kan nævnes risikoen for, at surrogatmoderen vælger det forældrepar, der kan betale mest for barnet, og ikke det forældrepar, der reelt vil være bedst for barnet (synspunktet om, at barnet gøres til en handelsvare). Som et andet eksempel kan nævnes risikoen for, at hverken de sociale forældre eller surrogatmoderen vil kendes ved barnet, hvis eksempelvis barnet bliver født med et handicap.

Høgholm Pedersen har ret i, at såfremt *samtlig*e beskyttelseshensyn kan varetages på anden vis, kan dette tale imod at statuere ordre public. Men det er ikke tilfældet her, da et vigtigt hensyn – nemlig hensynet til barnet – synes at være overset.

¹⁰¹ Arnt Nielsen, Peter, International privat- og procesret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997, s. 65

¹⁰² Det Etiske Råds udtalelse om rugemødre af 21.05.2008

¹⁰³ Det Etiske Råds stillingtagen til international handel med menneskelige æg, surrogatmoderskab og organer, 2013

¹⁰⁴ L 2004-06-09 nr. 440 Det Etiske Råd, § 3, stk. 2

¹⁰⁵ Høgholm Pedersen, Frank, Almindelige kriterier for påberåbelse af ordre public - specielt i relation til forældremyndighed på baggrund af surrogati-arrangementer, TFA 2019.99, afsnit 4.3.

Sammenfattende kan der ikke konkluderes noget endeligt i forhold til, om Danmark har ret til at nægte at anerkende afgørelse om forældremyndighed, når der er tale om kommercielt surrogatmoderskab med henvisning til ordre public. Ovenstående viser, at fastlæggelsen af ordre public kræver en dyberegående og mere nuanceret analyse, hvilket grundet specialets begrænsede omfang ikke kan foretages her i sin helhed.

3. Kommerciel surrogatmoderskab i et menneskerettighedsperspektiv

EMRK er ratificeret og inkorporeret ved lov¹⁰⁶ og er således en del af dansk ret. I det følgende vil der blive redegjort for indholdet af EMRK art. 8 i relation til kommercielle surrogataftaler. Herefter vil afgørelsen *Mennesson v. France* blive analyseret for at finde ud af, om der sker indgreb i retten til familieliv eller privatliv, når en medlemsstat nægter at anerkende de sociale forældres forældreskab. Afslutningsvis diskuteres, hvilken betydning EMD's praksis har i dansk ret.

3.1. EMRK art. 8

EMRK art. 8 indeholder fire rettighedselementer: retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og korrespondance. I det følgende fokuseres på de to førstnævnte rettigheder. Afgrænsningen mellem disse og de øvrige rettigheder er ikke altid entydig og skarp¹⁰⁷, især fordi retten til privatliv til tider anvendes som en overbetegnelse til hele art. 8, men som *Mennesson v. France* herunder vil vise, er en skarp afgrænsning i visse sammenhænge nødvendig.

Art. 8 har primært vertikal virkning, hvorved forstås, at bestemmelsen virker mellem staten og borgeren. Staten har en negativ beskyttelsesforpligtelse overfor borgeren bestående i, at staten skal undgå at gøre indgreb i borgerens beskyttede rettighed. Staten har også en positiv beskyttelsesforpligtelse overfor borgeren, idet staten i et vist omfang skal hjælpe borgeren til realisering af de rettigheder, der er omfattet af beskyttelsen. Også her vil afgrænsningen mellem statens positive og negative beskyttelsesforpligtelse ikke altid lade sig fastlægge præcist¹⁰⁸.

EMD har tidligere bemærket, at det ikke er muligt udtømmende at definere "privatliv", da der er tale om et meget bredt begreb. Kernen i begrebet er retten til en sfære, inden for hvilken individet uforstyrret kan udfolde og udvikle sin personlighed. Begrebet kan beskrives som dækkende fysiske, moralske og psykologiske aspekter af den personlige integritet, identitet og autonomi¹⁰⁹. I relation til surrogataftaler har især den personlige identitet betydning.

Ved vurderingen af, hvad retten til respekt for familieliv indebærer, er det først og fremmest relevant at få defineret familiebegrebet. EMD lægger i sin praksis vægt på både det biologiske og juridiske familieband, men begrænser ikke familiebegrebet hertil. EMD inddrager også hensynet til de bestående sociale relationer i form af de facto familieliv, hvilket giver en bred forståelse af begrebet familieliv¹¹⁰. Der vil i de fleste tilfælde ikke være tvivl om, at en de facto familie dannet på baggrund af

¹⁰⁶ LBKG 19/10/1998 nr. 750 Inkorporeringsloven

¹⁰⁷ *Lorenzen*, Peer, Den europæiske menneskerettighedskonvention: med kommentarer (art 1-9), 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011, s. 642

¹⁰⁸ *Ibid.*, s. 644

¹⁰⁹ *Ibid.*, s. 662

¹¹⁰ *Ibid.*, s. 706-708

en surrogataftale, er omfattet af retten til respekt for familieliv, uanset om forældrene er biologiske og/eller juridiske forældre til barnet.

Når offentlige myndigheder blander sig i individets beskyttede ret til familieliv eller privatliv, jf. EMRK art. 8, stk. 1, foreligger der ikke en krænkelse, hvis indgrebet er legitimeret efter EMRK art. 8, stk. 2. Art. 8, stk. 2 markerer, hvornår offentlige myndigheders indgreb i individets ret til familieliv er foreneligt med art. 8's hovedformål, nemlig at beskytte individet mod vilkårlige indgreb fra statens side. Et indgreb er ikke vilkårligt, hvis det overholder de tre krav, der fremgår af art. 8, stk. 2. *For det første* skal indgrebet være i overensstemmelse med national lov. *For det andet* skal indgrebet være nødvendigt i et demokratisk samfund. *For det tredje* skal det hensyn, som staten begrundet indgrebet med, være relevant. Hvordan disse tre krav i praksis bliver anvendt, uddybes i forbindelse med analysen af *Mennesson v. France*.

3.2. Mennesson v. France

I 2014 tog EMD stilling til to sager¹¹¹ om anerkendelse af de sociale forældres retlige forældreskab overfor børn født på baggrund af en surrogataftale. Da faktum og resultat i de to sager er ens, vil det følgende tage udgangspunkt i sagen *Mennesson v. France*.

Hr. og fru Mennesson kunne ikke få børn grundet fru Mennessons infertilitet, hvorfor de besluttede sig for at bruge en surrogatmor i Californien. To donoræg blev befrugtet med hr. Mennessons sæd, og skulle herefter bæres af den californiske surrogatmoder¹¹². Allerede inden fødslen fik hr. og fru Mennesson en afgørelse fra den californiske Højesteret, der statuerede, at de var juridiske forældre til de to tvillingepiger, som surrogatmoderen var gravid med¹¹³. Da pigerne blev født nægtede Frankrig at anerkende den californiske afgørelse om, at hr. og fru Mennesson var pigernes retlige forældre¹¹⁴. Spørgsmålet for EMD var, om der herved var sket en krænkelse af EMRK art. 8 overfor hr. og fru Mennesson og/eller deres to tvillingepiger.

Parterne i sagen var enige om, at ikke-ankendelsen af et retlige forældreskab konstituerede et indgreb i retten til familieliv¹¹⁵, hvorfor spørgsmålet alene angik Frankrigs negative forpligtelse efter EMRK art. 8. Spørgsmålet var, om indgrebet kunne retfærdiggøres efter undtagelsesbestemmelsen i EMRK art. 8, stk. 2.

EMD fandt, at der var *hjemmel i fransk national ret* til at afvise anerkendelse af den californiske afgørelse. EMD inddrog også det faktum, at hr. og fru Mennesson måtte kende til risikoen for, at afgørelsen ikke ville blive anerkendt i fransk ret.

EMD fandt endvidere, at Frankrig med deres afvisning beskyttede *relevante offentlige eller private formål*, når Frankrig begrundede indgrebet med beskyttelse af sundhed og beskyttelse af andres ret og frihed. EMD fandt dog ikke, at der var tale om forebyggelse af kriminalitet, eftersom det i sagen

¹¹¹ Case of *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, Strasbourg, 26.06.2014 + Case of *Labanese v. France*, Application no. 65941/11, Strasbourg, 26.06.2014

¹¹² Case of *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, Strasbourg, 26.06.2014, § 7-8

¹¹³ *Ibid.*, § 9

¹¹⁴ *Ibid.*, § B og D

¹¹⁵ *Ibid.*, § 48

var statueret, at der ikke var tale om en strafbar handling i Frankrig, da handlingen var begået udenfor fransk jurisdiktion og var lovlig i Californien.

Afgørende var herefter om indgrebet var *nødvendigt i et demokratisk samfund*. EMD foretog indledningsvist en vurdering af, om der på dette område kunne tildeles medlemsstaterne en bred eller en snæver ”margin of appreciation”.

Det talte for at tillægge Frankrig en bred margin of appreciation, at der var tale om et retsområde, hvor der ikke er konsensus blandt medlemslandene¹¹⁶. Den manglende konsensus støttede EMD på et komparativt studie blandt medlemslandene, som EMD havde foretaget forud for afgørelsen. Studiet viste, at det var muligt i 13 ud af 43 stater at få anerkendt et retligt forældreskab mellem et surrogatbarn og de sociale forældre¹¹⁷. På den anden side var der tale om en meget indgribende afgørelse, da afgørelsen gjorde indgreb i individets identitet og eksistens. Dette taler for at tildele Frankrig en mere snæver margin of appreciation¹¹⁸.

EMD foretog en absorption, hvor de delte de mest centrale elementer i sagen op i to spørgsmål¹¹⁹.

EMD behandlede hr. og fru Mennessons ret til familieliv isoleret set. Vurderingen af, om indgrebet er nødvendigt i et demokratisk samfund, indebærer en proportionalitetsvurdering, dvs. om der er et rimeligt forhold mellem mål og middel. Eftersom de praktiske problemer som hr. og fru Mennesson oplevede ved ikke at være anerkendt som forældre til børnene ikke var uoverkommelige, forelå der ikke en krænkelse af forældrenes ret til familieliv¹²⁰.

EMD behandlede herefter tvillingepigernes ret til privatliv. EMD fremhævede to væsentlige konsekvenser for pigerne, når deres franske forældres retlige forældreskab ikke anerkendes.

For det første var det usikkert, om de ville blive anerkendt som franske statsborgere. Som udgangspunkt giver art. 8 ikke ret til en bestemt nationalitet. Men i denne situation, hvor Frankrig nægter at anerkende pigernes franske identitet, desuagtet at deres biologiske far er fransk, mente EMD, at der var risiko for, at det ville få konsekvenser for deres identitetsdannelse¹²¹.

For det andet har pigerne ikke legal arveret efter deres franske forældre. EMD anerkender muligheden for at imødekomme dette ved at oprette et testamente, men et testamente kan i fransk ret ikke give pigerne samme arveretlige stilling, som hvis det retlige forældreskab blev anerkendt. Arveretten er også en del af pigernes identitet¹²².

Disse forhold, der kunne få indflydelse på pigernes identitetsdannelse, fandt EMD svært forenelige med princippet om barnets bedste¹²³. Resultatet blev derfor, at hensynet til pigernes bedste vejede

¹¹⁶ Case of Mennesson v. France, Application no. 65192/11, Strasbourg, 26.06.2014, § 79

¹¹⁷ Ibid., § 78

¹¹⁸ Ibid., § 80

¹¹⁹ Ibid., § 86

¹²⁰ Ibid., § 92 og 94

¹²¹ Case of Mennesson v. France, Application no. 65192/11, Strasbourg, 26.06.2014, § 97

¹²² Ibid., § 98

¹²³ Ibid., § 99

tungere end hensynet til at forebygge surrogataftaler, hvorfor der forelå en krænkelse af pigernes ret til privatliv i relation til anerkendelsen af deres franske, biologiske fars forældreskab¹²⁴.

3.3. EMD advisory opinion

Efter EMD's afgørelse i *Mennesson v. France*, ændrede Frankrig deres lovgivning således, at det blev muligt at få anerkendt den sociale far i henhold til en afgørelse truffet i det land, hvor barnet er født, så længe han også var biologisk far til barnet. Det var dog stadig ikke muligt at få anerkendt den sociale mor.

Frankrig ville vide om deres lovgivning nu var i overensstemmelse med EMRK art. 8 og tog et helt nyt retligt værktøj fra EMD i brug, eftersom de bad om en såkaldt "advisory opinion"¹²⁵. Hverken Frankrig eller EMD er bundet af en sådan vejledende udtalelse. Eftersom EMD's fortolkningsstil er præget af fortolkning efter "present day conditions" er de generelt mindre bundet af tidligere praksis og i endnu mindre grad af vejledende udtalelser, der, som navnet antyder, blot er vejledende.

Frankrig ønskede at vide, om der forelå en krænkelse af art. 8, hvis kun den sociale far registreres på baggrund af en afgørelse i det land, hvor barnet er født. EMD svarede, at det ville være i strid med art. 8, hvis det kun er muligt for den sociale far at blive registreret. Det skal også være muligt for den sociale mor at blive registreret, når hun er anerkendt som juridisk mor i henhold til en afgørelse i det land, hvor barnet er født.

Frankrig spurgte herefter, om registreringen af den sociale mor skal ske ved, at Frankrig anerkender den udenlandske afgørelser, eller om det kan ske efterfølgende, eksempelvis gennem adoption. Hertil svarer EMD, at en mulighed for efterfølgende at adoptere barnet vil være tilstrækkeligt, så længe adoptionen kan ske med en tilpas hurtighed.

3.4. Betydningen i dansk ret

EMD's afgørelse i *Mennesson v. France* medfører, at den biologiske far skal anerkendes som retlig far til barnet, i hvert fald hvor dette følger af en afgørelse fra det land, hvor barnet er født. Da det i forvejen ikke er et problem for den biologiske far at få anerkendt sit forældreskab i Danmark, jf. afsnit 2.5.1.1., ændrer *Mennesson v. France* umiddelbart ikke på den danske retsstilling for så vidt angår den sociale fars forældreskab.

Den sociale mors forældreskab blev behandlet i TFA 2019.291 Ø, jf. ovenfor i afsnit 2.5.1.2., og under denne sag blev såvel *Mennesson v. France* som den vejledende udtalelse påberåbt. Landsretten anerkendte, at manglende anerkendelse af det retlige forhold mellem et barn, der er født via et surrogatarrangement i udlandet, og den tiltænkte mor *kan* have en sådan negativ indflydelse på barnet og barnets retlige forhold, at det kan indebære et indgreb i barnets ret til privatliv efter EMRK art. 8. Landsretten fandt dog ikke, at EMD's resultat i *Mennesson v. France* skulle få betydning for resultatet i den danske sag.

¹²⁴ Ibid., § 100-101

¹²⁵ Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Request no. P16-2018-001, 20.03.2019

Af den vejledende udtalelse kan udledes, at det skal *være muligt* for den sociale mor at stedbarnsadoptere barnet. Efter dansk ret er det muligt for den sociale mor at stedbarnsadoptere barnet, jf. afsnit 2.5.1.2., dog ikke når surrogatmoderen har modtaget vederlag.

Vederlagsproblematikken var ikke genstand for diskussion i *Mennesson v. France*, idet surrogatmoderen alene fik refunderet udgifter i henhold til californisk lovgivning. En anden grund til, at dette spørgsmål ikke har tiltrukket sig mere opmærksomhed kan være, at både kommercielt og altruistisk surrogatmoderskab er ulovligt i Frankrig¹²⁶, hvorfor det ikke har været nødvendigt at lave denne sontring. På den baggrund vælger Landsretten ikke at fortolke EMD's praksis udvidende, da Landsretten finder, at der i den danske sag er konkrete nuancer, særligt vederlagsproblematikken, der ikke er medtaget i *Mennesson v. France* eller den vejledende udtalelse.

Af andre retlige forskelle mellem de to afgørelser kan nævnes, at retsvirkningerne af forældreskab er forskellige i Frankrig og Danmark. EMD fremhæver, at tvillingepigernes nationalitet er usikker og at deres arveret er påvirket af den manglende anerkendelse. Som redegjort for i afsnit 2.4. skaber den nuværende danske lovgivning ikke problemer i forhold til surrogatbørns indfødsret. I forhold til arveretten, vil det i dansk ret være muligt gennem et testamente at stille ikke juridisk anerkendte børn som var de livsarvinger efter den sociale mor. Dog hviler testamentet på den sociale mors vilje, da barnet ikke nyder samme beskyttelse som livsarvinger, der altid har krav på tvangsarv, jf. AL § 5.

Sammenfattende er der meget der taler for, at konsekvenserne ved ikke-ankendelse af det retlige forældreskab i Danmark er mindre end i Frankrig. Det minder om, hvorfor hver sag skal afgøres konkret og at resultatet fra EMD afhænger af det pågældende lands nationale regler.

Dr.jur. Mads Bryde Andersen erklærer sig i en nyere artikel i UfR enig med Landsrettens resultat i TFA 2019.291 Ø og udtaler i den forbindelse:

”Skulle man henskyde vurderingen af aftalers ugyldighed som følge af modstrid med grundlæggende samfundsværdier til de ofte uforudsigelige fortolkningsresultater, der udgår fra EMD, ville man hensætte aftaleparterne i en utålelig retsusikkerhed.”¹²⁷

Bryde Andersen taler for at undlade at fortolke EMD's praksis udvidende, for at tage hensyn til, at borgerne skal kunne forudsige deres retsstilling.

Overføres EMD's praksis til TFA 2019.291 Ø er det afgørende, at de danske nationale domstole foretager en konkret afvejning og ikke opererer med en fast regel. Såfremt konsekvenserne for børnene i den konkrete sag overstiger hensynet til at undgå kommercielle surrogataftaler, vil de danske domstole være nødsaget til at ændre praksis i det konkrete tilfælde for at overholde EMRK art. 8. Dette fremgår også indirekte i Landsrettens begrundelse, hvor det fremgår, at der *”ikke på nuværende tidspunkt”* er grundlag for at bortse fra kravene i ADL § 15.

¹²⁶ Denne retsstilling følger af den franske afgørelse D.1991.417 Case Procureur-général v. Cassation, hvor der henvises til Code Civil article 6 og 1128 smh. 353

¹²⁷ Bryde Andersen, Mads, »Lov og ærbarhed« i nutidens aftaleret - med særligt fokus på løfter og aftaler i den menneskelige intimsfære, U.2020B.53, s. 55

4. Princippet om barnets bedste i FN's Børnekonvention og EMD's praksis

I alle forhold omfattet af FAL, skal hensynet til barnets bedste inddrages, jf. FAL § 1. Dette er udtryk for et generelt princip, der udspringer af FN's Børnekonvention¹²⁸ (herefter "Børnekonventionen") art. 3. Forpligtelsen, der også var gældende forud for Børnekonventionens ratificering i dansk ret, gælder alle beslutninger og handlinger, der direkte eller indirekte påvirker børn. I det følgende analyseres, hvordan princippet om "barnets bedste" skal forstås i relation til Børnekonventionen og EMD's praksis.

Børnekonventionens art. 3 (1) har følgende ordlyd:

"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."

Den danske oversættelse er ikke nødvendigvis retvisende for retsstillingen efter art. 3, idet ordvalget "i første række" kan (mis)forstås således, at hvis der er et hensyn at tage til barnet, så er alle andre hensyn underordnede.

I den engelske udgave af Børnekonventionen fremgår det, at "the best interests of the child shall be a primary consideration". Med denne formulering er det tydeliggjort, at 1) hensynet til barnet altid skal inddrages ("shall") og 2) hensynet skal have betydelig vægt i den juridiske afvejning i forhold til andre hensyn ("primary"). Ved formuleringen af Børnekonventionen overvejede man at benytte formuleringen "the primary consideration", men formuleringen blev forkastet, netop fordi det ville medføre, at hensynet til barnet kan trumfe alle andre hensyn¹²⁹. I Børnekonventionens art. 26 anvendes formuleringen, at hensynet til barnet skal være "a paramount consideration". Denne formulering har man ej heller valgt at gennemføre i art. 3. Dette skyldes art. 3's brede anvendelsesområde, da den gælder for *alle* foranstaltninger vedrørende børn. Når bestemmelsen har så bredt et anvendelsesområde, er der et større behov for fleksibilitet, modsat art. 26, der har et snævrere anvendelsesområde.

Det hænder, at der opstår konflikt mellem hensynet til det enkelte barn, f.eks. hensynet til at beskytte barnets ret til familieliv med sine de facto forældre, og hensynet til børn i det hele taget, f.eks. hensynet til at beskytte børn mod at blive handelsvarer. I de generelle kommentarer til art. 3 udtaler komiteen om disse to – ofte modsatrettede – hensyn:

*"The best interests of the child – once assessed and determined – might conflict with other interests or rights (e.g. of other children, the public, parents, etc.). Potential conflicts between the best interests of a child, considered individually, and those of a group of children or children in general have to be resolved on a case-by-case basis, carefully balancing the interests of all parties and finding a suitable compromise."*¹³⁰

¹²⁸ FN's konvention af 20. november 1989 om barnets rettigheder

¹²⁹ Brett, Rachel, International Protection of Human Rights: A Textbook, 2. udgave, Åbo Akademi University Institute for Human Rights, Turku/Åbo, 2012, s. 254

¹³⁰ FN's Komité om Barnets Rettigheder, 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), 29.05.2013, § 39

I *Mennesson v. France* skulle EMD tage stilling til den afvejning, som komiteen omtaler i ovenstående citat: Konkret om Frankrig havde fundet en fair balance mellem hensynet til at beskytte tvillingepigernes ret til identitet og eksistens overfor hensynet til at beskytte børn generelt gennem modarbejdelse af surrogataftaler. I denne forbindelse udtalte EMD:

*“In doing so [hensynsafvejningen], it must have regard to the essential principle according to which, whenever the situation of a child is in issue, the best interests of that child are paramount.”*¹³¹

Princippet om barnets bedste er ikke udtrykkeligt fastslået i EMRK. Som ovenstående citat viser, er det dog en del af EMD's praksis. Ordvalget i ovenstående citat, herunder fokus på det enkelte barn (*“that child”*) og at hensynet er altafgørende (*“paramount”*), kan tyde på, at EMD er villig til at tage princippet om det individuelle barns bedste videre, end hvad der umiddelbart følger af Børnekonventionens art. 3.

EMD fik dog for nyligt lejlighed til at præcisere, hvornår barnets bedste skal inddrages og med hvilken vægt. Dette skete i *Paradiso & Campanelli v. Italy*¹³². I sagen havde et italiensk barnløst par benyttet sig af en russisk surrogatmoder gennem en russisk fertilitetsklinik. Fru Paradiso rejste til klinikken i Moskva for at aflevere hr. Campanellis sæd, som skulle befrugte et donoræg og bæres af en russisk surrogatmoder¹³³. Surrogatmoderen afgav en erklæring i overensstemmelse med russisk lov om, at hr. Campanelli og fru Paradiso var forældre til barnet, og hun gav sit samtykke til, at dette blev påført fødselsattesten¹³⁴. Da barnet var født, rejste fru Paradiso til Moskva, hvor hun boede med barnet i to måneder, inden hun vendte tilbage til Italien¹³⁵. Hun fik de nødvendige indrejsepapirer gennem det italienske konsulat i Moskva¹³⁶.

De italienske myndigheder fik underretning fra konsulatet i Moskva om, at fødselsattesten indeholdt urigtige oplysninger¹³⁷, og indledte en retssag mod hr. Campanelli og fru Paradiso. Parret blev anklaget for at have overtrådt bestemmelser i straffeloven og adoptionsloven vedrørende brug af falske dokumenter og for at have bragt et barn ind i landet i strid med de internationale regler om adoption¹³⁸. I forbindelse med sagen foretog man en DNA-undersøgelse, der viste, at hr. Campanelli til alles overraskelse ikke var genetisk far til barnet¹³⁹. Der blev foretaget en undersøgelse af barnets trivsel og af de italienske forældres forældrevevne, der viste, at barnet trives og at hr. Campanelli og fru Paradiso var egnede som forældre til barnet¹⁴⁰. En psykologerklæring fastslog, at det kunne få alvorlige konsekvenser, hvis barnet blev tvangsfjernet fra hr. Campanelli og fru Paradiso, der var de eneste omsorgspersoner, som barnet havde kendt¹⁴¹.

¹³¹ Case of *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, Strasbourg, 26.06.2014, § 81

¹³² Case of *Paradiso & Campanelli v. Italy*, Application No. 25358/12, Strasbourg, 24.01.2017

¹³³ *Ibid.*, §§ 11-12

¹³⁴ *Ibid.*, § 14

¹³⁵ *Ibid.*, § 15

¹³⁶ *Ibid.*, § 17

¹³⁷ *Ibid.*, § 19

¹³⁸ *Ibid.*, § 21

¹³⁹ Case of *Paradiso & Campanelli v. Italy*, Application No. 25358/12, Strasbourg, 24.01.2017, § 30

¹⁴⁰ *Ibid.*, § 25

¹⁴¹ *Ibid.*, § 34

De italienske myndigheder var ikke enige i psykologens vurdering, og valgte derfor straks at tvangsfjerne barnet med henvisning til anden litteratur på området, der udtalte sig om, at en tvangsfjernelse af et otte måneder gammelt barn ikke ville medføre uoprettelig skade på barnet. Barnet blev placeret i en institution i 15 måneder, uden at have kontakt til hr. Campanelli eller fru Paradiso. Efterfølgende blev barnet placeret hos en plejefamilie med henblik på adoption¹⁴².

EMD fandt ikke, at der er tale om et familieliv i art. 8's forstand med henvisning til den korte tid samlivet med barnet havde varet og den manglende genetiske tilknytning. EMD fandt dog, at der var sket et indgreb i hr. Campanellis ret til privatliv, men at dette indgreb kunne legitimeres efter art. 8, stk. 2. Der var derfor ikke tale om en krænkelse af art. 8, og det italienske par fik ikke medhold i deres klage.

Motsat *Mennesson v. France* var barnet ikke selvstændig part i *Paradiso & Campanelli v. Italy*, da det italienske par ikke havde retlige handleevne til at indbringe klagen på vegne af barnet¹⁴³. Det leder EMD til den tvetydige konklusion, at princippet om barnets bedste på den ene side ikke er en del af sagen, fordi barnet ikke er en del af sagen. På den anden side kan hensynet til barnets bedste ikke forbigås, fordi det netop er barnet, der er genstand for sagen¹⁴⁴. EMD løser det ved at fremsætte noget, der minder om en negativ afgrænsning af (eller en nedre grænse for) princippet om barnets bedste:

“The Court accepts that the Italian courts, having assessed that the child would not suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case.”

At tvangsadoptionen tillades, så længe barnet ikke lider skade, står i stor kontrast til udtalelserne i *Mennesson v. France*, hvor hensynet til barnets bedste var altafgørende. Dommen sætter umiddelbart barren for barnets bedste meget lavt, når der er tale om børn i omsorgsrelationer uden genetisk tilknytning.

Paradiso & Campanelli v. Italy indeholder flere nye problemstillinger end de ovenfor anførte, men har unikke omstændigheder, hvorfor dommens præjudikat er begrænset. Dommens resultat kan ikke overføres til de ”sædvanlige” surrogataftaler, hvor der er en genetisk tilknytning. Dommen skal her alene anvendes til at belyse, at EMD ikke anvender princippet om barnets bedste så konsekvent, som udtalelserne i *Mennesson v. France* umiddelbart lægger op til.

Mennesson v. France tyder på, at EMD måske er klar til at tage ”barnets bedste” videre end Børnekonventionens art. 3, hvilket som følge deraf indskrænker Børnekonventionens selvstændige anvendelsesområde. Alligevel viser *Paradiso & Campanelli v. Italy*, at der stadig er områder, hvor EMD ikke er klar til at lade hensynet til barnets bedste være altafgørende. De to domme illustrerer, at rækkevidden af hensynet til barnets bedste skal afgøres konkret i den enkelte sag, og at målestokken for, hvornår noget er barnets bedste umiddelbart synes forskellig afhængig af, om der er genetisk tilknytning eller ej. Dertil kommer at det processuelle, om de tiltænkte forældre kan repræsentere barnet i sagen, kan få stor betydning for udfaldet.

¹⁴² Ibid., §§ 49-50

¹⁴³ Ibid., § 86

¹⁴⁴ Ibid., § 87

5. Perspektivering til fremmed ret

Såfremt der skal indføres speciallovgivning på området for surrogatmoderskab, kan det være relevant at inddrage fremmed ret i lovforarbejdet. Det kan være relevant at se på et land som Norge, som allerede har gjort sig overvejelser og erfaringer på området, som sandsynligvis kan overføres til dansk ret grundet vores mange fælles retstraditioner. Eftersom en surrogataftale ofte involverer to eller tre lande, kan det blive nødvendigt at overveje et transnationalt samarbejde. Haagerkonferencen har blandt sine 85 medlemsstater foretaget en omfattende komparativ analyse og har vurderet mulighederne for harmonisering på området. Såvel det nordiske perspektiv samt det internationale perspektiv vil blive belyst i de følgende afsnit.

5.1. Et nordisk komparativt perspektiv

Fælles for de danske og norske regler er, at de ikke indeholder et direkte forbud mod surrogatmoderskab. Der findes dog en række regler, der gør det svært, hvis ikke umuligt, at gennemføre en aftale om surrogatmoderskab. Hertil kommer, at en aftale om surrogatmoderskab ikke er gyldig, og derfor ikke kan gennemtvinges af nogen af parterne.

Efter norsk ret er moren til barnet den kvinde, der føder barnet, jf. Barneloven¹⁴⁵ § 2. Hvis barnet er født i udlandet, og den genetiske far bor i Norge, kan faderskabet fastsættes efter de norske regler. Den sociale mor har efterfølgende mulighed for at stedbarnsadoptere barnet¹⁴⁶. Det svarer overordnet set til de danske regler.

En væsentlig forskel mellem de danske og de norske regler findes på det biomedicinske område, hvor Norge har et forbud mod ægdonation og anonym sæddonation. Da det nationale udbud er mere begrænset i Norge, må det formodes, at markedet for reproduktionsturisme¹⁴⁷ er større i Norge end i Danmark, såfremt efterspørgslen er den samme.

Den norske Skatteetaten konstaterede i 2011, at forældreskabet til visse børn født af surrogatmødre i udlandet ikke er fastsat i henhold til norsk ret¹⁴⁸. Disse børn stod kun med én juridisk forælder, fordi den anden forælder (moren) ikke opfyldte kriterierne for stedbarnsadoption. Fra politisk side ønskedes, at børnene blev sikret to juridiske forældre, og derfor indførtes i perioden 2012-2014 et midlertidigt regelsæt om surrogatmoderskab¹⁴⁹. Reglerne havde til formål at sikre, at de børn, der allerede var kommet til Norge på baggrund af en surrogataftale i udlandet, fik anerkendt deres retlige relation til deres norske forældre, uanset at kriterierne for stedbarnsadoption ikke var opfyldt. Det kunne eksempelvis være fordi parterne var gået fra hinanden inden barnet var gammel nok til at blive stedbarnsadopteret. Det var dog ikke tiltænkt, at reglerne skulle løse problemet fremadrettet¹⁵⁰.

¹⁴⁵ LOV-1981-04-08-7 Lov om barn og foreldre (barnelova)

¹⁴⁶ Social- og Indenrigsministeriet, Forældreskab i barneloven, 2016, s. 64

¹⁴⁷ Begrebet dækker over den situation, hvor barnløse rejser til udlandet for at købe ydelser indenfor assisteret reproduktion, som ikke er muligt for at opnå i deres eget sundhedssystem.

¹⁴⁸ Barne- og familiedepartementet, Midlertidige ordninger i surrogatisaker, 13.11.2014

¹⁴⁹ FOR-2012-05-23-446 Midlertidig forskrift om anerkjennelse av farskap for barn født av surrogatmor i utlandet og LOV-2013-03-08-9 Midlertidig lov om overføring av foreldreskap for barn i Norge født av surrogatmor i utlandet mv.

¹⁵⁰ Barne- og familiedepartementet, Proposisjon til Stortinget 47 L (2012–2013)

Med inspiration og erfaringer fra det midlertidige regelsæt, udkom i 2015 en betænkning¹⁵¹ fra et nedsat adoptionsudvalg, der foreslog, at der i adoptionslovgivningen indførtes en særlig hjemmel til stedbarnsadoption af børn født af surrogatmødre i udlandet. Adoptionsudvalget mente ikke, at de sædvanlige kriterier for tilladelse til stedbarnsadoption var anvendelige, når der var tale om et surrogatbarn¹⁵². De kom med en række forslag til kriterier, som den nye bestemmelse skulle indeholde:

1. Mindst én af de sociale forældre skal have forældremyndigheden¹⁵³. I praksis betyder det, at faren skal være anerkendt som retlig forælder og derfor have forældremyndighed.
2. De sociale forældre skal bevise, at barnet er blevet til på baggrund af et ønske om, at de ville opfostre barnet i fællesskab. Denne bevisbyrde kan eksempelvis løftes gennem den aftale, som de sociale forældre har underskrevet overfor den udenlandske fertilitetsklinik¹⁵⁴.
3. Kravet om stabilitet i familien, som også kendes fra dansk ret, ønskes opretholdt, men måden myndighederne skal vurdere stabiliteten skal ændres. I almindelige stedbarnsadoptioner er det afgørende, hvor længe barnet har boet sammen med moderen. Det er derfor, at den sociale mor i dansk ret først kan stedbarnsadoptere, når barnet er to og et halvt år, jf. afsnit 2.5.1.2.1. Grænsen i norsk ret er fem år. I den nye bestemmelse skal stabiliteten i stedet vurderes ud fra, hvor længe de sociale forældre har haft et forudgående samliv/ægteskab¹⁵⁵.
4. Den nye bestemmelse skal kun anvendes, hvor der er benyttet assisteret reproduktion i udlandet. Det er endvidere et krav, at den benyttede type af assisteret reproduktion, er tilladt i det pågældende land og at den ikke er tilladt i Norge. Formålet med dette krav er at indsnævre bestemmelsens anvendelsesområde, så den kun kan anvendes ved de tiltænkte internationale surrogataftaler¹⁵⁶.
5. Surrogatmoderens identitet skal oplyses, så hendes samtykke kan indhentes. Dette krav skal tillige gøre det muligt at sikre, at surrogatmoderen ikke er offer for menneskehandel¹⁵⁷.
6. Surrogatmoderen skal samtykke, såfremt hun har del i forældremyndigheden¹⁵⁸.
7. Barnets bedste skal fortsat indgå i vurderingen, men princippet skal fortolkes udvidende sammenlignet med almindelige adoptioner¹⁵⁹. I en sædvanlig adoptionssag vil adoptanter blive afvist, hvis én af dem lider af eller har haft en alvorlig sygdom, da man ikke mener, at det er til barnets bedste at blive adopteret af potentielt døende forældre. Denne forældregruppe vil sandsynligvis være overrepræsenteret blandt dem, der indgår en surrogataftale, fordi de netop ikke kan blive godkendt til adoption. Kan de ikke selv få børn, er surrogatmoderskab måske deres eneste mulighed for at blive forældre. Adoptionsudvalget henviser til en udtalelse fra Farskarpsudvalget, der omtaler denne persongruppe:

¹⁵¹ Norges offentlige utredninger 2014: 9, Ny adopsjonslov

¹⁵² Ibid., s. 130

¹⁵³ Ibid., s. 132

¹⁵⁴ Ibid., s. 133

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid., s. 134

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Norges offentlige utredninger 2014: 9, Ny adopsjonslov, s. 135

«I disse tilfellene vil barnet ha den norske kvinnen som eneste sosiale mor, og et eventuelt avslag på adopsjon på bakgrunn av hennes sykdom, vil vanligvis ikke være i barnets interesse. Surrogatmoren vil ikke innebære noe reelt omsorgsalternativ. I denne typen tilfeller bør det i vurderingen av barnets beste tas hensyn til at den norske kvinnen vil være den eneste sosiale moren barnet kan få, og at et avslag i slike situasjoner vil hindre at barnets nærmeste omsorgsperson oppnår den ønskede juridiske tilknytningen til barnet.»¹⁶⁰

Ovenstående kriterier er Adoptionsudvalgets udspil. Det lovforberedende arbejde i Norge er ikke kommet videre siden Adoptionsudvalgets betænkning.

I 2015 tog Borgarting lagmannsrett stilling til en sag, hvor både det midlertidige regelsæt og Adoptionsudvalgets betænkning blev påberåbt¹⁶¹.

Manden (herefter ”M”) og kvinden (herefter ”K”) havde været samlevende fra 2002 til 2012. I denne periode havde de uden held forsøgt at blive gravide. I januar 2010 tog de kontakt til en klinik i USA for at finde en surrogatmoder. De ønskede at benytte M’s sæd og et donoræg, da der var større chance for at opnå graviditet, hvis de undlod at benytte K’s æg. De forsøgte i flere år, men det lykkedes ikke. I sommeren 2012 flyttede M og K fra hinanden. I januar 2013 igangsattes alligevel endnu et forsøg med en surrogatmoder og denne gang lykkedes det. Under graviditeten flyttede M sammen med ny kvinde (herefter ”S”). I aftalen med klinikken fremgår, at M og K ”are living together in a committed relationship as lifetime partners”, og på det grundlag blev M og K registreret i USA som barnets juridiske forældre.

K tog til USA, var med til fødslen og var barnets primære omsorgsperson under opholdet i USA. M var i USA i tre uger og havde samvær med barnet hver dag i denne periode. Da de kom hjem til Norge, blev M registreret som barnets far og fik forældremyndigheden alene. Surrogatmoderen blev registreret som barnets mor. Barnet boede lige meget ved M og K det første år. De fulgte en 24-timers ordning, så barnet boede 24 timer hos den ene og 24 timer hos den anden. Når drengen var hos M, bliver han også passet af S, som i mellemtiden var blevet gravid med M. Disse mange skifte i barnets hverdag resulterede i indberetninger blandt andet fra en bekymret institution, idet barnet ikke trivedes med en så ustabil hverdag. En samværssag blev indledt, og i denne periode fik K gradvist mindre og mindre samvær med drengen, og havde til sidst slet ingen samvær.

Da samværssagen i 2015 kommer for Borgarting lagmannsrett, lægger retten vægt på, hvad der er bedst for barnet, eller med deres ord, hvordan der gøres mindst skade på barnet. Tager barnet mindst skade af at vokse op i et miljø, hvor hans nærmeste er i evig konflikt med hinanden og hvor barnet altid vil være i tvivl om sin relation til de forskellige omsorgspersoner i sit liv, eller tager barnet mindst skade af ikke at have kontakt til K. Lagmannsretten finder, at barnet ikke skal have kontakt til K.

Lagmannsretten ligger vægt på, at S har været en lige så stor, hvis ikke større, del af barnets liv, siden han kom til Norge. De udtaler:

”Ved forannevnte samlede vurdering av hva som er til skade for E [drengen], er det også lagt vekt på at han, til tross for at samværerne med A [K] nå er avbrutt,

¹⁶⁰ Norges offentlige utredninger 2009: 5, Farskap og annen morskap, s. 99

¹⁶¹ Borgarting lagmannsrett, Kjennelse, LB-2015-171953

fortsatt har i sikte å ha daglig omgang med og motta daglig omsorg fra en person som har fungert som en morsfigur for ham siden han var én måned gammel, nemlig Bs samboer [S]. Hun har like mye som A [K] fungert som en morsfigur for ham.”

Afgørelsen forekommer korrekt i forhold til gældende ret, også efter dansk ret. Barnets bedste bliver tillagt netop den afgørende vægt som flere retskilder foreskriver, jf. afsnit 5. Samtidig illustrerer dommen den vanskelige situation den sociale mor står i, så længe hun ikke er anerkendt som juridisk mor til barnet.

Som nævnt indledningsvist tager Lagmannsretten stilling til K's påstand om, at det midlertidige regelsæt eller betragtningerne fra Adoptionsudvalget skal finde anvendelse, uanset at det midlertidige regelsæt ikke længere er i kraft, og betænkningen fra Adoptionsudvalget endnu ikke har udmøntet sig i lovgivning. Lagmannsretten udtaler i den forbindelse, at K, selv hvis disse retskilder *kunne* påberåbes, ikke ville have fået medhold, fordi kriterie nr. 2 (forældrene skal bevise, at de ønsker at opfostre barnet sammen) ikke er opfyldt. Denne formulering mener retten ikke kan rumme dette tilfælde, hvor parterne, mens de indgår surrogataftalen, planlægger at bo hver for sig.

Sagen er særlig i den forstand, at der er sket en indirekte prøvelse af et stykke lovgivningsarbejde, der endnu ikke er færdiggjort, og kan således give en idé om, hvordan en eventuel lov vil blive behandlet af domstolen. I dette konkrete tilfælde ville en lovgivning som foreslået af Adoptionsudvalget ikke have fået betydning, da Lagmannsretten efter eget udsagn stadig ville være kommet til frem en afgørelse, hvor hensynet til barnets bedste vejer tungere end hensynet til den sociale mor.

Ovenstående er et eksempel på, at det (også i Danmark) vil være muligt at udforme speciallovgivning, der gør det nemmere at få forældreskabet til et surrogatbarn anerkendt, uden at hensynet til de sociale forældre bliver så tungtvejende, at det går ud over barnets bedste.

5.2. Et internationalt komparativt perspektiv

The Permanent Bureau, som er en del af the Hague Conference on Private International Law, påbegyndte i 2011 ”The Parentage / Surrogacy Project”. Projektet har til formål at afklare, om der kan ske harmonisering mellem organisationens 85 medlemsstater på området for surrogatmoderskab. Projektet indeholder en omfattende komparativ analyse af de forskellige medlemsstaters holdning til surrogataftaler samt en række forslag til fælles lovgivning. Projektets endelige anbefaling forventes at blive udgivet i 2021/2022. I det følgende gennemgås nogle af de overvejelser, der på nuværende tidspunkt er fremsat af ekspertgruppen samt nogle af de bekymringer, der er fremsat af medlemsstaterne. Dette sammenholdes med erfaringer fra dansk ret på andre retsområder med beslægtede udfordringer.

Den komparative analyse viste, at visse medlemsstater direkte forbyder surrogatmoderskab¹⁶², hvilket umiddelbart kan ses som en hindring i at indgå i et multilateralt samarbejde om netop dette. Her må det dog holdes for øje, at indgåelse i et fælles lovgivningsarbejde ikke må sidestilles med tilskyn-

¹⁶² The Permanent Bureau, A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements, 2014

delse til eller accept af konceptet surrogatmoderskab. Dette blev gjort klart allerede i projektets indledende fase¹⁶³. Der findes allerede retsområder, hvor der foreligger regulering af et som udgangspunkt ulovligt/uhensigtsmæssigt forhold, med det formål at reducere følgeskaderne. Som eksempel kan nævnes Danmarks legitimering af stofindtagelsesrum i 2012 med det formål at reducere dødeligheden for stofmisbrugere og minimere gener for det omkringliggende samfund¹⁶⁴. Stofindtagelsesrum tilskynder ikke til stofmisbrug, og der er intet, der tyder på, at stofindtagelsesrum forøger omfanget af stofmisbrug¹⁶⁵. Lovgivningen om stofindtagelsesrum er et eksempel på, at det er muligt at tillade, uden at tilskynde, et forhold, som fra samfundets side er uønskeligt.

Ekspertgruppen har fremsat en række forslag til, hvordan et multilateralt samarbejde kan udformes.

Det første forslag indebærer en harmonisering af medlemsstaternes nationale regler. Det kunne eksempelvis indebære fælles regler om jurisdiktion i forhold til afgørelser om forældreskab, fælles regler om lovvalg, fælles regler om fuldbyrdelse af sådanne afgørelser etc. Rapporten konkluderer, at harmonisering ikke nødvendigvis vil løse problemerne med manglende anerkendelse af de sociale forældres forældreskab, idet sådanne harmoniseringsregler sandsynligvis vil indeholde et ordre public forbehold. Allerede nu findes der eksempler på, at landene påberåber sig ordre public klausuler, for at undgå at anerkende fremmede afgørelser. Hvis det er tilfældet, vil harmonisering ikke nødvendigvis ændre på, at barnet kan ende "parentless and stateless" og dermed tilbage ved status quo¹⁶⁶.

Det andet forslag indebærer en rammelovgivning, hvilket eksempelvis kan udformes i et sæt minimumsregler ("safeguards"). Udfordringen ved denne løsning er, at der i så fald skal findes en række fælles principper, som rammelovgivningen skal bygge på. Eftersom der er store forskelle på de forskellige medlemsstatsers holdning til og håndtering af surrogatmoderskab, kan det blive svært at blive enige om dette fælles fodfæste¹⁶⁷. I det følgende gennemgås et udvalg af de minimumsregler, der er blevet foreslået af ekspertgruppen.

Et eksempel på en minimumsregel, der beskytter surrogatmoderen er, at der opstilles krav om, at hun skal afgive et informeret samtykke inden aftalen indgås¹⁶⁸.

Flere af medlemsstaterne tilkendegiver et ønske om, at surrogatmoderen skal afgive et informeret samtykke på baggrund af information om de fysiske og psykiske risici ved surrogatmoderskabet¹⁶⁹. Et sådant informeret samtykke kendes i dansk ret fra sundhedslovgivningen, hvor det fremgår af SL § 15, stk. 1, at ingen behandling må indledes eller fortsættes uden patientens informerede samtykke. I dansk ret gælder som udgangspunkt, at informationen skal gives mundtligt og bør suppleres med skriftligt informationsmateriale ved større indgreb og komplicerede behandlinger¹⁷⁰. For surrogatmoderskab gælder den særlige problemstilling, at mange surrogatmødre er fra tredjeverdenslande og

¹⁶³ The Permanent Bureau, Preliminary Report on international surrogacy arrangements, 2012, § 59

¹⁶⁴ LFF 2012-05-09 nr 185 Ændring af lov om euforiserende stoffer (Stofindtagelsesrum), afsnit 2.

¹⁶⁵ Ibid., afsnit 2.2.5. og 3.2.

¹⁶⁶ The Permanent Bureau, Preliminary Report on international surrogacy arrangements, 2012, § 55

¹⁶⁷ The Permanent Bureau, Preliminary report on international surrogacy arrangements, 2012, § 58

¹⁶⁸ The Permanent Bureau, Background note for the meeting of the experts' group on the parentage/surrogacy project, 2016, § 59

¹⁶⁹ The Permanent Bureau, A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements, 2014, § 194

¹⁷⁰ BGK 13-05-2018 nr. 509 (Bekendtgørelse om information og samtykke i forbindelse med behandling og ved videregivelse og indhentning af helbredsoplysninger m.v.), § 5, stk. 1

derfor kan være analfabeter. En minimumsregel bør derfor forholde sig til, hvordan det sikres, at surrogatmoderen har fået tilstrækkelig informationen, når denne information kun kan gives mundtligt.

Skal der anvendes donoræg/donorsæd til assisteret reproduktion, har sundhedspersonen ifølge dansk ret en udvidet informationspligt¹⁷¹. Sundhedspersonen skal tillige rådgive de pågældende parter om de civilretlige konsekvenser, inden samtykket kan indhentes. Med inspiration herfra kan det overvejes at indføre et krav om, at det informerede samtykke for surrogatmoderen også bør indeholde information om de civilretlige virkninger, herunder hendes rettigheder til barnet, og ikke kun de medicinske risici.

Flere medlemslande udtrykker bekymring om, hvordan de som modtagerstat til surrogatbarnet kan vide sig sikre på, at surrogatmoderens samtykke er afgivet uden at hun har været udsat for økonomisk, social eller psykologisk tvang¹⁷². Dette har nær sammenhæng med spørgsmålet om, hvem der skal afgive samtykket. I visse lande er det kulturen, at det er kvindens mand, der træffer beslutninger på vegne af familien og dermed afgiver samtykke til surrogatmoderskab på vegne af kvinden. Det bør overvejes, i hvilket omfang det kan tillades.

Opsummerende kan det anføres, at en minimumsregel om informeret samtykke bør forholde sig til, *hvilken* information, der skal gives (skal der informeres om medicinske såvel som civilretlige konsekvenser?), *hvordan* denne information skal formidles (skal der informeres mundtlig såvel som skrifteligt?) og *hvem* der skal afgive samtykket (kan det tillades, at surrogatmoderens mand eller familie samtykker på hendes vegne?). Spørgsmålene kan grundet specialets begrænsede omfang ikke blive behandlet nærmere her.

Et eksempel på en minimumsregel, der tager sigte på at beskytte de sociale forældre såvel som barnet er, at der opstilles krav om, at de sociale forældre skal modtage rådgivning om de juridiske, psykologiske og medicinske konsekvenser ved surrogatmoderskab¹⁷³.

Et sådant krav kendes i dansk ret fra adoptionslovgivningen, hvor der i ADL § 25 b stilles krav om, at adoptanterne skal modtage rådgivning. Rådgivningen er en del af de Post Adoption Services (PAS), som Danmark ifølge Haagerkonventionen¹⁷⁴ er forpligtet til at fremme. PAS-ordningen, der administreres af Ankestyrelsen, indebærer blandt andet en tre timers obligatorisk rådgivning forud for barnets hjemtagelse. Rådgivningen er en del af godkendelsesforløbet, og såfremt adoptanterne nægter at deltage, skal Ankestyrelsen orientere adoptionssamrådet med henblik på adoptionssamrådets vurdering af, om adoptanten fortsat opfylder betingelserne for at adoptere¹⁷⁵. Formålet med rådgivningen er på et tidligt tidspunkt og meget direkte at støtte op om det gode adoptionsforløb af hensyn til

¹⁷¹ LAR § 24

¹⁷² The Permanent Bureau, A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements, 2014, § 194

¹⁷³ The Permanent Bureau, Background note for the meeting of the experts' group on the parentage/surrogacy project, 2016, § 59

¹⁷⁴ Det fremgår af Haagerkonventionen af 29. maj 1993 art. 5, litra b, at modtagerstaten inden adoptionen skal sikre, at de kommende adoptivforældre har modtaget rådgivning i det omfang, det er nødvendigt. Endvidere fremgår det af art. 9, litra c, at centralmyndighederne enten direkte eller gennem offentlige myndigheder eller behørigt godkendte institutioner i deres stat skal tage alle passende forholdsregler navnlig med henblik på at fremme udviklingen af adoptionsrådgivning og støtte efter adoptionen i deres respektive stater.

¹⁷⁵ VEJL 2019-07-10 nr. 9644 Adoption, afsnit 11.3.

barnets bedste¹⁷⁶. Stedbarnsadoptanter er ikke omfattet af PAS-ordningen, og der tilbydes derfor ikke rådgivning hverken før eller efter stedbarnsadoptionen¹⁷⁷. Et krav om rådgivning af forældrene, ville således kunne imødekommes i dansk ret ved at udvide den allerede eksisterende PAS-ordning. Såfremt rådgivningen bliver målrettet kommende forældre til et surrogatbarn, og det blev kombineret med et krav om, at kommende forældre skal forhåndsgodkendes, vil det kunne forberede forældrene til bedre at håndtere de kommende juridiske, psykologiske og medicinske udfordringer, hvilket i sidste ende vil komme barnet til gode.

Den indledende rapport konkluderer, at det andet forslag om en rammelovgivning umiddelbart vil være at foretrække, da man i så fald undgår at harmonisere komplekse nationale privatretlige regler. En rammelovgivning forudsætter, at der kan opnås enighed om et sæt minimumsregler, hvilket skal kombineres med et samarbejds- og anerkendelsesprincip. Sidstnævnte er inspireret af de internationale regler om adoption, hvor de to lande involverede i en adoption på forhånd skal godkende aftalen, inden adoptionen kan finde sted¹⁷⁸. Er adoptionen foregået under konventionens regler, er det landenes sikkerhed for, at det er sket på en ordentlig måde (fordi minimumsreglerne er opfyldt), hvilket giver dem incitament til at acceptere adoptionen¹⁷⁹. Idéen er, at begge lande beholder kontrollen med, hvilket aftaler de ønsker at anerkende, men samtidig opnås, at størstedelen bliver anerkendt.

Spørgsmålet er, om dette instrument kan overføres til aftalerne om surrogatmoderskab, idet der er forskel på adoptionsaftaler og surrogatmoderskabsaftaler. Afgørende må være, om landene kan blive enige om et sæt minimumsregler, der gør samtlige lande i samarbejdet trygge nok til at acceptere disse aftaler. Hvis landene blot fastholder deres forbehold, hvilket de med denne løsning har kompetence til, vil situationen ende i status quo.

For Danmarks vedkommende har analysen af dansk ret i kap. 2 vist, at det er afgørende for anerkendelse i dansk ret, om surrogatmoderen modtager et vederlag eller ej. Dette skyldes, at Danmark (modsat andre lande) tillader altruistisk surrogatmoderskab. Derfor er dansk ret optaget af, hvornår der foreligger et vederlag. Det er ikke det afgørende element for Frankrig i *Menesson v. France*, da såvel altruistisk som kommercielt surrogatmoderskab ikke tillades i Frankrig, hvilket illustrerer, at de forskellige lande ikke nødvendigvis vil være enige om prioriteringen af deres respektive bekymringer. Det er helt afgørende at få så mange lande med i samarbejdet som muligt, og der må derfor i udarbejdelsen af minimumsprincipperne tages højde for, hvilke forhold de forskellige lande tillægger vægt, når de skal vurdere, om de kan acceptere en surrogataftale. Dette medfører dog samtidig risiko for, at minimumsreglerne sætter så høje krav til surrogataftalerne, at mange surrogataftaler ikke kan gennemføres under konventionen.

Ovenstående belyser fordelene ved et internationalt bindende samarbejde, men viser også, at der er lang vej derhen. Derfor omtaler ekspertgruppens rapport også *et tredje forslag*, til det tilfælde, at et bindende samarbejde ikke kan opnås. Dette forslag indebærer anvendelsen af et ikke-bindende instrument, der eksempelvis kunne udmønte sig i en ”good practice” guide, ikke-bindende principper

¹⁷⁶ LFF 2015-10-07 nr 7 Ændring af adoptionsloven (Et nyt adoptionssystem m.v.), afsnit 3.4.2.

¹⁷⁷ Ibid., bem. til nr. 6

¹⁷⁸ Haagerkonventionen af 29. maj 1993 om beskyttelse af børn og om samarbejde med hensyn til internationale adoptioner, art. 17

¹⁷⁹ The Permanent Bureau, Preliminary report on international surrogacy arrangements, 2012, § 60

om anerkendelse af forældreskab, eller et forslag til, hvordan medlemslandene kan udforme deres nationale lovgivning¹⁸⁰.

6. Konklusion

Dette speciale har belyst, hvordan danske par, der vender hjem fra udlandet med et barn født af en surrogatmoder, støder på en række problemer i dansk ret.

Den danske lovramme giver ikke parterne mulighed for at gennemføre et kommercielt surrogatmoderskab nationalt, og gør det ej heller sikkert, at en udenlandsk afgørelse om forældreskab eller forældremyndighed straks anerkendes i dansk ret. Det har vist sig at være helt afgørende for forældrenes retsstilling, om surrogatmoderen har modtaget et vederlag i ADL's forstand. Analysen har vist, at der er stor forskel på den sociale mors og den sociale fars retsstilling, idet den sociale far straks kan få sit forældreskab og forældremyndighed anerkendt, mens den sociale mors retsstilling er meget usikker. Så længe den sociale mor ikke har fået anerkendt sit forældreskab, er hendes kontakt med barnet afhængig af hendes partners accept, idet hun ved en eventuel samlivsophævelse ikke har nogen rettigheder i forhold til barnet.

Praksis fra EMD har vist, at der kan være tale om et indgreb i EMRK art. 8, når en medlemsstat nægter at anerkende de sociale forældres retlige forældreskab. Et sådant indgreb kan dog legitimeres såfremt indgrebet står overfor meget tungtvejende hensyn, herunder hensynet til at beskytte andres ret og frihed.

I vurdering af, om et indgreb kan legitimeres, indgår hensynet til barnets bedste. Analysen har vist, at hensynet til surrogatbarnets bedste er et tungtvejende hensyn, men at det ikke er et altafgørende hensyn.

Hvor dansk ret har løst problemerne med surrogatmoderskab ved at fortolke på eksisterende regler, har norsk ret udarbejdet speciallovgivning. Den komparative analyse har vist, at de danske og norske regler på mange områder er ens, hvorfor de norske erfaringer kan benyttes som inspiration til et eventuelt lovforberedende arbejde i dansk ret.

I stedet for, eller som supplement til, et nationalt lovarbejde, kan The Permanent Bureaus arbejde med "The Parentage / Surrogacy Project" måske udgøre grundstenene til fremtidens løsning for de danske surrogatbørn og deres forældre. Et multilateralt samarbejde, eventuelt i form af en rammelovgivning med minimumsregler, kan være med til at sikre, at færre surrogatbørn, såvel i Danmark som i resten af verden, ender "parentless and stateless".

¹⁸⁰ The Permanent Bureau, Background note for the meeting of the experts' group on the parentage/surrogacy project, 2016, §§ 65-66

Litteraturfortegnelse

Bøger

- Arnt Nielsen*, Peter, International privat- og procesret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997
- Brett*, Rachel, International Protection of Human Rights: A Textbook, 2. udgave, Åbo Akademi University Institute for Human Rights, Turku/Åbo, 2012
- Christensen*, Lone Birgitte, *Waage*, Jonna: Børneloven med kommentarer, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2006
- Cordero-Moss*, Giuditta, Norsk ordre public som skranke for partsautonomi i internationale kontrakter, Universitetsforlaget, Oslo, 2018
- Dilou Jacobsen*, Bjørn, *Larsen*, Niels Henrik, *Lassen*, Nina Marie, et al., Udlændingeret. 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundet, København, 2017
- Evald*, Jens, *Schaumburg*, Sten-Müller, Retsfilosofi, retsvidenskab og retskildelære, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 2004
- Krone Christensen*, Stine, Forældreansvarsloven med kommentarer. 2. udgave, Karnov Group, København, 2014
- Lorenzen*, Peer, Den europæiske menneskerettighedskonvention: med kommentarer (art 1-59 samt tillægsprotokollerne), 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2011
- Nørgaard*, Irene, *Adolphsen*, Caroline, *Naur*, Eva, Familieret, 4. udgave, DJØF, København, 2019

Juridiske artikler

- Bryde Andersen*, Mads, »Lov og ærbarhed« i nutidens aftaleret - med særligt fokus på løfter og aftaler i den menneskelige intimsfære, U.2020B.53
- Høgholm Pedersen*, Frank, Almindelige kriterier for påberåbelse af ordre public - specielt i relation til forældremyndighed på baggrund af surrogati-arrangementer, TFA 2019.99
- Kallehauge*, Holger, Ægteskab ved stedfortræder - et spørgsmål om ordre public, U.1971B.181, s. 198
- Nielsen*, Linda, Faderskab og moderskab ved kunstig befrugtning En komparativ analyse i forbindelse med de nye forplantningsteknologier, UfR 1989B.197

Love, bekendtgørelser mv.

- L 2014-06-25 nr. 729 Ændring af lov om dansk indfødsret (Erhvervelse af dansk indfødsret ved fødslen m.v.)
- L 2018-12-27 nr. 1711 Ændring af forældreansvarsloven, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love
- L 1995-06-14 nr. 387 Lov om forældremyndighed og bopæl
- L 2004-06-09 nr. 440 Det Etiske Råd
- L 2004-06-09 nr. 446 Ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love

L 2007-06-06 nr. 515 Arveloven (forkortet *AL*)
LBKG 1985-10-03 nr. 443 Myndighedsloven
LBKG 1998-10-19 nr. 750 Inkorporeringsloven
LBKG 2004-06-07 nr. 422 om dansk indfødsret
LBKG 2015-09-08 nr. 1055 Lov om Haagerbørnebeskyttelseskonventionen
LBKG 2018-07-10 nr. 1029 om dansk indfødsret (forkortet *IRL*)
LBKG 2019-08-07 nr. 775 Adoptionsloven (forkortet *ADL*)
LBKG 2019-08-07 nr. 772 Børneloven (forkortet *BL*)
LBKG 2019-08-07 nr. 776 Forældreansvarsloven (forkortet *FAL*)
LBKG 2019-08-23 nr. 902 Kunstig befrugtningsloven (forkortet *LAR*)
LBKG 2019-08-26 nr. 903 Sundhedsloven (forkortet *SL*)
LBKG 2019-09-17 nr. 976 Straffeloven (forkortet *STRFL*)
LBKG 2019-10-02 nr. 1022 Udlændingeloven (forkortet *UDL*)
BKG 1986-09-05 nr. 596 Forældremyndighedsbekendtgørelsen
BKG 2018-05-13 nr. 509 Bekendtgørelse om information og samtykke i forbindelse med behandling og ved videregivelse og indhentning af helbredsoplysninger m.v.
BKG 2019-03-20 nr. 299 Forældremyndighed, barnets bopæl og samvær m.v.
LOV-1981-04-08-7 Lov om barn og foreldre (barnelova)
LOV-2013-03-08-9 Midlertidig lov om overføring av foreldreskap for barn i Norge født av surrogatmor i utlandet mv.
FOR-2012-05-23-446 Midlertidig forskrift om anerkjennelse av farskap for barn født av surrogatmor i utlandet

Forarbejder

Barne- og familiedepartementet, Proposisjon til Stortinget 47 L (2012–2013)
FT 1985-86, Forhandlingerne
FT 2000-01, Tillæg A
LFF 1986-01-30 nr 164 Ændring af adoptionsloven og indfødsretsloven. (Formidling af adoption m.v.)
LFF 1996-10-02 nr 5 Forslag til Lov om kunstig befrugtning i forbindelse med lægelig behandling, diagnostik og forskning m.v.
LFF 1996-11-14 nr 73 Forslag til Lov om ændring af adoptionsloven, indfødsretsloven og navneloven
LFF 2012-05-09 nr 185 Ændring af lov om euforiserende stoffer (Stofindtagelsesrum)
LFF 2015-10-07 nr 7 Ændring af adoptionsloven (Et nyt adoptionssystem m.v.)
LFF 2018-11-07 nr 91 Ændring af forældreansvarsloven, lov om ægteskabs indgåelse og opløsning og forskellige andre love

KBET 1982 nr. 968 om udlændingelovgivningen Udkast til ny udlændingelov

KBET 1996 nr 1323 om Haager-konventionen af 29. maj 1993 om beskyttelse af børn og om samarbejde med hensyn til internationale adoptioner sammenholdt med dansk adoptionslovgivning afgivet af Justitsministeriets adoptionsudvalg

KBET 1998 nr 1350 Betænkning om børns retsstilling

Norges offentlige utredninger 2009: 5, Farskap og annen morskap

Norges offentlige utredninger 2014: 9, Ny adopsjonslov

Internationale konventioner

De Forenede Nationers konvention af 20. november 1989 om barnets rettigheder (forkortet *Børnekonventionen*)

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (forkortet *EMRK*)

Haagerkonventionen af 29. maj 1993 om beskyttelse af børn og om samarbejde med hensyn til internationale adoptioner

Haagerkonventionen af 19. oktober 1996 om kompetence, lovvalg, anerkendelse, fuldbyrdelse og samarbejde vedrørende forældreansvar og foranstaltninger til beskyttelse af børn (forkortet *Konventionen*)

Vejledninger

VEJL 2019-07-10 nr. 9644 Adoption

VEJL 2019-03-20 nr. 9258 Anerkendelse af udenlandsk forældremyndighed

Domme, administrative afgørelser mv.

Ankestyrelsens Principafgørelse 1-19

Ankestyrelsens Principafgørelse 54-16

Ankestyrelsens Principafgørelse 79-17

Borgarting lagmannsrett, Kjennelse, LB-2015-171953

Case of Labanese v. France, Application no. 65941/11, Strasbourg, 26.06.2014

Case of Mennesson v. France, Application no. 65192/11, Strasbourg, 26.06.2014

Case of Paradiso & Campanelli v. Italy, Application No. 25358/12, Strasbourg, 24.01.2017

D.1991.417 Case Procureur-général v. Cassation (engelsk oversættelse af dommens resultat kan læses her <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/french/case.php?id=1429> tilgået d. 11.05.2020)

U 1996.1422 Ø

TFA 2018.2

TFA 2019.291 Ø

Andet

Ankestyrelsens udtalelse af 20. december 2013, j.nr.: 2012-7119-00097, TFA 2014.96

Alfort, Sara, Pigen med de tre mødre, Zetland, 2014 (<https://www.zetland.dk/historie/soGn9mkl-meElDPRq-de9e7> tilgået d. 11.05.2020)

Barne- og familiedepartementet, Midlertidige ordninger i surrogatisaker, 13.11.2014 (<https://www.regjeringen.no/no/tema/familie-og-barn/innsiktsartikler/surrogati/tillegg---surrogati/id2001654/> tilgået d. 11.05.2020)

Crane, David, Kauffman, Marta, Friends, 1998, sæson 5

EMD Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Request no. P16-2018-001, 20.03.2019 (<http://hudoc.echr.coe.int/spa?i=003-6380464-8364383> tilgået d. 11.05.2020)

Dansk Sprognævn, Nyt fra Sprognævnet, nr. 4, 2009, s. 3 (<https://dsn.dk/nyt/nyt-fra-sproгнаev-net/numre/argang-2005-2009/december-2009-pdf> tilgået d. 11.05.2020)

Det Gamle Testamente, Første Mosebog, kap. 16, 21,8-30,9

Det Etske Råds stillingtagen til international handel med menneskelige æg, surrogatmoderskab og organer, 2013 (<http://www.etiskraad.dk/~media/Etisk-Raad/Etske-Temaer/Sundhedsvaesenet/Publicationer/2013-11-01-handel-aag-surrogatmoderskab-organer.pdf> tilgået d. 11.05.2020)

Fisher, Luchina, Kim Kardashian West explains why she chose a surrogate for her third child, ABC News, 13.03.2018 (<https://abcnews.go.com/GMA/Culture/kim-kardashian-west-explains-chose-surrogate-child/story?id=53715998> tilgået d. 11.05.2020)

Munch, Per, Louise Bott Traberg Smidt er blevet juridisk epicenter for barnløse, Politiken, 2019 (<https://politiken.dk/indland/art6962962/Louise-Bott-Traberg-Smidt-er-blevet-juridisk-epicenter-for-barnløse> tilgået d. 11.05.2020)

Nyhedsbrev fra Ankestyrelsen, Surrogatmoderskab – en usikker affære, marts 2014 (<https://ast.dk/born-familie/artikler/adoption/surrogatmoderskab-2013-en-usikker-affaere> tilgået d. 11.05.2020)

Ritzau, Borgerservice tjekker sjældent, om forældre, der bringer et barn hjem fra udlandet, har benyttet en rugemor, Avisen.dk, 2019 (<https://www.avisen.dk/myndighederne-overser-boern-af-rugemodre-foedt-i-ud-534494.aspx> tilgået d. 11.05.2020)

Social- og Indenrigsministeriet, Forældreskab i børneloven, 2016 (<https://socialministeriet.dk/media/18064/analyse-om-foraeldreskab-i-boerneloven.pdf> tilgået d. 11.05.2020)

Syse, Aslak, Surrogati og foreldreskab, Tidsskriftet den Norske Legeforening, 2012 (<https://tidsskriftet.no/2012/04/kronikk/surrogati-og-foreldreskap> tilgået d. 11.05.2020)

The Permanent Bureau, A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy, 2014 (<https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf> tilgået d. 11.05.2020)

The Permanent Bureau, Background note for the meeting of the experts' group on the parentage/surrogacy project, 2016 (<https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf> tilgået d. 11.05.2020)

The Permanent Bureau, Preliminary report on international surrogacy arrangements, 2012 (<https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf> tilgået d. 11.05.2020)

Udlændingestyrelsens orientering til Statsforvaltningen om EU-opholdsbekendtgørelsen, 26.11.2015, afsnit 2.7.4. (<http://kortlink.dk/25zw8> tilgået d. 11.05.2020)

Udtalelse fra Etisk Råd af 21.05.2008 (<http://www.etiskraad.dk/~media/Etisk-Raad/Etiske-Temaer/Assisteret-reproduktion/Publikationer/2008-05-21-udtalelse-om-rugemoedre.pdf> tilgået d. 11.05.2020)

Bilag

Bilag 1: Utrykt dom fra Retten i Sønderborg

RETEN I SØNDERBORG



DOM

afsagt den 29. november 2017

Rettens nr. K01-4710/2017

Politets nr. 3300-70661-00001-15

Anklagemyndigheden

mod

T1

f. 1981

T2

f. 1980

Der har medvirket domsmænd ved behandlingen af denne sag.

Anklageskrift er modtaget den 6. september 2017.

T1 og T2 er tiltalt for overtrædelse af

1.

overtrædelse af straffelovens § 163

ved den 15. april 2014 overfor (udeladt), i forening at have afgivet en skriftlig, urigtig erklæring til brug i retsforhold, der vedkommer det offentlige, idet de i forbindelse med en anmodning om registrering i Folkeregistret i strid med sandheden oplyste, at T1 den 2. april 2014 havde født parrets fælles søn, A, i (udeladt), selv om barnet rettelig var født i (udeladt) af en kvinde ved navn B.

2.

adoptionslovens § 33, stk. 2,

ved forud for den 2. april 2014, i forening, at have annonceret på flere forskellige internetsider med henblik på at få kontakt med en kvinde, der mod betaling ville føde og bortadoptere et barn til de tiltalte, hvilken kontakt lykkedes, idet de tiltalte fik kontakt med B, der efterfølgende mod et beløb på 750 euro overlod sit barn, født den 2. april 2014, til de tiltalte.

Påstande

Anklagemyndigheden har nedlagt påstand om domfældelse efter anklageskriftet med en betinget sanktion med vilkår om samfundstjeneste.

Tiltalte T1 har erkendt sig skyldig i forhold 1 og nægtet sig skyldig i forhold

Sid 75327

2.

Tiltalte T2 har nægtet sig skyldig.

Sagens oplysninger

Der er under sagen afgivet forklaring af de tiltalte. Forklaringerne er lyddokumentet ved rumoptagelse.

T1 har forklaret, at hun og T2 mødte hinanden i 2006 på en blind date. T2 er fra (udeladt), men boede i (udeladt) sammen med sine forældre. De blev gift i november 2007. De ønskede af få børn, og de prøvede et godt stykke tid, men der skete ikke noget. De gik til lægen, der henviste dem til (udeladt), hvor T2 fik tjekket sin sædkvalitet. Det var ikke specielt godt. De forsøgte herefter forgæves flere gange inseminering på en klinik, også med donorsæd. De ventede et års tid, før de begyndte IVF behandling og mikroinsemination. Det fungerede heller ikke. Hun tog ikke godt imod medicinen, og hendes få æg gik til grunde. De afsluttede disse behandlinger i 2011 og 2012.

De overvejede at søge om adoption. Hun havde dog både af sin læge og på klinikker fået at vide, at det ikke ville kunne lade sig gøre på grund af hendes diagnose. Hun havde hos (udeladt) fået stillet en (udeladt)diagnose. De søgte aldrig om adoption.

De slog sig efterhånden til tåls med, at de nok ikke skulle have børn. Så hørte de gennem nogle venner, at man kunne søge efter en rugemor. De var på hjemmesider for at finde ud af, hvad en rugemor var. Det var heller ikke en mulighed på grund af T2's sædkvalitet og hendes ægkvalitet.

De begyndte at overveje, om de kunne få et barn uden at være biologisk knyttet til det. De blev medlem af en Facebookgruppe, der hed noget med "rugemor". Her fik de flere oplysninger, og de blev opmærksomme på et site (udeladt). Det var et sted, hvor man kunne komme i kontakt med kvinder, der ville bortadoptere deres nyfødte eller ufødte børn. Hun havde en tysk veninde, der fortalte om sitet (udeladt). Det var en tysk hjemmeside. Veninden mente, at det måske ville være nemmere for dem at få kontakt med en tysk dame, som måske var gravid og ville bortadoptere sit barn.

De har haft email adressen (udeladt). De indrykkede annoncerne, jf. bilag 16. Annoncen på side 2 på (udeladt) blev ikke indrykket den 12. juni 2014, men en gang i 2013. Annoncen blev slettet igen, da de blev kontaktet af (udeladt) fra Esbjerg politi den 14. januar 2015. Han gjorde dem opmærksom på, at annoncen stadig var på sitet. Det er dem, der har udformet annoncen, der er på engelsk. Når de skrev, at de i forvejen havde en adopteret søn, var det fordi, de på Facebookgruppen havde fået at vide, at man var nødt til at gøre sig lidt speciel for at komme i kontakt med en kvinde. Når de skrev, at de foretrak kontakt med en gravid kvinde eller en

kvinde med et nyfødt barn, var det fordi, de gerne ville have oplevelsen at følge graviditeten eller at få barnet som helt spæd.

De har også indrykket en enslydende annoncen på sitet (udeladt), jf. bilag 16, side 1. Denne annonce er indrykket i 2012 eller 2013. Den blev også fjernet, da hun blev kontaktet af (udeladt).

De blev kontaktet af B, der er A's biologiske mor. Hun sendte en mail og skrev, at hun var gravid og ikke kunne tage vare på barnet, og at hun ledte efter en familie til ham. Det var i oktober eller november 2013, at de fik kontakt med B. Hun var da ca. 3 måneder henne i sin graviditet. A er født den 2. april 2014.

De blev glade for henvendelsen, men de var også skeptiske. B fortalte, at hun havde gæld, som de skulle dække, hvis de skulle have hendes barn. B forlangte 5.000 eller 50.000 zloty. De afviste hende og svarede, at det havde de slet ikke råd til. De oplyste, at de kunne gå med til at dække omkostningerne til hospital, medicin, husleje og hvis hun skulle mangle noget bagefter. De hørte herefter ikke fra B i næsten 2 måneder. Pludselig fik de en mail, hvor hun fortalte, at hun havde tænkt over det, og at hun gerne ville gå med til et beløb på 750 euro. Hun skulle have penge til medicin og vitaminer, og de overførte 250 euro til hende. De havde ikke mødt hende på dette tidspunkt. Resten af beløbet skulle hun have, når de hentede barnet. B skulle skrive til dem, når hun skulle føde, men hun ville ikke have dem med på hospitalet. De talte sammen løbende, før hun fødte, og de besøgte hende i (udeladt) i midten af februar 2014.

Fra de blev kontaktet af B i oktober/november 2013, og indtil A blev født i april 2014, havde ikke ingen kontakt til de danske adoptionsmyndigheder for at høre, om det de gjorde, var lovligt. I starten af 2014 kontaktede hun (udeladt) for at få at vide, hvordan de skulle forholde sig for at få A ind i landet og for at få hjælp. Ingen kunne fortælle hende noget. Dem, hun skulle tale med, sad enten i møde eller havde ikke tid til at tale med hende. Hun oplyste overfor (udeladt), at de havde kontakt med en kvinde, der gerne ville bortadoptere sit barn til dem. Hun ville gerne vide, hvordan de skulle forholde sig, blandt andet med cpr.nr., og om de bare kunne hente ham. Hun kunne ikke få hjælp. Hun ringede ikke andre steder hen. De havde ingen mistanke om, at det kunne være ulovligt, det de gjorde.

B kontaktede dem, og de rejste til (udeladt). De skulle mødes på en stor togstation, hvor B sad på en cafe med barnet, der var 2 dage gammelt. De gik ind på cafeen, så B, gav hende et stort kram, og så barnet. De fik afleveret hans papirer og hans taske, og B fik 500 euro og en stor sportstaske med mad og tøj, som de havde taget med til hende. B fulgte med op til bilen, hvor A blev sat i autostolen. Så sagde de farvel og kørte hjem.

Foreholdt ikke gennemlæst og underskrevet rapportforklaring bilag 1-2, bilag 10, side 2, sidste afsnit, mødte politiet talstærkt op på deres bopæl. Det er korrekt, at hun da forklarede som anført om kontakt til (udeladt) og den (udeladt). Kontakten var dog først efter, at de havde fået A hjem.

Da de var kommet hjem med A til (udeladt), spurgte de om råd på Facebookgruppen. De forklarede, at de ikke kunne få hjælp fra (udeladt). Nogen i gruppen svarede, at de bare skulle fortælle, at det var hende, der havde født barnet i (udeladt). Så var det nemmere at få en (udeladt) fødselsattest, og få ham ind i landet

De skulle bruge en fødselsattest fra (udeladt) for at A kunne få et cpr.nr. og indrejse i Danmark. T2 rettede henvendelse til de (udeladt) myndigheder, der henviste ham til sin fødselskommune. Da T2 skulle til sin bedstemors begravelse i (udeladt), kontaktede han kommunen og fik fødselsattesten, jf. bilag 8, dateret den 14. april 2014.

Den 15. april 2014, jf. bilag 7, underskrev hun hos kommunen på en anmeldelse om indrejse, hvor hun oplyste, at A var født i (udeladt). Hun fortalte T2, at hun skulle ned og underskrive på nogle papirer, så A kunne få sit cpr. nr. De havde fået at vide, at blot en af dem skulle skrive under.

Den 16. april 2014, jf. ikke bilageret bilag, "meddelelse uden særlig følgeskrivelse", tildelte (udeladt) Kommune A et cpr. nr.

T2 har forklaret, at han i det hele kan bekræfte T1's forklaring. Han ringede til den (udeladt) i (udeladt) og fik at vide, at han skulle kontakte sin fødselskommune. Det gjorde han i forbindelse med begravelsen. Han oplyste til kommunen, at T1 havde født barnet i (udeladt), og han fik fødselsattesten, jf. bilag 8. Den skulle de bruge for at få et cpr.nr. til A i (udeladt). Han var bekendt med, at T1 kontaktede (udeladt) herom, og at A fik tildelt et cpr. nr.

De tiltalte er ikke tidligere straffet.

Kriminalforsorgen har om T1 oplyst, at hun er egnet til at modtage en betinget dom med vilkår om samfundstjeneste.

Kriminalforsorgen har om T2 oplyst, at han er egnet til at modtage betinget dom med vilkår om samfundstjeneste.

De tiltalte har om deres personlige forhold forklaret, at de straks, de kom hjem med A, fik kontakt med en sundhedsplejerske, og at A fik de tilsyn, han skulle have. De havde en helt normal hverdag med et lille barn. De flyttede i 2015 fra (udeladt) kommune til (udeladt) Kommune. T2's far døde, og hans mor ville tilbage til (udeladt). De havde herefter ingen familie i (udeladt). Hele T1's familie var i (udeladt), og de flyttede herop. Inden de flyttede, havde de flere tilsynsbesøg fra (udeladt) Kommune. Disse besøg blev afholdt på grund af sagen. Da de flyttede til (udeladt) kommune, fortsatte tilsynsbesøgene. I starten var der besøg hver uge. Så blev de gradvist nedsat, og nu er der ikke længere tilsyn. I dag skrive (udeladt) kommune til A's børnehave hver 6. måned. A stortrives og har det godt.

Rettens begrundelse og afgørelse

Ad forhold 1:

Ved tiltalte T1's erkendelse, sammenholdt med sagens oplysninger i øvrigt, findes tiltalte skyldig efter anklageskriftet.

Tiltalte T2 fik de (udeladt) myndigheder til at udstede en fødselsattest ved i strid med sandheden at oplyse, at T1 havde født deres søn i (udeladt). Han vidste, at fødselsattesten skulle bruges i Danmark for at få barnet registreret og tildelt et personnummer, og han vidste, at T1 var hos kommunen.

Retten finder det bevist, at tiltalte også vidste, at T1 afgav en urigtig skriftlig erklæring overfor (udeladt) Kommune for at få barnet registreret.

Efter det anførte findes tiltalte T2 skyldig i medvirken til overtrædelse af straffelovens § 163.

Ad forhold 2:

Adoptionslovens § 33 omhandler efter overskriften til bestemmelsen "Formidling af surrogatmoderskab".

Efter adoptionslovens § 33, stk. 1, er det strafbart at yde eller modtage hjælp for at opnå forbindelse mellem en kvinde og en potentiel surrogatmor.

Efter adoptionslovens § 33, stk. 2, er det strafbart at annoncere for at opnå forbindelse til en surrogatmor. Dette gælder både for det barnløse par og for formidleren.

Et surrogatmoderskab omfatter situationer, hvor et par, der ikke selv kan få børn, vælger at finde en kvinde, der kan føde et barn for dem. Surrogatmoderen bliver gravid, enten ved at hendes æg bliver befrugtet med sæd fra den mandlige part, eller ved at surrogatmoderen får sat et befrugtet æg fra den kvindelige part op i livmoderhulen.

Det afgørende for, om der er tale om et surrogatmoderskab er, at aftalen er indgået, inden surrogatmoderen bliver gravid.

Af den annonce, de tiltalte indrykkede på de to sites (udeladt) og (udeladt), fremgår, at de tiltalte var "looking to adopt a baby. We prefer a new born or a pregnant woman Who cannot for some reason keep her unborn child".

Det må lægges til grund, at de tiltalte på grundlag af annoncen blev kontaktet af en (udeladt) kvinde, der allerede var gravid, og at kvinden, da hun fødte barnet, overlod det til de tiltalte.

Efter det anførte finder retten ikke, at anklagenmyndigheden har ført bevis for, at de tiltalte har annonceret efter en surrogatmor, og de tiltalte frifindes

derfor i dette forhold.

Vedrørende tiltalte T1 fastsættes straffen til fængsel i 20 dage, jf. straffelovens 163.

Straffen skal ikke fuldbyrdes, hvis tiltalte overholder de betingelser, som er angivet nedenfor, jf. straffelovens § 62 og § 63, jf. § 56, stk. 1. Tiltalte skal herunder udføre samfundstjeneste i 40 timer.

Vedrørende tiltalte T2 fastsættes straffen til fængsel i 20 dage, jf. straffelovens 163.

Straffen skal ikke fuldbyrdes, hvis tiltalte overholder de betingelser, som er angivet nedenfor, jf. straffelovens § 62 og § 63, jf. § 56, stk. 1. Tiltalte skal herunder udføre samfundstjeneste i 40 timer.

Thi kendes for ret:

Tiltalte T1 skal straffes med fængsel i 20 dage.

Straffen skal ikke fuldbyrdes, hvis tiltalte overholder følgende betingelser:

1. Tiltalte må ikke begå noget strafbart i en prøvetid på 1 år fra endelig dom.
2. Tiltalte skal inden for en længstetid på 4 måneder fra endelig dom udføre ulønnet samfundstjeneste i 40 timer.
3. Tiltalte skal være under tilsyn af Kriminalforsorgen i længstetiden.

Tiltalte T2 skal straffes med fængsel i 20 dage.

Straffen skal ikke fuldbyrdes, hvis tiltalte overholder følgende betingelser:

4. Tiltalte må ikke begå noget strafbart i en prøvetid på 1 år fra endelig dom.
5. Tiltalte skal inden for en længstetid på 4 måneder fra endelig dom udføre ulønnet samfundstjeneste i 40 timer.
6. Tiltalte skal være under tilsyn af Kriminalforsorgen i længstetiden.

De tiltalte skal in solidum betale sagens omkostninger.