



Låsby den 1. december 2008

Til Folketingets Socialudvalg i anledning af L 57

I Adoption og Samfund har vi i snart 10 år forsøgt at få rettet op på den diskrimination, som børn af eneadoptanter er udsat for i spørgsmålet om det særlige børnetilskud – hvor de hidtil har været den eneste gruppe af børn med kun én forsørger, der var udelukket fra at modtage det særlige børnetilskud.

Efter at have været omkring Østre Landsret og Højesteret er sagen nu antaget til behandling ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, og Danmark skal indgive svar senest den 6. januar 2009.

Det er en højst problematisk – men næppe tilfældig – timing, når der netop nu fremsættes et lovforslag inden for området.

Lovforslaget L 57 har ikke til formål at rette op på den diskrimination, der hersker, men sigter på dels at udelukke endnu en usagligt afgrænset gruppe af børn fra at oppebære tilskuddet, og dels at cementere den hidtidige diskriminerende praksis over for adoptivbørnene.

At man nu også vil udelukke børn undfanget ved kunstig insemination ændrer ikke ved den diskrimination, der vedrører de adopterede.

I Folketingets debat ved førstebehandlingen har især to vinkler på sagen været drøftet:

1. Det rimelige/urimelige i, at børn udelukkes fra at modtage det særlige børnetilskud, hvis deres forældre selv har valgt en eneforsørgerstatus.
2. Det rimelige/urimelige i, at nogle børn vil kunne modtage tilskuddet, selv om deres forældre ikke er reelt enlige (= samlevende eller gift med en person, der ikke er barnets forælder).

Ad. 1.

Det er ikke en hensigt, der ligger i selve loven, at kun børn af forældre, der pludselig og uforudset er kommet i en situation som eneforsørgere, kan oppebære tilskuddet. Tilskuddet gives jo også til børn, hvor moderen bevidst vælger at få barnet i en situation, hvor hun ikke kan eller vil oplyse faderens identitet. Og det gives også til børn, der er adopteret af en enlig, hvis der forud for adoptionen har været en relation mellem barn og adoptant.

Selv hvis man accepterer præmissen om, at børn i eneforsørgerfamilier, hvor forældrenes eneforsørgerstatus er selvvalgt, skal have ringere økonomiske vilkår end børn i andre eneforsørgerfamilier, er L57 fuldstændig uegnet til at skelne sagligt mellem forskellige familier ud fra forældrenes intentioner og valg af familieform. Der er intet personsammenfald mellem dem gruppe, der ifølge lovforslaget selv har valgt at blive eneforsørgere, og den gruppe, som ifølge L 57 ikke skal kunne oppebære tilskuddet.

Ad. 2.

Det særlige børnetilskud er en erstatning for det bidrag fra en far/mor, som børn af eneforsørgere jo ikke får, da de kun har en retlig forsørger, men det er ikke en betingelse, at deres mor/far ikke er samlevende eller har indgået (nyt) ægteskab. Så den diskussion er helt irrelevant i sammenhængen, med mindre loven ændres (yderligere).

Adoption & Samfund har fremsendt et hørings svar i forbindelse med lovforslaget, hvorfra vi vil fremhæve følgende pointer:

Barnet straffes for et valg, det ikke selv har haft indflydelse på

Barnet er retssubjekt i forhold til det særlige børnetilskud, men det er forældres valg og handlinger, der lægges til grund for, om barnet kan oppebære tilskuddet.

Der verserer en sag mod Danmark ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

Som det formentlig er medlemmerne af Socialudvalget bekendt, er Danmark indklaget for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i en sag om den nuværende diskrimination af børn af eneadoptanter. Sagen verserer fortsat, og det er helt uhørt, at en regering i et retssamfund med en lovændring forsøger at spænde ben for en dom – oven i købet en lovændring, der ikke retter op på misforholdene, men blot forsøger at camouflere dem.

Lovforslaget vil blot øge diskriminationen

Lovforslaget er helt uegnet til at rette op på den eksisterende forskelsbehandling, idet det blot udvider diskriminationen til endnu en usagligt afgrænset gruppe af børn. Uanset hvilket snit man lægger i.f.t. de argumenter, der har været fremme, er der stadig andre grupper af børn i præcis samme situation, der fortsat kan oppebære tilskuddet. Det gælder f.eks. børn, der er blevet undfanget ad naturlig vej, men hvor moderen ikke kan eller vil oplyse faderens identitet. Og det gælder børn, der er adopteret af enlige, hvor der i forvejen var en relation mellem barn og adoptant.

Grundsætningen i Adoptionslovens § 16

Ifølge Adoptionslovens § 16 indtræder der ved adoption samme retsforhold mellem adoptant og adoptivbarn som mellem forældre og deres barn, og samtidig bortfalder retsforholdet mellem adoptivbarnet og dets oprindelige slægt.

I Adoptionsloven skelnes der ikke mellem forskellige former for adoption m.h.t. rang eller valør. Alle adoptioner har samme retsgyldighed uanset parternes relation forud for adoptionen.

Men i lovforslaget stilles adopterede, der ikke havde nogen forudgående relation med deres adoptivforældre ringere end adopterede, hvor der var en sådan relation. Det vil sige, at anonym fremmedadoption de facto gøres til en andenrangs adoption i forhold til andre adoptioner – og ifølge sagens natur rammer det i praksis stort set alle internationalt adopterede i Danmark.

Adoption & Samfund ser dette som et særdeles alvorligt anslag mod selve adoptionstanken og et alvorligt tilbageslag for adoptioners retsvirkning i Danmark.

Hvis anonym fremmedadoption er mindreværdig i børnetilskudsloven, hvad bliver da det næste område, hvor adopterede i Danmark må nøjes med færre rettigheder end andre borgere?

Det har altid været den almindelige opfattelse af Adoptionslovens § 16, at al lovgivning, der vedrører børn, forældre og familie, umiddelbart også skulle gælde for adopterede, adoptanter og adoptivfamilier. Hvis dette ikke var tilfældet, skulle lovgiver i hvert enkelt tilfælde eksplicit tage stilling til, hvorvidt en lov også skulle gælde adopterede. Det gælder i første række love og regler, der vedrører børn og familier, f.eks. om skolegang, børnepasning m.m. – men også lovgivning i videre omfang: skal adopterede mænd f.eks. være værnepligtige i Danmark, hvis de ikke er fuldgyldige medlemmer af deres danske familie og det danske samfund?

Alene af praktiske grunde taler alt for en fuldstændig ligestilling mellem alle typer af adopterede (familieadoptioner og fremmedadoptioner) og ikke-adopterede.

Ud over at være i strid med internationale konventioner ser Adoption & Samfund diskriminationen af de fremmedadopterede børn af eneadoptanter som en yderst uheldig fremfærd i forhold til fremtidig international adoption til Danmark.

Beskedne økonomiske konsekvenser

Det fremgår af lovforslaget, at de økonomiske konsekvenser er yderst beskedne, så der er derfor vanskeligt at se noget sagligt formål med den diskriminerende lovændring.

Demografi

Endelig vil vi pege på det demografiske rationale. Der er ingen tvivl om, at vi i Danmark i mange år fremover har brug for, at de kommende generationer af børn og unge bliver tilstrækkeligt store og veluddannede til at kunne forsørge det stigende antal ældre. Derfor er det højst irrationelt at spænde ben for borgere, der vælger at få børn og tage hånd om deres opvækst. Og det er i særdeleshed irrationelt ikke at ville give visse børn det samme fundament at udvikle sig på som andre, blot fordi deres forældre har valgt at være eneforsørgere.

Adoption & Samfund vil derfor opfordre medlemmerne af Socialudvalget til at granske deres fornuft og samvittighed og genoverveje dette u gennemarbejdede og uretfærdige lovforslag.

Med venlig hilsen

Michael Paaske
Formand

Bilag:

DanAdopt: Høringssvar, 23. oktober 2008

Kirsten Ketcher: Menneskerettigheder og lovgivers vilje – om forskelsbehandling af et eneadopteret barn. Juristen nr. 5, september 2007



DanAdopt

Danish Society for
International Child Care

Authorized by the
Danish Central Authority
(Hague Convention)

Velfærdsministeriet
Departementet
Holmens Kanal 22
1060 København K

23. oktober 2008
2008-4821

Hørings svar

Udkast til forslag til lov om børnetilskud og forskudsvis udbetaling af børnebidrag
(Ændring af modtagergruppe for særligt børnetilskud.)

DanAdopt konstaterer at lovforslaget følger op på den nuværende praksis overfor børn adopteret af eneadoptanter.

DanAdopt mener at adoptionsloven (jf. lovbekendtgørelse nr. 1040 af 16. december 1999, med de ændringer, der følger af lov nr. 433 af 31. maj 2000, lov nr. 461 af 7. juni 2001, lov nr. 145 af 25. marts 2002, lov nr. 214 af 22. april 2002, lov nr. 228 af 2. april 2003 og lov nr. 446 af 9. juni 2004.) er og fortsat bør være, den eneste lovgivning på adoptionsområdet. Det er vores opfattelse at der er præcedens for, siden den første lov der regulerede internationaladoption indførelse (lov nr. 140 af 25. maj 1956 om adoption), at adoptionsloven optræder som eneste lov der regulerer adoptivbørns retstilling i Danmark. Adoptionsloven betragtes derfor som bærende for Danmarks ratificering af den såkaldte Haager-konvention om adoption, og nærmere betegnet betragtningen af internationale adoption gennemført i Danmark som en fuld adoption, hvor barnet er helt ligestillet med et dansk født barn.

Dette lovforslag repræsenterer 2.gang siden 2002, hvor en anden lov end adoptionsloven nævner adopterede specifikt, og begrænser rettighederne overfor danskfødte børn.

Det er DanAdopts holdning at adopteredes rettigheder ikke bør reguleres af andet end adoptionsloven, og vi ser med stor bekymring på, at dette danner præcedens for yderligere indgreb, i adopteredes tidligere uangribelige ligestilling med danskfødte børn, også i forhold til de internationale konventioner og nylige svar afgivet til EU Parlamentet og Kommissionen omkring danske adoptioners retsstilling.

Med venlig hilsen

Marianne Wungs-Sung
Direktør
Dir. tlf: 45940500
e-mail: mws@danadopt.dk

Pia Brandsnes
Vicedirektør
Dir. tlf: 45 94 05 03
pb@danadopt.dk

Adresse:
Hovedgaden 24
3460 Birkerød

Telefon: 4581 6333
Telefax: 4581 7482
E-mail: mail@danadopt.dk

Man-ons: 10 - 12 & 13 - 15
Torsdag: 13 - 15
Fredag: 10 - 12

Bank: Danske Bank
Reg.: 3170
Konto: 4130972659

Menneskerettigheder og lovgivers vilje

- om forskelsbehandling af et eneadopteret barn

Af professor, dr.jur. Kirsten Ketscher, Københavns Universitet og Universitetet i Oslo

1. Problemstillingen

De såkaldt "indvandrede" retskilder stiller retspraksis over for nye problemer. Det nationale parlaments traditionelle monopol på produktion af retskilder er under beskæring. Dette er et led i en udvikling, hvor Danmark har ønsket at være med i større retlige fællesskaber. Inkorporering af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMK) i 1992 (Lov nr. 285 af 29/04/1992) som dansk lov er Folketingets udtryk for ønsket om at dele fælles menneskeretlig platform i Europa.

15 år efter denne inkorporering må det nok fastslås, at EMK har haft svært ved at blive accepteret og indgå i dansk retspraksis på lige fod med national lov. Det gælder i hvert fald socialretten. Den traditionelt stærkeste retskilde i dansk socialret er "lovgivers vilje". Den skrevne lov er det faste udgangspunkt for fortolkningen. Lovforslaget og lovens forarbejder mere bredt samt til en vis grad efterarbejder er rigtige hjælpemidler i fortolkningen. Fortolkningen af EMK har derfor haft vanskeligt ved at få sin plads i den almindelige retsanvendelse. Dette indebærer en latent fare for menneskeretlige krænkelse, når EMK ikke indtænkes i fortolkningsberedskabet.

Formålet med denne artikel er at illustrere denne problemstilling på grundlag af en højesteretsdom om ligebehandling i social sikring jf. U.2007.341H. I denne sag kom såvel Højesterets flertal som landsretten frem til, at det ikke var i strid med EMK, at børn af eneadoptanter som de eneste børn med kun 1 forsørger ikke har ret til at blive kompenseret med det særlige børnetilskud.

2. Eneadopterede børns ret til særligt børnetilskud

Det særlige børnetilskud, jf. børnetilskudslovens § 4 stk. 3 (lbk. 909/2004 med ændringer), skal kompensere det barn, der kun har 1 forsørger. Børnetilskuddet svarer til normalbidraget og udgør pr. 1/1-2007 12.756 kr. årligt. Det gives når faderskabet ikke er fastslået bestemmelsen (nr. 1), når kun en af barnets forældre lever (nr. 2) og (nr. 3), "når barnet, efter at forældremyndighedens indehaver er død, adopteres af dennes ægtefælle eller af en enlig person". Det var særligt fortolkningen af denne sidste passus, der var genstand for retssagen.

Sagen drejede sig om et barn med oprindelse i Sydamerika, der i 1999 blev adopteret af en dansk adoptant. Faderen var død og moderen var forsvundet. Barnet var misrøgtet og anbragt på et børnehjem i hjemlandet. De biologiske forældre havde fået frataget forældremyndigheden ved dom og forbindelse til barnets biologiske familie var helt afbrudt forud for adoptionen.

Efter at barnet var kommet til Danmark, ansøgte adoptivmoderen som eneforsørger om det særlige børnetilskud. Dette blev afslået med henvisning til, at hun ikke kunne dokumentere, at moderen var død. Det sociale nævn henviste til Ankestyrelsens principafgørelse B-4-95, der indeholdt to sager. I den ene havde man i en tilsvarende sag udtalt, at det ikke var tilstrækkeligt grundlag for det særlige børnetilskud, at man på grund af forholdene i barnets oprindelsesland ikke kunne give oplysninger om forældremyndighedsindehaveren før adoptionen. I den anden sag havde adoptanten påberåbt sig nr. 2 om ret til børnetilskud, når kun en af barnets forældre lever. Her lagde Ankestyrelsen vægt på lovens, at adoptanten havde påtaget sig den fulde forsørgelsespligt over for barnet.

Iflg. Børnetilskudslovens § 7 tilkommer børnetilskuddet barnet. Retssagen drejede sig derfor om adoptivbarnets ret til det særlige børnetilskud.

Sagen havde to hovedspørgsmål. Det ene var et spørgsmål om fortolkning af lovgivers vilje. Det andet var et spørgsmål om krænkelse af barnets menneskerettigheder på grund af diskrimination. Såvel landsret som højesteret lægger hovedparten af argumentationen på spørgsmålet om at finde frem til lovgivers vilje. EMK behandles helt marginalt.

Højesterets mindretal, der giver sagsøger medhold, kommer ikke ind på EMK.

3. Lovgivers vilje?

Forarbejderne til en ændring af Børnetilskudslovens § 4 stk. 3, nr. 3, fra 1972, der trådte i kraft i 1973, spiller en vigtig rolle i sagen (FT 1972-73, till. A, sp. 5925-26). Ifølge lovens formulering blev det særlige børnetilskud herefter ydet »til et barn, der, efter at forældremyndighedens indehaver er død, adopteres af dennes ægtefælle eller af en enlig person i barnets slægt«. Det blev i bemærkningerne understreget, at reglen ikke omfatter enliges adoptioner uden for slægtsforhold. Der blev lagt vægt på, at eneadoptanten påtager sig det fulde forsørgelsesansvar. Reglen blev ændret for at sikre, at slægtinge eller en ægtefælle ikke afholdt sig fra at adoptere af økonomiske grunde.

I 1986 blev loven ændret således, at ordene "i barnets slægt" udgik. I bemærkningerne til lovforslaget siges det herom: "Bestemmelsen svarer til den gældende lovs § 4 (...) I stk. 3, nr. 3, er det foreslået, at der kan ydes særligt børnetilskud i alle de tilfælde, hvor en efterlevende ægte-

fælle eller en enlig person adopterer et forældreløst barn, uden at der hermed kræves et slægtsforhold. Efter de gældende regler kan der kun ydes særligt børnetilskud til et barn, der efter at forældremyndighedens indehaver er død, adopteres af dennes ægtefælle eller af en enlig person i barnets slægt" (FT 1985-86, til. A, sp. 5994).

Det er på denne baggrund, at Højesterets mindretal (Per Walsøe og Niels Grubbe) finder det uberettiget at nægte barnet det særlige børnetilskud. For det første fordi tilfældet er omfattet af ordlyden. For det andet fordi lovens bemærkninger ikke giver nogen støtte til den opfattelse, som flertallet anfører, nemlig at barnet og adoptanten skulle have haft en forudgående forbindelse.

Flertallet (Poul Sørensen, Poul Dahl Jensen og Henrik Waaben) finder derimod ligesom landsretten, at der stilles krav om, at der skal have været en forudgående forbindelse. Det er svært at se, hvilket grundlag man har for dette. Der foreligger ikke alene en restriktiv fortolkning af selve lovbestemmelsen. Tillige fortolkes mod bemærkningernes formulering "... ydes særligt børnetilskud i alle de tilfælde, hvor en efterlevende ægtefælle eller en enlig person adopterer et forældreløst barn ...". Kravet om, at der skulle have været en forudgående forbindelse, finder landsretten i egne overvejelser om, "at der ikke er grundlag for at antage, at det har været tilsigtet, at bestemmelsen skulle omfatte enlige adoptanter, der - som i denne sag - har adopteret et barn, uden at der (...) har været en vis tilknytning mellem barnet og adoptanten". Landsretten mener, at bestemmelsen er udtryk for en opdatering for at sikre en samlevers ret til at adoptere uden for ægteskab. Højesteret flertal tilslutter sig dette ræsonnement. Såvel landsret som Højesteret kræver i realiteten klar og utvetydig lovhjemmel for, at enlige adoptanters børn skal være omfattet af det særlige børnetilskud. Højesteret omtaler bestemmelsen som et "incitament til eneadoption", som fortolkes snævert i overensstemmelse med loven fra 1973.

Det må betegnes som interessant, at flertallet giver forarbejder, der er over 30 år gamle og fra før indkøperingen af EMK i 1992, en afgørende vægt i stedet for ligesom mindretallet at tage udgangspunkt i den gældende bestemmelse og bemærkningerne hertil. Specielt inden for det socialretlige område må forarbejdernes levetid betragtes som kort (Ketscher (2002) s. 176). Flertallets fortolkning placerer sig dermed uden for en nutidig kontekst i spørgsmålet om adoption af børn.

Det var ubestridt under sagen, at det ikke har kunnet dokumenteres, at barnets mor var afgået ved døden. Dette lægger Højesterets flertal ligesom landsretten vægt på. Dokumentationskravet får en mekanisk karakter. Mindretallet derimod lægger vægt på, at barnets forhold før adoptionen måtte sidestilles med forældremyndighedsindehaverens død. Forældremyndigheden var allerede frataget forældrene forud for adoptionen, og moderen var forsvundet. Mindretallet finder derudover støtte i, at kriteriet i lovens nr. 3 netop er forældremyndighed, hvor det i nr. 2 er forældres død.

Sagen illustrerer i realiteten, at forestillingen om, at man

gennemfører lovgivers vilje, stort set beror på en fiktion. Højesterets flertal anvender endog en mere snæver fortolkning, end der kan udledes af Ankestyrelsen principafgørelse fra 1995. Her lagde man ikke vægt på, om der havde været en forudgående forbindelse, men kun på, at forældremyndighedens død ikke kunne dokumenteres.

I øvrigt anførte staten som støtte for sin sag, at et lovforslag i 1999 om at tydeliggøre eneadopterede børns ret til særligt børnetilskud ikke kunne vedtages. Dette argument rejser spørgsmålet om brugen af efterarbejder. Denne adgang må under alle omstændigheder betragtes som snæver, specielt når det drejer sig om at indskrænke en rettighed (Ketscher (2002) s. 176). Imidlertid lægger hverken Højesterets flertal eller mindretal vægt på dette. Mindretallet afviser endog eksplicit, at dette har nogen betydning.

4. Menneskerettigheder

Dommen indeholder ingen nærmere overvejelser over det diskriminationsspørgsmål som i realiteten var sagens hovedproblem. I den menneskeretlige optik vedrører sagen art. 14 (forbud mod diskrimination) set i sammenhæng med EMK tillægsprotokol 1 art. 1 (P1-1). Denne omfatter efter sikker fortolkning nu sociale sikringsrettigheder jf. *Stec and others vs. UK* (65731/01 and 65900/01).

Sociale rettigheder som omfattet af P1-1 har været kontroversielt, men så nu som nævnt anses som sikker fortolkning. Dette blev heller ikke anfægtet under sagen. Se for en grundig gennemgang af dette spørgsmål Krunke (2007).

Ifølge EMD's praksis er en forskelsbehandling ikke tilladt, såfremt "it has no objective and reasonable justification. In other words if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised." (*Zeman v. Austria* (23960/02) para 32).

Forskelsbehandlingen af eneadopterede børn skal således kunne begrundes med såvel et lovligt formål som opfyldte et proportionalitetskrav.

I sagen afviste man i øvrigt at tillægge adoptionslovens § 16 betydning. Iflg. denne indebærer en adoption, at retsforholdet bortfalder mellem adoptivbarnet og dets oprindelige slægt. Det blev anført, at denne kun regulerer forholdet mellem adoptivforældrene og de oprindelige forældre.

4.1. Direkte og indirekte diskrimination

Den foreliggende sag drejer sig såvel om direkte diskrimination som indirekte diskrimination.

Loven angiver det diskriminerende kriterium direkte, nemlig at barnet er adopteret af en enlig person. Når bestemmelsens kriterier i øvrigt (dokumentationskravet og tilknytningskravet) møder den faktiske virkelighed indebærer dette, at fortabelsen af det særlige børnetilskud i realiteten udelukkende vil ramme børn af udenlandsk ikke vestlig oprindelse. EMK art. 14 omfatter begge diskriminationsformer.

Blandt alle børn med kun én forsørger, er det kun eneadopterede børn, der ikke har ret til kompensation for den

manglende forsørger. Barnet diskrimineres på grund af sine forældres status. Barnet er samtidig udsat for diskrimination på grund af sin udenlandske ikke vestlige (danske) oprindelse. Der er her tale om krydsdiskrimination, idet barnet rammes af to diskriminationsgrunde. Begge disse diskriminationsgrundlag skal kunne retfærdiggøres.

4.2. Den direkte diskrimination: Eneadoption

Forskelsbehandling på grund af eneadoption skal kunne begrundes sagligt. Imidlertid leder man forgæves i dommen efter en begrundelse for denne forskelsbehandling. Heller ikke staten som sagsøgt anfører momenter, der kan retfærdiggøre denne. Da sagen er meget centreret om lov, forarbejder, administrative forskrifter, minister og Folketing, kan begrundelsen formentlig stort set forstås som en henvisning til lovgivers vilje.

Der ligger muligvis en skjult antydning af begrundelse i flertallets formulering "incitament til adoption". Det kunne antyde et misbrug af sociale ydelser, muligvis en mindre seriøsitet blandt enlige adoptanter, når de kan adoptere så at sige på statens regning. Ankestyrelsen lægger således også vægt på, at eneadoptanter har påtaget sig det fulde forsørgelsesansvar. Dette indebærer derfor et ringere forsørgelsesgrundlag for eneadopterede.

Dette skal kunne begrundes i forhold til andre eneforsørgersituationer, hvor der kompenseres for den manglende forsørger f.eks. når en forælder er død, jf. bestemmelsens nr. 2. Dette er en såkaldt udefrakommende begivenhed, som man ikke selv kan udløse. Derimod har børn, hvor moderen ikke har oplyst faderens navn, samt børn, undfanget ved insemination af en enlig kvinde, ret til det særlige børnetilskud, jf. bestemmelsens nr. 1. Dette kan sammenlignes med de eneadopterede børn, idet moderen i begge disse tilfælde selv ved sin adfærd udløser det særlige børnetilskud.

Hvad angår moderens undladelse af at oplyse barnets navn har det tidligere været på tale at dette skulle medføre, at børnetilskudet bortfaldt. Argumentet herimod har været, at det rammer barnet (jf. Børnelovsudvalget delbetænkning 1389/2000) Enliges ret til insemination har ikke ført til, at disse børns ret til det særlige børnetilskud har været til diskussion.

Det er vanskeligt at se nogen anden begrundelse for eneadopteredes retsstilling end, at den hviler på en opfattelse af, at der ikke skal være noget incitament til eneadoption uden for en meget snæver kreds. Dette hænger efter bestemmelsens forhistorie utvivlsomt sammen med et mere traditionelt familiesyn, hvor det var undskyldeligt (forældremyndighedsindehaverens død), at en person ville adoptere et barn uden at være gift. Denne restriktive opfattelse af adoptioners ønskelighed er ikke opdateret til et niveau med de ovenfor nævnte kategorier, hvor man helt i overensstemmelse med den grundlæggende fortolkningsnorm lægger vægt på, hvad der er det bedste for barnet, jf. også Børnekonventionens art 3. Dette centrale fortolkningshensyn har ikke været et led i Højesterets flertals afgørelse, men ligger vel implicit i mindretallets resultat.

Lis Frost (2005 s. 239 ff) anfører, at enlige principielt altid har haft ret til at adoptere, men at der op i gennem 1950'erne udviklede sig en praksis i Mødrehjælpen, hvorefter børn kun blev formidlet til adoption til ægtepar. Dette var dog først og fremmest et fordelingspolitisk argument p.g.a. manglen på børn til adoption. I 1970'erne hvor det blev almindeligt at adoptere udenlandske børn, blev praksis ændret. Herefter kunne enlige stadig ikke adoptere danske spædbørn, men kunne godkendes til større børn og udenlandske børn.

4.3. Den indirekte diskrimination: Dokumentationskrav og tilknytningskrav

Dokumentationskravet vedrørende forældremyndighedsindehaverens død skaber først og fremmest problemer i 3. verdenslande, dvs. de lande, hvorfra adopterede børn i praksis kommer. Det fremgår af Ankestyrelsens afgørelse B-4-95, jf. ovenfor, at Ankestyrelsen fastholder et dokumentationskrav, som svarer til et vestligt niveau, hvor man har god kontrol med hvert enkelt individ. Højesterets flertal tilslutter sig dette. Flertallet udtaler, at det lægges til grund, at barnets mor levede på adoptionstidspunktet. Dette er faktisk ikke helt i overensstemmelse med sagens oplysninger. Det fremgår kun, at barnets mor er forsvundet. Det er således heller ikke dokumenteret, at hun lever. Denne bevismangel vil typisk opstå i et ikke vestligt land. Kravet er egnet til at diskriminere børn af udenlandsk ikke vestlig herkomst.

Det krav, som Højesterets flertal indlæser i lovtæksten, nemlig at der skal have været forudgående forbindelse mellem adoptant og barnet, vil typisk ikke være opfyldt ved de fleste adoptioner, fordi disse først og fremmest er motiveret af barnløshed og sker gennem adoptionsorganisationer. De børn, der er til rådighed for adoption er fra 3. verdenslande. Kravet stilles ikke til toadoptanter. Det skaber derfor også en forskelsbehandling mellem adoptivbørn.

De to krav: Dokumentation om forældremyndighedsindehaverens død og krav om forudgående kendskab, indebærer, at det antal børn med udenlandsk baggrund, der kan opfylde disse krav og dermed blive berettiget til det særlige børnetilskud, i realiteten er nul.

Det fremgår således af sagen, at der i perioden 2001-03 var godkendt 44 enlige adoptanter. Inden for de seneste 5 år er der ikke godkendt eneadoptanter til danske børn, uden at der har været forudgående forbindelser mellem adoptant og adopteret.

Om denne indirekte diskrimination siger Højesterets flertal: "De betingelser, der er opstillet i § 4, stk. 3, nr. 1-3, for at opnå særligt børnetilskud, skelner ikke mellem danske og udenlandske børn. Efter nr. 3 er udenlandske børn, der adopteres af en enlig person her i landet, således berettiget til særligt børnetilskud i samme omfang som danske børn, der adopteres af en enlig. Det faktiske forhold, at det uden for familieforhold mv. for tiden stort set kun er udenlandske børn, der adopteres af enlige personer her i landet, kan efter vores opfattelse ikke føre til, at Det Sociale Nævns afslag på at yde særligt børnetilskud til A udgør en usaglig forskelsbehandling i strid med Den Europæiske

Menneskerettighedskonventionens artikel 14, jf. artikel 8, eller artikel 14, jf. artikel 1 i den første tillægsprotokol ..."

Højesteret erkender således, at der foreligger en forskelsbehandling, men afviser, at den er usaglig. Det kræves som bekendt ikke, at der skal foreligge forsæt til at diskriminere indirekte. Det afgørende er den faktiske virkning, og en uligebehandling skal kunne begrundes sagligt. Det er ikke en saglig begrundelse, at Højesteret henviser til andre ikke diskriminerende bestemmelser i børnetilskudsloven.

Landsrettens afvisning af retsstridig forskelsbehandling er summarisk. Den "finder ikke grundlag for at fastslå, at Det Sociale Nævns afgørelse og fortolkning af børnetilskudsloven er i strid med de anførte internationale konventioner". Sagsøger havde ud over EMK også anført Børnekonventionen og Racediskriminationskonventionen. Se også Palmer Olsen (2007) om Højesterets argumentation i den såkaldte Taxa-sag.

4.4. Diskrimination og staternes skønsmargin

I sagen påberåber staten sig den skønsmargin, som EMD's praksis i visse tilfælde har indrømmet staterne som grundlag for retten til at diskriminere. I den forbindelse henvises til Petrovic v. Austria (156/1996/775/975).

Sagen blev afgjort i 1998. Den drejede sig om kønsdiskrimination på grund af, at fædre ikke på linje med mødre havde ret til en forældredydelse. EMD kom frem til, at diskriminationen kunne accepteres, fordi ligestilling mellem kvinder og mænd ikke var på samme niveau i medlemsstaterne. I 1980'erne var der ingen fælles standard i medlemsstaterne (para 38). Dette var grundlaget for, at Østrig kunne påberåbe sig en skønsmargin.

Det er svært at se, hvorledes Petrovic-sagen understøtter staten i den foreliggende sag.

Staten hævder, at den har både et lovligt formål og opfylder proportionalitetskravet, men der redegøres ikke nærmere herfor i sagen. Det er således uklart, på hvilken baggrund man påberåber sig en skønsmargin. Det er også tvivlsomt, om domstolen ville være kommet til samme resultat i dag i Petrovic-sagen. I sagen Zeman v. Austria (23960/02) kom man således til, at Østrig ikke kunne påberåbe sig en skønsmargin som grundlag for kønsdiskrimination.

I denne sag (afgjort i 2006) havde Østrig undladt at ligestille enkenænder og kvinder vedrørende efterladtepension, selvom man havde sat sig som mål, at dette skulle ske senest i 1995. Under disse omstændigheder mente EMD ikke, at Østrig stadig kunne påberåbe sig en skønsmargin for rettigheder, der var trådt i kraft forud for 1995.

Om staternes skønsmarginen siges det i Zeman (para 33), at denne hviler på "their direct knowledge of their society and its needs... And the Court will generally respect the legislatures policy choice unless it is manifestly without reasonable foundation". Staten skal altså kunne redegøre for sine valg. Det fremgår ikke af den danske dom, hvorfor det er sagligt at forskelsbehandle enadopterede børn. Højesterets flertal henviser alene til lovgivers vilje. Dette kan ikke sig selv være grundlag for en forskelsbehandling (direkte eller indirekte). I dommen foretages heller ikke en nærmere proportionalitetsvurdering. Dette hænger for-

mentlig sammen med, at det er Højesterets opfattelse, at denne er foretaget af lovgiver. Lovgivers vilje bliver derfor det retlige grundlag for såvel forskelsbehandlingens legitimitet og proportionalitet.

En lignende afkortet argumentation finder man i sagen Koua Poirrez v. France (40892/98).

Poirrez blev nægtet en handicapydelse med den begrundelse, at han ikke var fransk statsborger, og at Frankrig ikke havde underskrevet en gensidig social aftale med Poirrez hjemland Elfenbenskysten. EMD fandt ikke denne begrundelse "objectionable and reasonable" (para 49).

I øvrigt har Poirrez -sagen megen lighed med den her foreliggende danske sag, for så vidt som den drejer om nationalitetsdiskrimination. Man lagde vægt på, at Poirrez var lovligt bosiddende i Frankrig og modtog andre sociale ydelser, der ikke var betinget af nationalitet. Den eneste begrundelse for at udelukke ham fra handicapydelsen var hans nationalitet (para 47). Det samme gør sig i realiteten gældende i den danske sag, når det udelukkende er børn af udenlandsk oprindelse, der ikke får ret til det særlige børnetilskud.

En beslægtet problemstilling, om eneadopterendes retsstilling er for nylig afgjort ved Menneskerettighedsdomstolen (Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg no. 76240/01). Sagen drejede sig om en ugift kvinde, der havde adopteret et peruviansk barn. Her fandt domstolen, at der var sket en overtrædelse af art. 6, fordi retten i Luxembourg havde afvist at tage stilling til EMK art. 8. Yderligere blev Luxembourg dømt for usaglig diskrimination iht. art. 14 sammenholdt med art. 8, fordi barnet var blevet krænkert på grund af på grund af sin status som adopteret af en ugift kvinde hvor adoptionen, der var sket efter peruviansk ret, ikke blev anerkendt. Tidligere havde Luxembourg anerkendt sådanne adoptioner.

Retten i Luxembourg anerkendte ikke adoptionen, fordi en enig kvinde iflg. national ret ikke kunne være fuld adoptant. Hermed befandt barnet sig i et juridisk vakuum, idet det ved adoptionen havde mistet sit peruvianske statsborgerskab og ikke kunne opnå status som borger i Luxembourg. Retten i Luxembourg havde nægtet at efterprøve afgørelsens overensstemmelse med art. 8, idet argumenterne "did not amount to a ground of appeal requiring a reply, given their doubtful, vague and imprecise nature". Domstolen fandt, at der var tale om retsstridig diskrimination af et enadopteret barn bl.a. fordi at der blandt medlemsstaterne eksisterede en bred consensus om ugifte personers ret til at adoptere uden restriktioner. Menneskerettighedsdomstolen fremhævede tillige det afgørende hensyn til barnets bedste.

Som en illustration af denne ligestilling i andre europæiske lande kan i øvrigt nævnes, at et enadopteret barn efter norsk ret er berettiget til et tilskud svarende til danske særlige børnetilskud. Dette fremgår af forskotteringsloven § 3 (Lov 2005/29).

Der er meget, der tyder på, at opfattelsen af det rimelige i, at enadopterede børn skal forskelsbehandles, hviler på en noget uddateret familieopfattelse, hvor det ikke var

ønskeligt, at et barn kun skulle have en forælder. Denne opfattelse har den danske stat imidlertid forladt, når det drejer sig om andre tilfælde bl.a. insemination af enlige kvinder. Den straffer heller ikke barnet, når moderen nægter at opgive faderens navn, jf. ovenfor. Højesterets flertal tolker bagud, når den inddrager over 30 år gamle forarbejder. Netop familiernes retsforhold er afgørende ændret inden for de seneste årtier. Som det fremgår af Zeman, fortolkes EMK dynamisk. Se også admissibilitetsafgørelsen til Stec-sagen (Stec and others vs. UK (65731/01 og 65900/01) para 47, hvor det siges, at "Since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally, and must interpret and apply the Convention in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory".

Et yderligere moment i denne sag er formentlig også den danske forfatningsretlige traditionelle opfattelse af, at netop når det drejer sig om sociale rettigheder, skal domstolene afholde sig fra at kigge staten nærmere i kortene (Rytter 2002 kap. 10). Højesteret tilsidesætter ikke en socialretlig regel der kommer fra Folketinget. Det gør Højesterets mindretal heller ikke i denne sag, men mindretallet vælger derimod en fortolkning, der ikke strider mod Menneskerettighedskonventionen.

EMD's praksis er ikke tilsvarende tilbageholdende over for de nationale parlamenter, jf. ovenfor om Zeman-sagen. Se også Runkee and White vs. UK (42949/98 og 53134/99). Her anerkendte domstolen (para 41), at enkepension indtil videre var lovligt, men man fandt ikke, at en ordning, hvorefter mænd stadigvæk ikke havde ret til et engangsbeløb ved ægtefællens død, kunne forsvares (para 45). EMD foretager en undersøgelse og vurdering af det nationale parlaments virksomhed, som ikke indtil videre matches af dansk retspraksis. Selvom der er en traditionel (og på mange måder velbegrundet) modvilje hos domstolene mod at have en (afvigende) mening om Folketingets virksomhed hvad angår sociale rettigheder, bør dette dog ikke medføre en så stor tilbageholdenhed, at menneskerettighederne bliver illusoriske på dette område.

Det kan imidlertid undre, at staten overhovedet ønsker at føre denne sag. Det forekommer ubegribeligt, at staten vil fastholde sin ret til at diskriminere disse børn. Sagen har ingen økonomisk betydning for det sociale budget. Det drejer sig om et meget begrænset antal adoptioner. Staten kender domstolenes tilbageholdenhed i relation til at efterprøve sociale ydelser. Denne sag forekommer at være tæt på en spekulation i domstolenes velkendte loyalitet over for lovgiver. I dette scenario er det statens rolle at sikre sig, at domstolene ikke bliver sat i sådanne åbenlyse loyalitetskonflikter. Det er heller ikke borgervenlig adfærd, at danske borgere skal gå den vanskelige vej til Strasbourg for at få opfyldt sine menneskerettigheder.

5. Afsluttende bemærkninger

Den foreliggende dom er et godt eksempel på, at danske domstole har vanskeligheder med at inddrage Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, i hvert fald når det drejer sig om sociale rettigheder. Selvom Menneskerettighedskonventionen blev inkorporeret ved lov i 1992, spiller den en helt marginal rolle i den retlige argumentation.

Der foreligger utvivlsomt en diskrimination af eneadopterede børn, som altovervejende har ikke vestlig baggrund. Efter EMK art. 14 sammenholdt med P1-1 sker der en direkte diskrimination på grund af familieforhold (eneadoption) og en indirekte diskrimination på grund af uderlandsk oprindelse. Dette accepteres af Højesterets flertal stort set udelukkende med henvisning til lovgivers vilje. Menneskerettighedskonventionens krav om saglighed (legitimitet og proportionalitet) adresseres ikke nærmere.

Højesterets mindretal anlægger fortjenstfuldt en fortolkning, der er i denne situation er konform med Menneskerettighedskonventionens krav.

Man kommer dog ikke bort fra resultatet på bundlinjen, nemlig at denne højesteretsdom ikke alene har fastholdt en diskriminerende praksis over for eneadopterede børn, men også skærpet den ved at indfortolke et krav om en forudgående forbindelse mellem adoptant og adopteret.

Mens den danske stat og lovgiver i øvrigt udvider rammerne for familiebegrebet i takt med de samfundsmæssige ændringer, så fastholder man i denne sag en tilbage-skuende familieopfattelse.

Det er vanskeligt at se, hvorledes denne fortolkningsstil stemmer overens med EMD's praksis, således som den har udviklet sig i de senere år vedrørende statens skønsmargin, tilladelig diskrimination og en dynamisk fortolkning af menneskerettighedsværnet.

Litteratur

Justitsministeriets Børnelovsudvalg: Delbetænkning nr. 1389/2000 om børns forsørgelse

Frost, Lis: Fremmedadoption - Retshistorisk belyst, Jurist- og Økonomforbundets forlag. København 2005

Lorenzen, Peer (m.fl.) (2003): Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Palmer Olsen, Henrik (2007): Omfatter diskriminationsforbuddet i EMRK art. 14, jf. P1-1, retten til at drive erhverv? U.20007B.86

Rytter, Jens Eio (2000): Grundrettigheder - Domstolens fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten, Thomson Gad-Jura