

Når mænd føder børn

En menneskeretlig analyse af de danske regler om registrering af retligt forældreskab personer, som har skiftet juridisk køn

Lea Emilie Dam*

Siden 2014 har det været muligt for transpersoner at skifte juridisk køn uden krav om forudgående kirurgisk eller medicinsk behandling. Hvor kastration tidligere var en betingelse for juridisk kønsskifte, er det i dag muligt for en transperson at skifte juridisk køn og samtidig bevare sine reproduktive evner og dermed muligheden for at stifte familie, enten på egen hånd eller ved assisteret reproduktion. En transperson, som har skiftet juridisk køn, og som herefter bliver forælder til et barn, vil imidlertid ikke nødvendigvis få tildelt retligt forældreskab i overensstemmelse med sin kønsidentitet. Eksempelvis vil en transperson, som har skiftet juridisk køn fra kvinde til mand, og som herefter føder et barn, blive tildelt retligt forældreskab som mor, uanset at vedkommende juridisk set er en mand og føler sig som sådan. Artiklen behandler spørgsmålet, om denne praksis er i overensstemmelse med Danmarks menneskeretlige forpligtelser efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som følge af statens positive forpligtelse efter EMRK artikel 8 til at anerkende transpersoners kønsidentitet. Artiklen gennemgår retsstillingen efter dansk ret for transpersoner i forhold til registrering af retligt forældreskab med inddragelse af den nyeste, danske domspraksis. Der foretages på denne baggrund en analyse og afvejning af de modsatrettede hensyn til individet på den ene side og til samfundet og andre individer på den anden side, som efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis skal inddrages ved vurderingen af, om den danske praksis for registrering af retligt forældreskab til transpersoner er i strid med EMRK artikel 8. Artiklen konkluderer, at de danske regler kan være i strid med menneskeretten.

1. Indledning

Siden 2014 har det i Danmark været muligt for transpersoner¹ at skifte juridisk køn uden krav om forudgående kastration. Afskaffelsen af kastrationskravet i Danmark kan ses som en del af en international tendens, som i en europæisk sammenhæng foreløbig kulminerede i 2017 med en afgørelse fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD), hvor domstolen fandt, at det er i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) at stille krav om sterilisation som betingelse for anerkendelse af juridisk kønsskifte.² I takt med, at et øget antal europæiske lande afskaffer sterilisationskravet³, vil spørgsmål om transpersoner, familie og forældreskab blive alt mere aktuelt og give anledning til nye, retlige problemstillinger.

Denne artikel beskæftiger sig med spørgsmålet om juridisk anerkendelse af transpersoners kønsidentitet i forhold til retligt forældreskab. Selvom en transperson efter dansk ret kan skifte juridisk køn i overensstemmelse med sin kønsidentitet, vil en transperson, som derefter stifter eller allerede har stiftet familie, ikke nødvendigvis få registreret forældreskab i overensstemmelse med sin kønsidentitet. Eksempelvis vil en person, som har skiftet juridisk køn fra kvinde til mand, og som herefter føder et barn, blive tildelt retligt forældreskab som *mor*, uanset at vedkommende juridisk set er en *mand* og føler sig som sådan. Der er altså tale om en situation, hvor den danske stat ikke fuldt ud anerkender transpersoners kønsidentitet.

Fokus for min undersøgelse i denne artikel er en menneskeretlig analyse af de danske regler om registrering af retligt forældreskab for transpersoner. Det er således fastlagt i EMD's praksis, at staten har en positiv forpligtelse til at anerkende transpersoners kønsidentitet efter EMRK artikel 8 om retten til privatliv. Spørgsmålet er, om forpligtelsen konkret omfatter juridisk anerkendelse af kønsidentitet i forhold til retligt forældreskab, og i så fald, om de danske regler på dette område er i overensstemmelse med EMRK art. 8? Der tages i analysen heraf udgangspunkt i de kriterier, som EMD lægger vægt på ved en sådan vurdering.

* Jurastuderende, Københavns Universitet [lea.emilie.dam@gmail.com]

¹ Se definition i afsnit 2.

² A.P., Garçon, og Nicot mod Frankrig (2017).

³ I både Tyskland, Sverige og Italien har de nationale domstole underkendt legitimiteten af sterilisationskravet, se Federal Constitutional Court of Germany, 1 BvR 3295/07 (11. januar 2011), Kammarrätten i Stockholm, mål nr. 3201-14 (9. juli 2015) og Constitutional Court of Italy, 221/2015 (21. oktober 2015).

Spørgsmålet om juridisk anerkendelse af transpersoners kønsidentitet berører et vigtigt aspekt af transpersoners livsvilkår. Transpersoner oplever fortsat at blive udsat for diskrimination, vold og chikane som følge af deres kønsidentitet, og manglende juridisk anerkendelse spiller en rolle. Eksempelvis angav 30 % af de adspurgte transpersoner i et nyere, omfattende europæisk studie, at de havde oplevet diskrimination inden for de sidste 12 måneder som følge af fremvisning af et officielt dokument, som indeholdt oplysninger om køn, der ikke korresponderede med vedkommendes kønsidentitet.⁴

Artiklen er opbygget i følgende dele: I afsnit 2 redegør jeg kort for centrale begreber i artiklen. I afsnit 3 gennemgår jeg transpersoners rettigheder efter EMRK artikel 8 på baggrund af EMD's praksis. I afsnit 4 undersøger jeg børnelovens regler om retligt forældreskab i forhold til reglerne om juridisk kønsskifte. I afsnit 5 analyserer jeg børnelovens regler på baggrund af Danmarks menneskeretlige forpligtelser efter EMRK artikel 8. Afslutningsvis konkluderer jeg i afsnit 6 på resultaterne af analysen.

2. Centrale begreber: transperson og juridisk kønsskifte

Da jeg i denne artikel beskæftiger mig med et forholdsvis komplekst, og for nogle læsere formentlig ukendt, retsområde, ønsker jeg indledningsvis og for klarheds skyld at definere nogle af de mest centrale begreber i artiklen.

Jeg anvender betegnelsen *transperson* om personer, som oplever en uoverensstemmelse mellem det køn, de er blevet givet ved fødslen og det køn, de selv oplever at tilhøre. Der er tale om et ikke-juridisk paraplybegreb for en mangfoldig gruppe. En persons identifikation som transperson vedrører vedkommendes kønsidentitet, og handler ikke om seksualitet eller seksuelle præferencer. *Transmand* betegner i denne artikel en person, der er registreret som pige/kvinde ved sin fødsel, men som identificerer sig som mand, mens *transkvinde* betegner en person, der er registreret som dreng/mand ved sin fødsel, men identificerer sig som kvinde. Ikke alle transpersoner identificerer sig dog som værende enten mand eller kvinde, idet de ikke oplever sig som tilhørende et bestemt køn.

⁴ European Union Agency for Fundamental Rights, *Being Trans in the European Union, Comparative analysis of EU LGBT survey data*, 2014, 82, tilgængelig på: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/being-trans-eu-comparative-analysis-eu-lgbt-survey-data> (tilgået 23. marts 2018).

Juridisk kønsskifte giver visse⁵ transpersoner mulighed for at skabe overensstemmelse mellem deres kønsidentitet og deres juridiske køn. Når jeg bruger begrebet *juridisk køn*, henviser jeg til det køn, en person er registreret som og har retlig status af i henhold til gældende lovgivning. Definitionen af juridisk køn er historisk og traditionelt set formet af den dominerende opfattelse, at der findes to forskellige, biologiske køn.⁶ I Danmark registreres alle personer således som enten mand eller kvinde.⁷

Når en transperson *skifter juridisk køn*, foregår det i Danmark ved, at vedkommende får tildelt et nyt CPR-nummer, som også giver adgang til udstedelse af nye, personlige dokumenter, såsom pas, kørekort og fødselsattest. Vedkommende vil om nødvendigt skulle ændre sit fornavn, så det bliver 'kønskorrekt', jf. navnelovens § 13, stk. 2.

Betingelserne for at kunne foretage juridisk kønsskifte har varieret historisk. Med loven om juridisk kønsskifte⁸ fra 2014 ændredes de danske regler, så det blev muligt for personer over 18 år at få foretaget juridisk kønsskifte, alene på baggrund af afgivelse af skriftlig erklæring med ønske om nyt personnummer, begrundet i en oplevelse af at tilhøre det andet køn, og med efterfølgende bekræftelse af ansøgningen efter en refleksionsperiode på 6 måneder, jf. CPR-lovens § 6, stk. 3.⁹ Dette betegnes

⁵ Transpersoner under 18 år kan således ikke foretage juridisk kønsskifte, og endvidere er det ikke alle transpersoner, der oplever sig som tilhørende et af de to juridiske køn (mand og kvinde), som er tilgængelige på nuværende tidspunkt.

⁶ Det binære kønssystem som dominerende samfundsmæssig konstruktion og udgangspunkt for definitionen af juridisk køn er velbeskrevet i kønsforskningen, men skal ikke behandles nærmere her. Se bl.a. Julie A. Greenberg, 'Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology', *Arizona Law Review* [1999], vol. 41, 265-328, samt Marjolein van den Brink, 'The Legitimate Aim of Harmonising Body and Soul' [2017], *Changing Legal Gender: Family Life and Human Rights* in Katharina Boele-Woelki & Angelika Fuchs (ed.), 2017, *Same-Sex Relationships and Beyond. Gender Matters in the EU*, 3rd edition, Intersentia Publishing, [van den Brink], pp. 231-248.

⁷ Jf. bekendtgørelse nr. 1034 af 4. april 2017 om folkeregistrering m.v. Det er dog muligt at få kønsbetegnelsen X (for uspecificeret) i sit pas, jf. § 1 i bekendtgørelse nr. 953 af 28. august 2014 om ændring af bekendtgørelse om pas mv.

⁸ Loven hedder officielt Lov nr. 752 af 25. juni 2014 om ændring af lov om Det Centrale Personregister (Tildeling af nyt personnummer til personer, der oplever sig som tilhørende det andet køn), men vil i denne artikel for klarheds skyld blive refereret til som loven om juridisk kønsskifte.

⁹ Lovbekendtgørelse nr. 646 af 2. juni 2017 om Det Centrale Personregister.

'erklæringsmodellen'. Lovændringen blev igangsat af den daværende Thorning-regering, som ønskede at undersøge mulighederne for at foretage juridisk kønsskifte uden krav om kirurgiske indgreb.¹⁰ Justitsministeriet vurderede i forbindelse med lovarbejdet, at det ikke kunne udelukkes, at Danmark ville blive dømt for overtrædelse af EMRK artikel 8, hvis Danmark fastholdt den daværende ordning, hvor kastration var en forudsætning for juridisk kønsskifte.¹¹ Kastration indebærer, at kønskirtlerne fjernes (testikler eller æggestokke og livmoder), jf. sundhedslovens § 115. Med erklæringsmodellen er det nu muligt at foretage juridisk kønsskifte uden forudgående kirurgisk eller medicinsk behandling, såsom kønsskifteoperation og hormonbehandling. En transperson, som har skiftet juridisk køn, kan derfor have bevaret sine reproduktive evner og dermed muligheden for at stifte familie på egen hånd eller ved assisteret reproduktion.

I det følgende gennemgår jeg den beskyttelse, som transpersoner nyder efter EMRK artikel 8 om retten til privat- og familieliv i relation til juridisk anerkendelse af deres kønsidentitet.

3. Transpersoners rettigheder efter EMRK art. 8

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) er inkorporeret i dansk ret.¹² Retten til privat- og familieliv er beskyttet i EMRK art. 8, stk. 1, hvorefter 'Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.' Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har ved flere lejligheder haft anledning til at overveje individets ret til at få anerkendt sin kønsidentitet efter EMRK art. 8, og domstolens praksis har, i overensstemmelse med domstolens dynamiske fortolkning af konventionen, udviklet sig med tiden. Spørgsmålet om staternes juridiske anerkendelse af kønsidentitet er overvejende blevet behandlet af domstolen efter doktrinen om statens positive forpligtelser, det vil sige statens pligt til aktivt at sikre individets rettigheder efter konventionen,

¹⁰ Regeringsgrundlag oktober 2011, tilgængelig på:

http://www.stm.dk/multimedia/Et_Danmark_der_st_r_sammen__Regeringsgrundlag.pdf (tilgået 23. marts 2018).

¹¹ Justitsministeriet (2014), *Rapport fra arbejdsgruppen om juridisk kønsskifte*, s. 77. [Arbejdsgruppens rapport].

¹² Jf. Lov nr. 285 af 29. april 1992 med senere ændringer.

foruden den negative forpligtelse til af afstå fra unødige indgreb i individets rettigheder.¹³

I det følgende gennemgår jeg overordnet udviklingen i EMD's praksis på området og fremhæver hovedpointer. Dommene vil blive nærmere inddraget i analysen i afsnit 5.

3.1 Udviklingen i EMD's praksis fra 1977-2017

I en række sager fra perioden 1977-1990¹⁴ forholdt EMD sig for første gang til spørgsmålet om, hvorvidt transpersoners rettigheder var beskyttet efter EMRK art. 8, og i så fald i hvilken udstrækning. I både *Rees mod Storbritannien (1986)* og *Cossey mod Storbritannien (1990)*, som begge vedrørte udstedelsen af nye fødselsattester til transpersoner, som havde gennemgået kønsskifteoperation, behandlede domstolen problemet som et spørgsmål om statens positive forpligtelser efter EMRK art. 8 om retten til privatliv. Domstolen afviste, at staten havde en positiv forpligtelse til at opdatere deres historiske fødselsregister i overensstemmelse med klagerens nye kønsidentitet. Dette skete med henvisning til staternes skønsmargin, idet der ifølge domstolen på daværende tidspunkt ikke fandtes nogen ensartet praksis på området i medlemsstaterne, og det derfor måtte være op til den enkelte medlemsstat, i hvilken udstrækning den ville imødekomme transpersoners ønske om juridisk anerkendelse. Domstolen anerkendte dog på daværende tidspunkt, at juridisk anerkendelse af transpersoners kønsidentitet *potentielt* var omfattet af beskyttelsen efter EMRK art. 8, hvis udviklingen i medlemsstaterne gik i denne retning.¹⁵

I *B mod Frankrig (1992)* statuerede EMD for første gang en krænkelse af EMRK art. 8 i et spørgsmål om kønsidentitet, da domstolen bestemte, at transpersoner, som har gennemgået en kønsskifteoperation, har ret til at få deres nye køn anerkendt i identifikationspapirer, som har til hensigt at indeholde *aktuelle* og *opdaterede* oplysninger om indehaveren af dokumentet, såsom kørekort, pas m.v. Dermed adskilte sagen sig fra de engelske sager, som vedrørte ændringer af oplysninger i et

¹³ Jens Elo Rytter. *Individets grundlæggende rettigheder* (2016, 2. udgave. København: Karnov Group), 65-66.

¹⁴ X mod Tyskland (1977), Van Oosterwijck mod Belgien (1980), Rees mod Storbritannien (1986), Cossey mod Storbritannien (1990).

¹⁵ Rees mod Storbritannien (1986), pr. 47.

historisk register, som ikke var tiltænkt at skulle opdateres løbende. Domstolen lagde i sagen vægt på, at klageren dagligt befandt sig i situationer, hvor hun fik afsløret sit kønsskifte over for tredjemand.¹⁶

I *X, Y og Z mod Storbritannien (1997)* fastslog domstolen derimod, at staten ikke havde pligt til at registrere transmanden X som far til et barn, som var født af en kvinde, som transmanden levede i et fast parforhold med, og som var blevet gravid ved brug af anonym donorsæd. Domstolen lagde i deres vurdering vægt på, at der var tale om et omdiskuteret spørgsmål, der rejste komplekse videnskabelige, retlige, moralske og sociale spørgsmål, og at der ikke var nogen konsensus mellem Europarådets medlemsstater, hvorfor medlemsstaterne har en betydelig skønsmargin. Domstolen lagde vægt på hensynet til samfundet, og at det ikke var sikkert, at en anerkendelse ville være bedst for barnet. Domstolen lagde endvidere vægt på, at de retlige ulemper ikke var særlig store, at den manglende anerkendelse ikke ville være et socialt problem, og at klagerne i praksis havde mulighed for at fungere som en familie, selvom barnet kun havde én juridisk forælder.¹⁷

Dommen er interessant, fordi den er et eksempel på, at andres rettigheder kan have indflydelse på udstrækningen af statens positive forpligtelse til at anerkende transpersoners kønsidentitet. I *B mod Frankrig (1992)* afvejede domstolen alene hensynene til klageren over for hensynet til samfundet mere generelt, mens der i denne dom også er et hensyn at tage til en anden konkret rettighedshaver, nemlig barnet. Samtidig må det holdes for øje, at dommen er 20 år gammel, og at præmisserne derfor ikke nødvendigvis holder i en nutidig kontekst.

Dommen *Christine Goodwin mod Storbritannien (2002)* indebar et brud med domstolens hidtidige praksis efter *Rees mod Storbritannien (1986)*. Domstolen fastslog i sagen, at der i det konkrete tilfælde var sket en krænkelse af EMRK art. 8. Sagen vedrørte en transkvinde, som lovligt havde fået foretaget kønsskifteoperation, men som ikke kunne få lov til at skifte juridisk status fra mand til kvinde. EMD fastslog enstemmigt, at EMRK art. 8 i lyset af den stedfundne udvikling imod en generel anerkendelse af transpersoner, forpligter staterne til fuldt ud at anerkende transpersoners nye køn, også i *historiske* registre - altså med tilbagevirkende kraft. Ifølge EMD er de ulemper og besværligheder, dette medfører for samfundet, ikke så

¹⁶ B mod Frankrig (1992), pr. 63.

¹⁷ Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere*, (2017, 4. udgave, København: Jurist- og økonomforbundets forlag), 821.

alvorlige, at de opvejer hensynet til transpersoners værdighed. EMD udtalte, at anerkendelse af transpersoners kønsidentitet berører et essentielt aspekt af retten til privatliv i form af beskyttelse af det enkelte individs autonomi, intimsfære og værdighed.¹⁸

Dommen markerer et vigtigt skifte, således at anerkendelse af juridisk kønsskifte for transpersoner, som har gennemgået kirurgisk kønsskifte, som det klare udgangspunkt herefter falder inden for den positive forpligtelse efter EMRK art. 8. Domstolen fastholdt dog på daværende tidspunkt, at det fortsat var overladt til staternes skønsmargin, hvilke betingelser, som nærmere skulle være opfyldt efter national ret for at opnå det juridiske kønsskifte.¹⁹

I *L mod Litauen (2007)* fastslog domstolen, at også transpersoner, som ikke har gennemgået et fuldstændigt fysisk kønsskifte, kan befinde sig i en situation, hvor manglende juridisk anerkendelse medfører en sådan fortvivelse og usikkerhed for transpersonen, at situationen vil være omfattet af beskyttelsen i EMRK art. 8. Sagen vedrørte en transmand, som havde påbegyndt hormonbehandling og gennemgået delvis kirurgisk kønsskifte (fjernelse af brystvæv), men som på grund af manglende regulering på området ikke lovligt kunne fuldføre sin kønsskifteoperation, hvilket var en betingelse for at opnå fuld juridisk anerkendelse af sit kønsskifte. Der bestod således på daværende tidspunkt i Litauen en ret til juridisk kønsskifte, som transmanden L imidlertid ikke kunne udnytte. L havde fået ændret sit fornavn og fremstod fysisk for omverden som en mand, men hans personnummer indikerede fortsat, at han var en kvinde. Dette forhold havde blandt andet betydning for hans arbejds- og rejsemuligheder. Domstolen statuerede krænkelse af EMRK art. 8, idet de lagde vægt på, at der bestod en ret til juridisk kønsskifte efter litauisk civilret, og at der ikke var nogen hensyn, herunder til økonomien i det statslige sundhedsvæsen, som kunne retfærdiggøre, at der endnu ikke var vedtaget regulering af adgangen til kønsskifteoperation, når dette udgjorde en forudsætning for at kunne benytte sig af retten til juridisk kønsskifte.²⁰

Domstolen har senest i *A.P., Garçon, og Nicot mod Frankrig (2017)* fastslået, at det er i strid med EMRK art. 8 at stille krav om sterilisation som betingelse for opnåelse af juridisk kønsskifte, idet man dermed gør udøvelsen af retten til privatliv afhængig

¹⁸ Christine Goodwin (2002), pr. 90-93. Se også Rytter (n 13), 206.

¹⁹ Christine Goodwin (2002), pr. 103.

²⁰ *L mod Litauen (2007)*, pr. 59-60.

af opgivelsen af en anden rettighed, nemlig retten til fysisk integritet.²¹ Domstolen udtalte, at staten i dette spørgsmål kun nyder en meget snæver skønsmargin som følge af, at sterilisationskravet berører et meget grundlæggende aspekt af individets private identitet og fysiske integritet, at udviklingen i medlemsstaterne går mod en afskaffelse af sterilisationskriteriet samt at flere menneskeretlige aktører, herunder Europarådet og FN, eksplicit anbefaler en afskaffelse af kriteriet.²²

Dommen er udtryk for en vigtig praksisændring siden *Christine Goodwin*-dommen, idet der gøres op med princippet om, at fastlæggelse af *betingelserne* for anerkendelse af juridisk kønsskifte altid falder inden for staternes skønsmargin. Dommen understreger også, at transpersoner, som *ikke* har gennemgået kirurgisk kønsskifte, er omfattet af beskyttelsen i EMRK art. 8.²³

Af stor relevans for denne artikel kan afsluttende nævnes en aktuelt verserende sag, som netop vedrører retligt forældreskab og kønsidentitet. Sagen omhandler en transmand, som inden sit kirurgiske kønsskifte fra kvinde til mand fik en søn. Efter sit kønsskifte fik transmanden udstedt ny fødselsattest og pas i overensstemmelse med hans kønsidentitet som mand. Han optræder imidlertid fortsat som sin søns mor i sønnens fødselsattest. Transmanden har over for EMD gjort gældende, at dette er i strid med statens positive forpligtelser efter EMRK art. 8 til juridisk anerkendelse af transpersoners kønsidentitet.²⁴ Dommen må forventes at afklare nærmere, om registrering af retligt forældreskab i strid med en transpersons kønsidentitet er uforeneligt med statens positive forpligtelser efter EMRK art. 8.

3.2 Sammenfatning - staten har en positiv forpligtelse

Det følger overordnet af den gennemgåede praksis fra EMD, at staten har en positiv forpligtelse efter EMRK art. 8 til at træffe nødvendige foranstaltninger for at sikre og beskytte individets privat- og familieliv, og at kønsidentitet er omfattet af beskyttelsesområdet. Dette er senest bekræftet af domsstolen i *A.P., Garçon, og Nicot mod Frankrig (2017)*, hvori domstolen udtalte, at 'Elements such as gender identity ... fall within the personal sphere protected by Article 8 of the Convention.'²⁵

²¹ A.P., Garçon, og Nicot mod Frankrig (2017), pr. 131.

²² A.P., Garçon, og Nicot mod Frankrig (2017), pr. 121-125.

²³ A.P., Garçon, og Nicot mod Frankrig (2017), pr. 94-95.

²⁴ Y.P. mod Rusland, Application no. 8650/12, communicated on 23rd February 2017, tilgængelig på: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-172234> (tilgået 13. januar 2018).

²⁵ A.P., Garçon, og Nicot mod Frankrig (2017), pr. 92.

Rækkevidden af den positive forpligtelse på området for kønsidentitet skal efter domstolens praksis, af hensyn til staternes skønsmargin, bedømmes fra sag til sag med udgangspunkt i en afvejning af hensynet til individet på den ene side og hensynet til samfundet og andre individer på den anden ('fair balance').²⁶ Domstolen lægger i deres fortolkning af EMRK vægt på, at konventionen skal udgøre en effektiv beskyttelse af individets rettigheder, som er i overensstemmelse med de aktuelle samfundsforhold ('present-day conditions').²⁷

Udviklingen i EMD's praksis har medført en gradvis udvidelse af den menneskeretlige beskyttelse af individets ret til juridisk anerkendelse af sin kønsidentitet og en indskrænkning af staternes skønsmargin på området. Der skal således tungtvejende grunde til for *ikke* at anerkende transpersoners kønsidentitet fuldt ud, ikke kun for så vidt angår registrering af personoplysninger og udstedelse af personlige dokumenter, men også i relation til rettigheder og forpligtelser som følger af den øvrige lovgivning. Dette gælder i hvert fald transpersoner, som har gennemgået et fuldt kirurgisk kønsskifte ('post-operative transsexuals'), men kan også efter en konkret vurdering omfatte transpersoner, som ikke har gennemført fuldt kirurgisk kønsskifte ('preoperative transsexuals'), da disse også er omfattet af beskyttelsen i EMRK art. 8. Det vil endvidere som følge af domstolens nyeste praksis være i strid med EMRK art. 8 at stille krav om sterilisation som betingelse for at opnå juridisk kønsskifte.

Det kan på denne baggrund lægges til grund, at der eksisterer en positiv forpligtelse efter EMRK art. 8 til anerkendelse af transpersoners juridiske kønsidentitet, og at spørgsmålet om anerkendelse af transpersoners kønsidentitet i forhold til retligt forældreskab falder umiddelbart inden for bestemmelsens beskyttelsesområde.

I det følgende gennemgår jeg nærmere børnelovens regler om registrering af retligt forældreskab med fokus på personer, som har skiftet juridisk køn. Herefter foretager jeg en menneskeretlig analyse af børnelovens regler om retligt forældreskab set i lyset af den netop gennemgæede EMD-praksis.

²⁶ Se fx Christine Goodwin mod Storbritannien (2002), pr. 72.

²⁷ Se fx Christine Goodwin mod Storbritannien (2002), pr. 74-75.

4. Retligt forældreskab efter børneloven og reglerne om juridisk kønsskifte

Forældreskab er i retlig forstand udtryk for en retlig relation mellem forælder og barn. Til det retlige forældreskab knytter sig en række rettigheder og pligter, særligt forsørgelsespligt, forældremyndighed, samvær og arveret.²⁸ Retligt forældreskab er reguleret i børneloven.²⁹ Det overordnede formål med børnelovens regler er at fastlægge det retlige forældreskab til et barn. Hensynet bag børneloven er, at et barn så vidt muligt skal have to retlige forældre, idet dette opfattes som værende til barnets bedste.³⁰ Børneloven finder anvendelse på børn, der er født efter lovens ikrafttræden den 1. juli 2002, jf. børnelovens § 36, stk. 2.

4.1 Børnelovens forældreskaber: mor, far og medmor

Børneloven bygger på princippet om, at den, der føder et barn, er barnets mor (*mater semper certa est-reglen*), jf. hertil formuleringen i børnelovens § 30: 'Den kvinde, som føder et barn, der er blevet til ved assisteret reproduktion, anses for mor til barnet.' I børnelovens forstand er en person, som føder et barn, således altid en *kvinde*, som derved bliver *mor*. Dette uanset om kvinden føder et barn undfanget ved brug af kvindens eget æg eller donoræg.³¹

Barnets anden forælder vil være en person, som enten er gift med barnets mor (*pater est-reglen*), som anerkender barnet ved omsorgs- og ansvarserklæring, eller som ved dom idømmes retligt forældreskab til barnet, jf. i det hele børnelovens kapitel 1, 1a, og 3. Den anden forælder kan enten være en far eller en medmor. Reglerne om medmoderskab blev indført ved lov nr. 652 af 12. juni 2013 med henblik på at ligestille lesbiske par med heteroseksuelle par i forbindelse med assisteret reproduktion.

²⁸ Social- og Indenrigsministeriet, *Forældreskab i børneloven* (2016), 8.

²⁹ Lovbekendtgørelse nr. 1817 af 23. december 2015.

³⁰ Betænkning nr. 1350/1997 om børns retsstilling, afsnit 2.2.8.2.

³¹ Jonna Waage, *Børneloven med kommentarer*, (2015, 2. udgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag), 348. Fertilitetsbehandling, hvor graviditet søges etableret hos en person med livmoder ved brug af donoræg er lovligt i Danmark og nærmere reguleret i lov om assisteret reproduktion og tilhørende bekendtgørelse. Surrogatmoderskab er fortsat ulovligt, således at fertilitetsbehandling ikke må finde sted, 'når der foreligger en aftale mellem den kvinde, hvor graviditet søges etableret, og en anden om, at kvinden skal føde et barn til denne', jf. lovens § 13.

Begreberne far og medmor bygger på en tankegang, hvorefter en *far* altid er en *mand*, og en *medmor* altid er en *kvinde*. Eksempelvis hedder det i børnelovens § 1, stk. 1, at 'fødes et barn af en kvinde, der er gift med en mand, anses ægtemanden som far til barnet...', og i § 3 a, stk. 1: 'Fødes et barn af en kvinde, der er gift med en kvinde eller har en registreret partner, registreres ægtefællen eller partneren som medmor til barnet...'. Det fremgår også af de almindelige bemærkninger til lovændringen vedrørende medmoderskab, at 'Børneloven ... regulerer faderskab og moderskab. *Begreberne er kønsbestemte* og dækker først og fremmest over den juridiske relation mellem barnet og den pågældende forælder, men ikke i alle situationer over det genetiske forældreskab.'³² (min kursivering).

Hvordan det nærmere skal fastslås, hvem der er en 'mand' og 'kvinde' i børnelovens forstand har således betydning for, hvem der retligt kan betragtes som et barns mor, far eller medmor. For personer, der har skiftet juridisk køn, opstår særligt spørgsmålet, om det juridiske kønsskifte også i relation til børnelovens regler slår igennem fuldt ud?

Retsstillingen i praksis efter børneloven for en person, som har skiftet juridisk køn, har gennemgået en vis udvikling siden vedtagelsen af loven om juridisk kønsskifte i 2014, idet Østre Landsret for nylig (den 24. november 2017) afsagde en kendelse, som formentlig vil ændre myndighedernes praksis på området fremadrettet. Jeg vil i det følgende redegøre for retstilstanden både før og efter Landsrettens kendelse.

4.2 Retsstillingen før Østre Landsrets kendelse af 24. november 2017

Med loven om juridisk kønsskifte i 2014 forholdt lovgiver sig til, hvordan de kønsbestemte begreber i børneloven skulle forstås. Forud for fremsættelsen af lovforslaget blev der nedsat en tværministeriel arbejdsgruppe, som udgav en rapport med forslag til forskellige modeller for juridisk kønsskifte, som lovforslaget bygger på.³³ Arbejdsgruppen forholdt sig også til spørgsmålet om retligt forældreskab i

³² Lovforslag nr. L 207 af 10. april 2013 om ændring af børneloven, lov om adoption, retsplejeloven og forskellige andre love (Medmoderskab m.v.), afsnit 3.2.1.1.

³³ Lovforslag nr. L 182 af 30. april 2014 om ændring af lov om Det Centrale Personregister, almindelige bemærkninger, afsnit 2.

børnelovens forstand i forbindelse med juridisk kønsskifte. Arbejdsgruppen udtalte, at:

I børnelovens forstand har man det køn, som man bruger til at forplante sig med, hvorfor det ikke vil give anledning til fortolkningstvivl, at en eller begge forældre ved barnets undfangelse har et andet juridisk køn end deres biologiske køn. Det er således forældrenes biologiske køn ved barnets undfangelse, der afgør deres rolle i børneloven som enten far, mor eller medmor. En person, der føder et barn, vil – uanset om personen *juridisk* er en mand – være barnets mor i børnelovens forstand.³⁴

På denne baggrund foretog man i forbindelse med lovændringen vedrørende juridisk kønsskifte ikke nogen ændringer af børneloven. 'Biologisk' må i sammenhængen forstås som en henvisning til forældrens reproduktive organer, altså om vedkommende har testikler eller æggestokke og livmoder. Børnelovens udgangspunkt i en biologisk kønsforståelse blev sidenhen bekræftet af det daværende Ministerie for Børn, Ligestilling, Integration og Sociale Forhold. Dette fremgår af et høringsnotat, som blev udarbejdet i forbindelse med udvalgsbehandlingen af en række konsekvensændringer af blandt andet lov om assisteret reproduktion som følge af loven om juridisk kønsskifte. I høringsnotatet gengav man ovenstående citat fra arbejdsgruppen samt tilføjede: 'Ligeledes vil en person, der har gjort sin kvindelige partner gravid på naturlig vis – uanset at personen juridisk er en kvinde – være barnets far i børnelovens forstand.'³⁵

På denne baggrund blev retstilstanden af danske myndigheder herefter fortolket således, at et juridisk kønsskifte *ikke* skulle slå igennem i relation til retligt forældreskab, men derimod fastlægges på baggrund af forældrens biologiske (reproduktive) køn. Et juridisk kønsskifte ville dog få gennemslagskraft i forhold til retligt forældreskab, såfremt vedkommende *også* havde gennemgået et kirurgisk kønsskifte (kastation), hvorved vedkommendes reproduktive organer var blevet fjernet, jf. sundhedslovens § 115.³⁶

³⁴ Arbejdsgruppens rapport (n 11), 68.

³⁵ Betænkning afgivet af Sundheds- og Forebyggelsesudvalget den 3. juni 2014 til lovforslag nr. L 189 af 30. april 2014, bilag 1, Høringsnotat fra Ministeriet for Sundhed og Forebyggelse af 7. april 2014 [Høringsnotatet], 14.

³⁶ Det forhold, at en transperson skifter juridisk køn, men *ikke* får foretaget kirurgisk kønsskifte kan skyldes mange forskellige årsager, herunder at vedkommende ikke selv ønsker at gennemføre et kirurgisk kønsskifte, eller at vedkommende af helbredsmæssige årsager ikke

Som illustration af denne retstilstand kan man opstille følgende oversigt over situationer, hvor der ville være uoverensstemmelse mellem en forælders juridiske kønsidentitet og det tildelte retlige forældreskab:

1. **Fødende transmand:** En person, som juridisk er *mand*, som har kvindelige reproduktionsorganer, og som føder et barn, vil få tillagt retligt forældreskab som *mor* (uanset om der er brugt transmandens eget æg eller donoræg).
2. **Ikke-fødende transmand, som ikke er biologisk forælder:** En person, som juridisk er *mand*, som har kvindelige reproduktionsorganer, og som er partner til en person, som føder et barn (ved brug af donorsæd), vil kunne få tillagt retligt forældreskab som *medmor*.
3. **Ikke-fødende transkvinde, som enten er biologisk eller ikke er biologisk forælder:** En person, som juridisk er *kvinde*, som har mandlige reproduktionsorganer, og som er partner til en person, som føder et barn (ved brug af transkvindens egen sæd eller donorsæd), vil kunne få tillagt retligt forældreskab som *far*.

4.3 Retsstillingen *efter* Østre Landsrets kendelse af 24. november 2017

Østre Landsret har i en afgørelse af 24. november 2017³⁷ taget delvis stilling til, hvordan børnelovens regler om retligt forældreskab skal fortolkes i lyset af reglerne om juridisk kønsskifte og forarbejderne hertil. Østre Landsret anlægger i kendelsen en mere indskrænkende fortolkning af børnelovens biologiske udgangspunkt, end myndighederne hidtil har arbejdet med.

Sagen vedrørte, om en transmand kunne registreres som far til et barn undfanget ved brug af anonym donorsæd og født af transmandens samlever. Spørgsmålet vedrørte således børnelovens § 27 om registrering af faderskab og medmoderskab til børn undfanget ved assisteret reproduktion. Både statsforvaltningen og byretten havde afvist at registrere transmanden som forælder til barnet, herunder som far.³⁸ Østre

kan gennemgå et sådant indgreb. De nærmere sundhedsfaglige behandlingsforløb for transpersoner skal ikke gennemgås nærmere her.

³⁷ Østre Landsrets kendelse af 24. november 2017 i sag B-1570-17.

³⁸ Begrundelsen for *slet ikke* at registrere transmanden som forælder var, at statsforvaltningen og byretten mente, at fertilitetsbehandlingen af transmandens partner ikke var sket i

Landsret ændrede byrettens afgørelse og anerkendte transmanden som far til det pågældende barn i medfør af børnelovens § 27.

Østre Landsret anfører i deres begrundelse for det første, at hverken børnelovens ordlyd eller forarbejder rummer forudsætninger om, hvordan faderskab skal fastslås for personer, som har foretaget juridisk kønsskifte, og som ønsker sig registreret som forælder i medfør af børnelovens § 27.

Østre Landsrets henviser herefter til de bemærkninger fra arbejdsgruppen samt Ministeriet for Børn, Ligestilling, Integration og Sociale Forhold, som er citeret ovenfor, og anfører, at de pågældende bemærkninger alene synes at tage sigte på tilfælde, hvor den pågældende enten har født barnet eller gjort sin partner gravid 'på naturlig vis', altså uden brug af assisteret reproduktion. Landsretten udtaler herom:

Landsretten finder, at det således alene er med hensyn til sådanne personer, som i biologisk forstand utvivlsomt er mor – ved at være den, som har født barnet – eller far – ved at have gjort sin partner gravid på naturlig vis – at forarbejderne indeholder en klar forudsætning om, at den pågældende, uanset om personen juridisk har fået et andet køn, vil være mor, henholdsvis far, til barnet i børnelovens forstand. Forarbejderne indeholder ikke tilsvarende forudsætninger om, hvorvidt en person – der i medfør af børnelovens § 27 har givet samtykke til og ønsker at blive registreret som forælder til et barn, som den pågældende ikke biologisk er far eller mor til – kan anses for at være far eller medmor til barnet.³⁹

Landsretten finder således, at transmandens juridiske kønsskifte *skal slå fuldt ud igennem* i den konkrete situation, hvor transmanden ikke selv er biologisk forælder til barnet, men har givet samtykke til og ønsker at blive registreret som far i medfør af børnelovens § 27. Landsretten lægger vægt på, at dette resultat, i mangel på holdepunkter i forarbejderne for det modsatte, ligger bedst i tråd med hensigten bag reglerne om juridisk kønsskifte.

overensstemmelse med børnelovens krav om, at fertilitetsbehandlingen var fortaget 'af en sundhedsperson eller under en sundhedspersons ansvar', jf. lovens § 27, idet graviditeten var opnået ved hjemmeinsemination.

³⁹ Østre Landsrets kendelse af 24. november 2017 i sag B-1570-17, retsbogen s. 21-22.

Landsretten understreger afslutningsvis, at der ikke med sagen er 'taget stilling til tilfælde, hvor den, som giver samtykke efter børnelovens § 27, har leveret den sæd, som har gjort kvinden gravid, og heller ikke til, om en registreret far eller medmor, som skifter køn, kan opnå en ændring i den registrerede status.'⁴⁰

Landsrettens begrundelse kan ses som et udtryk for, at der anlægges en *indskrænkende* fortolkning af forarbejdernes bemærkninger om, at man i børnelovens forstand har det 'køn, man bruger til at forplante sig med'. Hvor myndighederne hidtil har anlagt en fortolkning, hvorefter det biologiske (reproduktive) køn generelt er bestemmende for tildelingen af retligt forældreskab efter børneloven, uanset om transpersonen i det konkrete tilfælde har 'brugt' sit køn til at forplante sig med, anlægges Landsretten en mere snæver fortolkning, hvorefter det alene er i tilfælde, hvor transpersonen *rent faktisk* har 'brugt' sit køn til at forplante sig med, enten ved at føde barnet eller ved at have gjort sin partner gravid på 'naturlig vis' (ved samleje), at det reproduktive køn skal være bestemmende for det retlige forældreskab.

Landsretten har dog ikke taget stilling til situationen, hvor en transperson ikke har gjort sin partner gravid på 'naturlig vis', men dog har leveret den sæd, der er brugt ved assisteret reproduktion. Man kan således stille sig spørgsmålet, om den pågældende på denne måde kan anses at have 'brugt' sit køn til at forplante sig med eller ej? Spørgsmålet kan ikke let besvares hverken positivt eller negativt, men det kan anføres, at uanset, om man kommer frem til, at et juridisk kønsskifte skal slå igennem i den pågældende situation eller ej, vil det skabe en asymmetrisk situation for transpersoner i sammenlignelige situationer. Hvis man således anerkender, at et juridisk kønsskifte skal slå igennem, når en transperson har leveret sæden til et barn undfanget ved assisteret reproduktion, kan det virke ejendommeligt, at et juridisk kønsskifte *ikke* slår igennem, når en transperson har leveret sæden til et barn undfanget på 'naturlig vis'. På den anden side, hvis man fastholder, at et juridisk kønsskifte *ikke* skal slå igennem, når en transperson har leveret sæden til et barn undfanget ved assisteret reproduktion, virker det tilsvarende ejendommeligt, at et juridisk kønsskifte slår igennem, når barnet er undfanget ved assisteret reproduktion, blot ved brug af donorsæd. Jeg skal af hensyn til formålet med denne artikel ikke her gå ind på en nærmere diskussion af spørgsmålet, men blot påpege nogle af de kompleksiteter, som er forbundet med den nuværende metode for fastlæggelse af retligt forældreskab for transpersoner. Idet Landsretten ikke har taget stilling til

⁴⁰ Ibid., 22.

spørgsmålet, kan man forestille sig, at myndighederne på baggrund af forarbejderne vil fastholde, at det er det biologiske køn, som er bestemmende for forældreskabet, når transpersonen selv har leveret sæden til et barn undfanget ved brug af assisteret reproduktion.

Retsstillingen gøres ikke mindre kompliceret af spørgsmålet om, hvorvidt et juridisk kønsskifte skal kunne slå igennem med tilbagevirkende kraft i forhold til at *ændre* et allerede registreret retligt forældreskab. Spørgsmålet opstår i den situation, hvor en transperson skifter juridisk køn på et tidspunkt efter at have fået børn. Ud fra ordlyden af forarbejderne, som citeret ovenfor, hvorefter det er 'forældrenes biologiske køn ved barnets undfangelse, der afgør deres rolle i børneloven som enten far, mor eller medmor', kan det anføres, at et efterfølgende juridisk kønsskifte formentlig ikke slår igennem med tilbagevirkende kraft. Dette er heller ikke praksis i dag. Når et juridisk kønsskifte ikke får tilbagevirkende kraft, har det som konsekvens, at en transperson kan være mor til ét barn, og far til et andet, hvilket kan skabe en u hensigtsmæssig social og retlig asymmetri forælder og søskende imellem. Efter Landsrettens kendelse og den ændrede retsstilling som følge heraf, opstår endvidere spørgsmålet, om det kan have potentiel betydning for et juridisk kønsskiftes eventuelle tilbagevirkende kraft, om personen er biologisk forælder til barnet eller ej. Af hensyn til formålet med denne artikel, skal jeg heller ikke gå nærmere ind på en diskussion af disse spørgsmål her, men blot påpege, at retstilstanden på dette punkt ikke er helt klar.

Landrettens kendelse kan med henvisning til ovenstående gennemgang ikke siges at gøre spørgsmålet om tildeling af retligt forældreskab til transpersoner mindre komplekst. En del spørgsmål henstår fortsat ubesvarede, og der vil i medfør af kendelsen fortsat være situationer, hvor et juridisk kønsskifte slår fuldt ud igennem, mens det i andre situationer ikke vil slå igennem – grænsen er blot blevet rykket til fordel for anerkendelse af det juridiske køn i flere situationer end før. Hvor der tidligere krævedes *fysisk* kønsskifte for at anerkende et *juridisk* kønsskifte i relation til retligt forældreskab, er dette ikke længere altid tilfældet.

Afgørelsen medfører konkret en ændring af retstilstanden således, at et juridisk kønsskifte skal slå fuldt ud igennem i forhold til retligt forældreskab i hvert fald i situationer, hvor transpersonen ikke selv er biologisk forælder til barnet, og hvor det juridiske kønsskifte var foretaget på tidspunktet for barnets undfangelse. Afgørelsen indebærer derudover en bekræftelse af, at et juridisk kønsskifte i hvert fald *ikke* skal

slå igennem, når transpersonen selv har født barnet eller gjort sin partner gravid på 'naturlig vis'.

Som illustration af retstilstanden efter Landsrettens kendelse kan man opstille følgende oversigt over situationer, hvor der fortsat vil være uoverensstemmelse mellem en forælders juridiske kønsidentitet og det tildelte retlige forældreskab:

1. **Fødende transmand:** En person, som juridisk er *mand*, som har kvindelige reproduktionsorganer, og som føder et barn, vil få tillagt retligt forældreskab som *mor* (uanset om der er brugt transmandens eget æg eller donoræg).
2. **Ikke-fødende transkvinde, som er biologisk forælder:** Her må der skelnes mellem følgende situationer:
 - a. **Barn undfanget på 'naturlig vis':** En person, som juridisk er *kvinde*, som har mandlige reproduktionsorganer, og som har leveret sæden til et barn, som er undfanget ved samleje, vil kunne få tillagt retligt forældreskab som *far*.
 - b. **Barn undfanget ved assisteret reproduktion:** Situationen er *sandsynligvis* den samme, når barnet er undfanget ved assisteret reproduktion, når der er brugt transkvindens egen sæd. Altså vil transkvinden kunne få tillagt retligt forældreskab som *far*.

I forhold til oversigten i afsnit 4.2 er følgende situationer hermed skåret fra: 'Ikke-fødende transmand, som ikke er biologisk forælder' samt 'Ikke-fødende transkvinde, som ikke er biologisk forælder'. I det følgende vil jeg diskutere, om der kan være menneskeretlige problemstillinger forbundet med denne retstilstand set i lyset af EMD's praksis efter EMRK art. 8 på området for kønsidentitet.

5. Børnelovens forenelighed med EMRK art. 8

Det er i de forudgående afsnit fastlagt, at Danmark har en positiv forpligtelse til at anerkende transpersoners kønsidentitet i medfør af EMRK art. 8, samt at børnelovens regler om forældreskab skal fortolkes således, at det retlige forældreskab til et barn fastlægges på baggrund af en transpersons biologiske køn (reproduktive organer), i hvert fald når vedkommende selv har født barnet eller på 'naturlig vis' har gjort en person gravid med barnet. Dette uanset, at transpersonen har skiftet køn juridisk. På baggrund af EMD's praksis vedrørende den juridiske anerkendelse af transpersoners kønsidentitet, kan det lægges til grund, at spørgsmålet om manglende anerkendelse af transpersoners kønsidentitet i relation til retligt forældreskab falder

inden for EMRK art. 8's anvendelsesområde for 'privatliv', jf. afsnit 3. Spørgsmålet er herefter, om den ordning, som er etableret efter dansk ret for registrering af retligt forældreskab efter en konkret vurdering lever op til beskyttelsesniveauet efter EMRK art. 8? Der tages i denne sammenhæng udgangspunkt i de kriterier, som EMD lægger vægt på ved en sådan vurdering. Det må ved denne vurdering således overvejes, i hvilken udstrækning staten nyder en skønsmargin på området, og der skal endvidere foretages en afvejning af hensynet til individet på den ene side og legitime samfundsinteresser samt andre individers rettigheder på den anden side. I det følgende undersøger og diskuterer jeg de forskellige hensyn og argumenter, som kan inddrages i denne afvejning.

5.1 Staternes skønsmargin

Princippet om staternes skønsmargin indebærer, at EMD i visse sager vil være tilbageholden i sin prøvelse, således at staterne overlades et råderum til at indrette sig på den måde, de anser for bedst.⁴¹ Når domstolen vurderer, om staten har en skønsmargin, og hvor stor den er, tager den blandt andet hensyn til graden af konsensus i Europarådets medlemslande og samfundsudviklingen mere generelt på det område, sagen vedrører.⁴² En sådan nærmere kortlægning af anerkendelse af transpersoners kønsidentitet i forhold til retligt forældreskab falder uden for denne artikels rammer, men jeg skal dog komme med nogle overordnede betragtninger her.

I den eneste foreliggende EMD-dom, *X, Y og Z mod Storbritannien (1997)*, som specifikt vedrører retligt forældreskab for transpersoner, anså domstolen, at det var overladt til staternes skønsmargin af afgøre, om en transperson kunne registreres som retlig forælder til et barn undfanget ved brug af anonym donorsæd med henvisning til, at 'there is no common European standard with regard to the granting of parental rights to transsexuals.'⁴³ Det er imidlertid væsentligt at overveje, om X, Y og Z-dommen må betragtes som forældet som følge af medlemsstaterne og domstolens ændrede praksis siden 1997. Det kan således bemærkes, at lovændringer som følge af den engelske Gender Recognition Act af 2004 og Human Fertilisation and Embryology Act af 2008 har medført, at en transmand i samme situation som X i

⁴¹ Rytter (n 13), 107.

⁴² Hämäläinen mod Finland (2014), pr. 67.

⁴³ X, Y og Z mod Storbritannien (1997), pr. 44.

dag ville blive anerkendt som barnets far efter britisk ret.⁴⁴ Derudover refereres der eksplicit til *X, Y og Z*-dommen i *Christine Goodwin*-dommen, se citat nedenfor i afsnit 5.3.2, hvor domstolen henviser til det ulogiske i at tilbyde fertilitetsbehandling til transpersoner og samtidig ikke anerkende de juridisk konsekvenser heraf.

Udgangspunktet efter *Christine Goodwin (2002)*-dommen er i dag, at der *ikke* overlades staterne en bred skønsmargin på området for juridisk anerkendelse af transpersoners kønsidentitet, og at anerkendelsen skal ske fuldt ud. Domstolen udtalte således, at 'any "spectral difficulties", particularly in the field of family law, are both manageable and acceptable if confined to the case of fully achieved and post-operative transsexuals.'⁴⁵

Det må her bemærkes, at pligten er formuleret som en pligt til juridisk anerkendelse af 'fully achieved and post-operative transsexuals', altså transpersoner, som har gennemgået et *kirurgisk kønsskifte*.⁴⁶ Om denne distinktion mellem transpersoner, som er 'post-operative' og 'preoperative', skal tillægges betydning i dag, er dog ikke givet, særligt efter domstolens afgørelse i *A.P., Garçon, og Nicot mod Frankrig (2017)*, hvorefter et krav om sterilisation som betingelse for anerkendelse af juridisk kønsskifte fandtes at være i strid med EMRK art. 8. Det vil således fremadrettet være i strid med menneskeretten at stille krav om sterilisation eller anden invasiv og uigenkaldelig behandling eller operation som betingelse for anerkendelse af juridisk kønsskifte. Det kan på den baggrund formentlig antages, at domstolen ikke fremover vil tillægge en transpersons status som 'post-operative' eller 'preoperative' større betydning i forhold til pligten til juridisk anerkendelse. *A.P m.fl.-dommen (2017)* har endvidere som konsekvens, at transpersoner efter EMRK art. 8 har *ret* til at bevare deres reproduktive evner og stadig opnå juridisk anerkendelse af deres kønsidentitet.

Spørgsmålet om reguleringen af retligt forældreskab for transpersoner må på denne baggrund antages at blive en alt større genstand for diskussion i Europarådets medlemslande, hvor 20 lande i 2017 fortsat stillede krav om sterilisation som

⁴⁴ Stephen Gilmore, 'England and Wales', i Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons* (2015, Cambridge: Intersentia), 200.

⁴⁵ *Christine Goodwin mod Storbritannien (2002)*, pr. 91.

⁴⁶ I Danmark foregår kønsskifteoperation for mand til kvinde ved, at man foretager en operativ tildannelse af en skede, hvorunder penis, pung og testikler fjernes, og for kvinde til mand ved, at man foretager en operativ fjernelse af livmoder og æggestokke og eventuelt også af brysterne, samt muligvis tildannelse af en penis.

betingelse for anerkendelse af juridisk kønsskifte.⁴⁷ Sterilisationskravets store udbredelse vidner om, at spørgsmålet om transpersoners forplantning fortsat er et emne, som berører sensitive etiske og kulturelle forestillinger om køn og familiedannelse. Jurist og kønsforsker Peter Dunne beskriver meget sigende situationen således, at 'fear over transgender procreation has had a profound impact on the way European jurisdictions legally recognise gender.'⁴⁸

Området for juridisk anerkendelse af transpersoners kønsidentitet er dog generelt et område i rivende udvikling både internationalt og i Europa, men der eksisterer fortsat væsentlige nationale forskelle på reguleringen. I en rapport fra Transgender Europe fra november 2016 anføres det:

At the time of writing, it is possible to adapt one's identity documents in 41 states in Europe, but only 30 states have robust legal procedures in place. Out of these, 21 states require sterilisation; 22 states require a married person to divorce; 34 states have age restrictions in place limiting minors' access to these laws. Only 4 states do not request a 'Gender Identity Disorder' diagnosis or psychological opinion (Malta, Denmark, Ireland, Norway). Trans people's existence is de facto not recognised in 8 states, as these do not provide for any recognition procedure.⁴⁹

I et referat fra oktober 2016 fra et seminar om blandt andet kønsidentitet afholdt i EU-regi fremgår det, at 20 EU-lande på daværende tidspunkt var i gang med at evaluere eller revidere deres lovgivning på området.⁵⁰

Det kan på ovenstående baggrund ikke udelukkes, at domstolen efter en konkret vurdering vil finde, at der må overlades staterne en vis skønsmargin vedrørende principperne for etableringen af retligt forældreskab – herunder om der tages udgangspunkt i et biologisk kriterium. Domstolen vil imidlertid ikke altid tillægge det afgørende vægt, om der er egentlig *konsensus* i medlemsstaterne på et

⁴⁷ Transgender Europe, *Trans Rights Europe Map 2017*, tilgængelig på: <https://tgeu.org/trans-rights-map-2017/> (tilgået 25. marts 2018)

⁴⁸ Peter Dunne, 'Transgender sterilisation requirements in Europe' [2017] *Medical Law Review*, Vol. 25, No. 4, 555.

⁴⁹ Transgender Europe, *Legal Gender Recognition in Europe*, 2016, 9, tilgængelig på: https://tgeu.org/toolkit_legal_gender_recognition_in_europe/ (tilgået 13. januar 2018)

⁵⁰ European Commission for Justice and Consumers, summary report, *Legislation and policies on gender identity and sex characteristics*, 27. oktober 2016.

retsområde. I *Christine Goodwin*-dommen begrundende domstolen således fraværet af en bred skønsmargin med, at der, på trods af medlemsstaternes forskelligartede regulering, kunne spores en klar og kontinuerlig international *tendens*, der pegede i retning af større juridisk anerkendelse af transpersoner.⁵¹ Det er altså tilstrækkeligt for domstolen at kunne spore en udvikling i retning af anerkendelse af juridisk kønsskifte i relation til retligt forældreskab for at betragte staternes skønsmargin som indskrænket.

Uanset om domstolen finder, at staten er tillagt en skønsmargin eller ej, vil den vurdere, om den konkrete ordning, som er etableret i det nationale system, indebærer en proportional afvejning af hensynet til individet over for hensynet til samfundet og andre individer, dog således, at prøvelsen som nævnt vil være mere tilbageholden i tilfælde, hvor staten nyder en bred skønsmargin.⁵² Jeg vil i det følgende nærmere diskutere den danske ordning for registrering af retligt forældreskab på baggrund af disse modsatrettede hensyn.

5.2 Hensynet til individets interesser

Det er som nævnt relevant for den menneskeretlige vurdering at undersøge, på hvilken måde og i hvilket omfang det forhold, der er genstand for vurderingen, påvirker individet negativt og udgør en krænkelse af individets ret til privatliv. Domstolen har udtalt, at der ved denne vurdering skal lægges vægt på, om forholdet berører et essentielt aspekt af retten til privatliv, og om der eksisterer en væsentlig uoverensstemmelse mellem klagerens sociale virkelighed og den retlige regulering.⁵³ EMD har, som også nævnt tidligere, overordnet slået fast, at spørgsmål om anerkendelse af en transpersons kønsidentitet som klart udgangspunkt berører et essentielt aspekt af retten til privatliv. Jeg skal i det følgende mere konkret undersøge, hvilken rolle det spiller for en transperson, at vedkommende har fået registreret forældreskab i strid med sin kønsidentitet.

⁵¹ *Christine Goodwin mod Storbritannien* (2012), pr. 85.

⁵² Jf. fx *Hämäläinen mod Finland* (2014), pr. 80-81.

⁵³ *Hämäläinen mod Finland* (2014), pr. 66.

5.2.1 Konsekvenser af uoverensstemmelse mellem juridisk køn og retligt forældreskab

Retligt forældreskab til et barn registreres for så vidt angår moderskab i forbindelse med fødselsregistreringen, og for så vidt angår faderskab og medmoderskab i forbindelse med fødselsregistreringen eller efterfølgende i forbindelse med anerkendelse af eller dom til faderskab eller medmoderskab.⁵⁴ Retligt forældreskab registreres i Det Centrale Personregister (CPR) under slægtskabsforhold, således at barnets forældre registreres i barnets CPR-data med deres personnummer under hhv. kategorierne ”mor” og ”far/medmor”.

CPR har til formål at give den offentlige administration og visse private adgang til præcise og opdaterede personoplysninger om borgerne.⁵⁵ På denne baggrund kan personer (juridiske eller fysiske) med lovlige adgang til indhentelse af slægtskabsoplysninger i CPR-registret, primært offentlige myndigheder, gøre sig bekendt med, at en transpersons juridiske køn ikke stemmer overens med det forældreskab, som vedkommende er tildelt.

I praksis vil oplysningerne generelt komme frem i forbindelse med transpersonens interaktioner med det offentlige i relation til barnet, hvor det offentlige har en sagligt begrundet interesse i oplysningerne, herunder ved besøg med barnet hos lægen eller i andre dele af sundhedsvæsenet, ved indskrivning af barnet i vuggestue, børnehave, skolevæsen og fritidsordninger, ved kontakt med myndigheder i forbindelse med rejser med barnet, herunder ved pas – og toldkontrol, eller ved eventuel kontakt med sociale myndigheder vedrørende barnet. Derudover vil visse private som nævnt også kunne få adgang til oplysninger om retligt forældreskab, fx arbejdsgivere i forbindelse med anmodning om barsel.

Disse situationer giver på baggrund af den manglende overensstemmelse mellem transpersonens kønsidentitet og det registrerede forældreskab anledning til, at transpersonen får afsløret en meget personlig oplysning om sig selv over for en

⁵⁴ Jf. bekendtgørelse nr. 114 af 30/09/2010 om anmeldelse af fødsler, bekendtgørelse nr. 1859 af 23/12/2015 om registrering af faderskab og medmoderskab i forbindelse med anmeldelse af barnets fødsel, samt bekendtgørelse nr. 1861 af 23/12/2015 om statsforvaltningens behandling af sager om faderskab og medmoderskab §§ 16 og 17.

⁵⁵ Henrik Nielsen (1991), *CPR – Danmarks Folkeregister*, tilgængelig på: <https://www.cpr.dk/cpr-systemet/historie/> (tilgået 13. januar 2018) og Lovforslag nr. L 3 af 6. oktober 1999 om Det Centrale Personregister, almindelige bemærkninger, afsnit B.

tredjepart og risikerer at blive mødt med mistænksomhed, mistro, latterliggørelse og hån. En nyere undersøgelse foretaget i EU-regi viste eksempelvis at 54 % af transrespondenterne havde oplevet forskelsbehandling eller chikane i året forud for undersøgelsen, fordi de blev opfattet som transpersoner, samt at 'jo mere åbne transrespondenter var om at være eller have været transpersoner, desto større var sandsynligheden for, at de følte sig forskelsbehandlet.'⁵⁶ Undersøgelsen viste, at en almindelige forsvarsmekanisme mod frykten for viktimisering og forskelsbehandling var en adfærd, hvor transpersonen forsøgte at skjule sig eller undgå at blive set (som transperson), eksempelvis ved ikke at give udtryk for sit ønskede køn, undgå bestemte steder og lokaliteter, samt ved at undgå at være åben om at være transperson.⁵⁷

EMD har flere gange fremhævet den omstændighed, at en transperson på lignende vis var i risiko for ubehagelige situationer ved regelmæssig afsløring af sit kønsskifte. I *B mod Frankrig (1992)* lagde domstolen vægt på, at klageren dagligt befandt sig i situationer, hvor hun var nødt til at afsløre sit kønsskifte over for andre, herunder arbejdsgivere, bankvæsen mv.⁵⁸ Domstolen anerkender den psykiske belastning, det kan medføre, når en transperson på denne måde befinder sig i et juridisk 'limbo' med hensyn til sin kønsidentitet. I *L mod Litauen (2007)* udtalte domstolen, at: 'The Court finds that the circumstances of the case reveal a limited legislative gap in gender reassignment surgery, which leaves the applicant in a situation of distressing uncertainty vis-à-vis his private life and the recognition of his true identity.'⁵⁹

Både *B mod Frankrig (1992)* og *L mod Litauen (2007)* handlede om, at klagerne ikke kunne få ændret deres personnumre i overensstemmelse med deres kønsidentitet. Det problem, som diskuteres her, vedrører ikke transpersoners personnummer, men en anden personlig oplysning, nemlig retligt forældreskab. Oplysningen om retligt forældreskab er primært relevant ved interaktioner med omverden *i relation til barnet*, mens et personnummer er relevant ved transpersonens interaktioner med omverden generelt. Situationen er dog grundlæggende den samme og handler om, at transpersonen mod sin vilje får afsløret en privat oplysning om sig

⁵⁶ European Union Fundamental Rights Agency (2014), *At være trans i EU – Sammenlignende analyse af data fra EU's LGBT-undersøgelse, Sammendrag*, s. 3-4, tilgængelig på: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/being-trans-eu-comparative-analysis-eu-lgbt-survey-data> (tilgået 23. marts 2018).

⁵⁷ Ibid., 10-11.

⁵⁸ B mod Frankrig (1992), pr. 63.

⁵⁹ L mod Litauen (2007), pr. 59.

selv, og at dette kan give anledning til ubehagelige situationer på daglig basis, både for transpersonen selv, men også for barnet (se nærmere herom nedenfor i afsnit 5.3.3). Det kan således antages, at man i hvert fald som retlig forælder med forældremyndighed over et mindreårigt barn ret ofte er involveret i interaktioner vedrørende barnet med særligt offentlige myndigheder. I dette tilfælde vil jeg mene, at er tale om en sådan væsentlig uoverensstemmelse mellem transpersonens sociale virkelighed og den retlige regulering, som domstolen lægger vægt på ved sin bedømmelse.

Sammenfattende må situationen for transpersoner, som får tillagt forældreskab i strid med deres kønsidentitet generelt kunne kvalificeres som en belastning af et essentielt aspekt af transpersonens ret til privatliv, der vil blive anerkendt af EMD.

5.3 Hensynet til samfundet og andre individers interesser

I det følgende diskuterer jeg de modstående hensyn, som eventuelt kan begrunde fastholdelsen af et biologisk udgangspunkt for tildeling af retligt forældreskab. De legitime hensyn, som er oplyst i EMRK art. 8(2), har relevans i denne sammenhæng, det vil sige hensynet til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, forebyggelse af uro eller forbrydelse, beskyttelse af sundheden eller sædeligheden eller beskyttelse af andres rettigheder og friheder. Når det drejer sig om statens positive forpligtelser, kan andre hensyn end disse også være legitime. Domstolen har udtalt, at det blandt andet er relevant at overveje, om en positiv forpligtelse kan afgrænses tilstrækkelig præcist, og om staten pålægges en uforholdsmæssig byrde ved forpligtelsen.⁶⁰

Jeg tager i det følgende udgangspunkt i argumenter, som hidtil er fremført af lovgiver og regeringen som begrundelse for at fastholde børnelovens biologiske udgangspunkt for registrering af retligt forældreskab. Argumenterne vil i min analyse blive uddybet, nuanceret og udfordret på baggrund af EMD's praksis samt andre relevante retskilder og litteratur.

5.3.1 Problemet berører et begrænset antal personer

Arbejdsgruppen om juridisk kønsskifte, hvis anbefalinger vedrørende børneloven blev fulgt af lovgiver, og hvis rapport indgår som en del af forarbejderne til loven om

⁶⁰ Hämäläinen mod Finland (2014), pr. 66.

juridisk kønsskifte, anførte om børnelovens biologiske udgangspunkt for registrering af retligt forældreskab:

Blandt andet på baggrund af det meget begrænsede antal personer, der vil blive berørt af dette forhold, og den vidtgående ændring af børneloven og dertil relateret lovgivning, der vil være påkrævet, er det arbejdsgruppens anbefaling, at man fastholder udgangspunktet om, at forældrenes biologiske køn ved barnets undfangelse afgør deres betegnelse i børnelovens forstand.⁶¹

I det følgende diskuterer jeg argumentet vedrørende det begrænsede antal personer, som berøres negativt af børnelovens biologiske udgangspunkt for tildeling af retligt forældreskab, mens den anden del af argumentet vedrørende besværlighederne med at ændre lovgivningen behandles i afsnit 5.3.2.

Det er ikke i arbejdsgruppens rapport angivet nærmere, hvor mange personer, der ifølge arbejdsgruppen udgør det 'begrænsede antal', som vil opleve at få tildelt retligt forældreskab i strid med deres juridiske kønsidentitet. Arbejdsgruppen anfører, at der ikke eksisterer tal for, hvor mange transpersoner, der er i Danmark, men at der ifølge internationale skøn er tale om en lille del af befolkningen på mellem 1:30.000 og 1:10.000 for mand til kvinde og mellem 1:100.000 og 1:30.000 for kvinde til mand.⁶² Inden den forenkledte adgang til juridisk kønsskifte blev indført anslog man, at mellem 15 og 70 personer ville få foretaget juridisk kønsskifte om året som følge af lovændringen.⁶³ Ifølge en opgørelse vedrørende sager om juridisk kønsskifte har CPR-kontoret i perioden fra den 1. september 2014 til 31. august 2017 modtaget 748 ansøgninger om juridisk kønsskifte og meddelt nyt personnummer i 576 sager.⁶⁴ Det svarer til ca. 250 ansøgninger og 192 tilladelser i gennemsnit om året. Der findes ingen statistik, som vedrører forældrestatus for transpersoner i Danmark.⁶⁵

Det kan over for arbejdsgruppens argument anføres, at hele fundamentet for den menneskeretlige beskyttelse efter EMRK hviler på en forudsætning om beskyttelse

⁶¹ Arbejdsgruppens rapport (n 11), 68 f.

⁶² Ibid., 7.

⁶³ Høringsnotatet (n 35), 14.

⁶⁴ Opgørelse vedrørende juridisk kønsskifte af 15. september 2017, tilgængelig på: <https://www.cpr.dk/cpr-nyt/nyhedsarkiv/2017/sep/opgoerelse-vedr-juridisk-koensskifte/> (tilgået 13. januar 2018).

⁶⁵ Natalie Videbæk Munkholm, 'Denmark', i Jens M. Scherpe (ed.), *The Legal Status of Transsexual and Transgender Persons*, (2015 Cambridge: Intersentia), 165.

af *individet*, og at der som følge heraf ikke som sådan eksisterer nogen 'bagatelgrænse' for antallet af personer, som skal være berørt af et problem, før det får menneskeretlig relevans. Det følger således af EMRK artikel 1, at staterne 'skal sikre *enhver person* under deres jurisdiktion de rettigheder og friheder, som er nævnt i denne konventions afsnit I' (min kursivering).

En henvisning til antallet af personer, som berøres af en menneskeretlig problemstilling, kan dog godt indgå i domstolens vurdering som et legitimt hensyn, såfremt tallet har betydning for den økonomiske byrde, staten ville blive pålagt som følge af en positiv forpligtelse. Domstolen udtalte eksempelvis i *L mod Litauen (2014)*, som vedrørte adgangen til at få foretaget kirurgisk kønsskifte, at: 'Given the few individuals involved (some fifty people, according to unofficial estimates – see paragraph 22 above), the budgetary burden on the State would not be expected to be unduly heavy.'⁶⁶

I det foreliggende tilfælde er der imidlertid ikke tale om, at staten risikerer at blive pålagt en omkostningstung ydelse. Der er tale om en administrativ registrering af forældreskab, som skal foretages i alle tilfælde. Arbejdsgruppens henvisning til det begrænsede antal af personer, som berøres, fremstår derudover i sammenhængen ikke som en bekymring for den økonomiske byrde, en ændring af reglerne ville påføre staten.

Argumentet om at problemet berører et begrænset antal personer savner således menneskeretlig relevans, og det kan på denne baggrund antages, at det ikke kan betragtes som et tungtvejende hensyn til samfundets interesser.

5.3.2 Problemet vil kræve en vidtgående ændring af børneloven og dertil relateret lovgivning

Som nævnt under afsnit 5.3.1 var det arbejdsgruppens anbefaling at fastholde børnelovens biologiske udgangspunkt for registrering af retligt forældreskab, blandt andet med henvisning til den 'vidtgående ændring af børneloven og dertil relateret lovgivning', som ellers ville være påkrævet. Det er ikke nærmere uddybet i rapporten, hvori de påkrævede lovændringer består, foruden at det særligt vil vedrøre en gennemgribende ændring af børneloven og forældreansvarsloven.⁶⁷

⁶⁶ L mod Litauen (2014), pr. 59.

⁶⁷ Arbejdsgruppens rapport (n 11), 68.

I et høringsnotat afgivet i forbindelse med lovændringen udtalte Ministeriet for Børn, Ligestilling, Integration og Sociale Forhold endvidere: 'En gennemskrivning af børneloven, der ville tage hensyn til de ved juridisk kønsskifte opståede problemstillinger, vil være et tidskrævende og omfattende arbejde, der vil kræve nedsættelse af et udvalg eller en arbejdsgruppe. Derfor er der lige nu behov for at finde en pragmatisk løsning, hvilket vil være at beholde det biologiske udgangspunkt.'⁶⁸

Børneloven bygger som gennemgået nærmere i afsnit 4.1 på de kønsbestemte forældreskaber mor, far og medmor. Børnelovens forældreskaber har betydning for en række rettigheder og forpligtelser i relateret lovgivning, som knytter sig til børnelovens forældreskaber, herunder forældreansvarsloven og lov om børns forsørgelse. Der er ingen tvivl om, at det ville kræve lovændringer af både børneloven og relateret lovgivning, hvis juridisk køn skulle slå fuldt ud igennem ved registrering af retligt forældreskab i børneloven. Eksempelvis er det forudsat i børneloven, at den person, som føder et barn, altid er en kvinde, som derved bliver barnets mor, jf. børnelovens § 30. Dette princip (*mater semper certa est*) vil ikke kunne fastholdes, hvis man anerkender, at juridisk køn skal være bestemmende for det retlige forældreskab. I så fald vil den person, som føder et barn, godt kunne være en juridisk *mand*, som derved bliver *far*.

Situationen kan sammenlignes med de lovgivningsmæssige udfordringer, man stod over for i forbindelse med indførelse af medmoderskabet i 2013. Man ønskede dengang at ligestille lesbiske par med heteroseksuelle par i forbindelse med assisteret reproduktion, således at ikke kun mænd, men også kvinder, kunne blive retlige forældre fra fødslen til et barn født af deres partner.⁶⁹ Den lovgivningsmæssige løsning, man valgte, udgjorde en kombination af, at man fastholdt børnelovens *kønsbestemte* forældreskaber, idet man udvidede forældreskaberne med 'medmoderskabet', samtidig med, at man gjorde visse bestemmelser i relateret lovgivning *kønsneutrale*, således at forældrenes køn ikke længere havde betydning for lovgivningens anvendelse. Eksempelvis blev arvelovens § 3 ændret, således at der nu henvises til 'den ene forælders side' og 'den anden forælders side' frem for 'fædrene side' og 'mødrene side'. På lignende vis foretog man også i forbindelse med loven om

⁶⁸ Høringsnotatet, (n 35), 14.

⁶⁹ Lovforslag nr. L 207 af 10. april 2013 om ændring af børneloven, lov om adoption, retsplejeloven og forskellige andre love (Medmoderskab m.v.), afsnit 3.2.2.

juridisk kønsskifte en række konsekvensændringer af relateret lovgivning, således at der eksempelvis i sundhedsloven i dag henvises til 'den gravide' frem for 'kvinden'.⁷⁰

Det kan altså konstateres, at der allerede er gennemført ændringer af både børneloven og anden kønsbestemt lovgivning som følge af indførslen af medmoderskabet og den forenkede adgang til juridisk kønsskifte. Det må derfor antages at være fuldt ud muligt at lade juridisk køn slå igennem i børneloven og relateret lovgivning, enten på baggrund af en model for udvidelse af børnelovens kønsbestemte forældreskaber (fx så den fødende forælder også kan blive far) eller på baggrund af en model for kønsneutralisering af børnelovens forældreskaber (fx ved brug af begreberne 'fødselsforælder' og 'medforælder' frem for mor og far/medmor). Det kan i denne forbindelse også understreges, at juridisk køn *allerede slår igennem* i børneloven i forhold til retligt forældreskab i visse situationer som følge af Landsrettens kendelse af 24. november 2017, se afsnit 4.3.

Spørgsmålet er, om det kan betragtes som et legitimt og tungtvejende hensyn, at det vil kræve vidtgående ændringer af børneloven og relateret lovgivning, hvis juridisk køn skal slå igennem i alle situationer i relation til retligt forældreskab?

EMD lagde i *Christine Goodwin mod Storbritannien (2002)* vægt på, at de engelske myndigheder selv havde godkendt, udført og betalt for Goodwins kønsskifteoperation. Domstolen pegede således på det ulogiske i, at de engelske myndigheder afviste at anerkende de juridiske konsekvenser af at tillade kønsskifteoperationer – altså et hensyn til sammenhængen i systemet.⁷¹ Domstolen udtalte:

The coherence of the administrative and legal practices within the domestic system must be regarded as an important factor in the assessment carried out under Article 8 of the Convention. Where a State has authorised the treatment and surgery alleviating the condition of a transsexual, financed or assisted in financing the operations and indeed permits the artificial insemination of a woman living with a female-to-male transsexual (as demonstrated in the case of X., Y. and Z. v. the United Kingdom, cited above), it appears illogical to

⁷⁰ Lovforslag nr. L 189 af 30. april 2014 om ændring af sundhedsloven og lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning m.v.

⁷¹ van den Brink (n 6), 238.

refuse to recognise the legal implications of the result to which the treatment leads.⁷²

Domstolen lægger altså vægt på, om der er en indre sammenhæng i statens administrative og juridiske praksis vedrørende kønsskifte. Populært sagt: hvis staten har sagt A, må den også sige B.

Det kan anføres, at der netop er tale om en sådan ulogisk og usammenhængende retsorden for så vidt angår personer, som har skiftet juridisk køn i relation til retligt forældreskab. Der er således indført mulighed for at skifte juridisk køn uden krav om, at man først gennemgår medicinsk eller kirurgisk behandling. I denne forbindelse får man udstedt nyt CPR-nummer og rettet sine personlige papirer. Lovgiver har altså anerkendt, at man som transperson kan skifte juridisk køn og samtidig bevare sine reproduktive evner. Man har endog sikret, at personer, som skifter juridisk køn, har adgang til assisteret reproduktion. I forarbejderne til lov om assisteret reproduktion er det således anført:

Lovgivningen på sundhedsområdet om tilbuddene vedrørende reproduktion og fertilitet relaterer sig primært til den kvindelige biologi, og det bør derfor præciseres, at også personer, der har foretaget et juridisk kønsskifte, fortsat er omfattet af bestemmelserne. Det vil således være muligt at modtage behandling med assisteret reproduktion i offentligt og privat regi under iagttagelse af de ved lov og bekendtgørelse fastsatte kriterier ... Eksempelvis vil det være muligt at yde behandling med doneret sæd til en person, der juridisk har skiftet køn til mand og samtidig har bevaret livmoderen.⁷³

I det nævnte eksempel vil personen imidlertid fortsat efter børneloven blive betragtet som *mor* til det barn, han føder efter behandlingen med donorsæd. EMD nævner eksplicit i ovenstående citat fra *Christine Goodwin*-sagen, med henvisning til *X, Y og Z*-sagen, at det fremstår ulogisk, når staten ikke anerkender de juridiske følger af at tillade assisteret reproduktion hos par, hvor den ene (eller begge) parter er transperson.

⁷² Christine Goodwin (2002), pr. 78.

⁷³ Lovforslag nr. L 189 af 30. april 2014 om ændring af sundhedsloven og lov om assisteret reproduktion i forbindelse med behandling, diagnostik og forskning m.v., afsnit 2.1.2.

Det fremgår da også af Ministeriets citat i høringssvaret ovenfor, at valget om ikke at ændre børneloven primært skal ses som en pragmatisk løsning for at sikre en hurtig gennemførelse af de nye regler for juridisk kønsskifte. Siden 2014 er der imidlertid ikke fra regeringens side taget initiativ til at revidere børnelovens regler i lyset af reglerne om juridisk kønsskifte. I foråret 2017 mødte et forslag til folkestingsbeslutning om en ændring af børneloven, så den tager udgangspunkt i forældrenes juridiske køn, ikke opbakning fra regeringen. Forslagsstillerne begrundede forslaget ud fra et ligestilingsargument, idet de anførte, at det var 'ærgerligt og ufuldkomment, at man i et samfund, der ellers bygger på menneskers frie valg og ligestilling mellem mænd og kvinder, herunder også mænd og kvinder, der aktivt har valgt deres køn til, ikke går hele vejen og sikrer, at rettighederne følger med i alle dele af livet - også når man skal være forældre til et barn.'⁷⁴

I *L mod Litauen (2007)* anså EMD, at det udgjorde en krænkelse af statens positive forpligtelse efter EMRK art. 8, at staten mere end fire år efter, at den havde indført en ret til juridisk kønsskifte, ikke havde implementeret den lovgivning, som skulle regulere betingelserne for, at borgerne kunne benytte sig af retten.⁷⁵ Borgere, som ønskede at benytte sig af retten til juridisk kønsskifte, befandt sig således i et juridisk tomrum. Man kan argumentere for, at der er tale om en sammenlignelig situation efter dansk ret, idet der er indført en ret til juridisk kønsskifte, som imidlertid ikke kan siges at være implementeret for så vidt angår registreringen af retligt forældreskab.

Det må på denne baggrund antages, at argumentet om, at en ændring af retstilstanden kræver vidtgående ændringer af børneloven og relateret lovgivning, ikke i den konkrete sammenhæng kan betragtes som et legitimt og tungtvejende hensyn til samfundet.

5.3.3 Ændring af retligt forældreskab giver manglende kontinuitet for barnet

I høringssvaret, som også er nævnt ovenfor i afsnit 5.3.2, udtalte Ministeriet for Børn, Ligestilling, Integration og Sociale Forhold, at: 'Ministeriet bemærker ... at en juridisk kønsskiftet person efter Økonomi- og Indenrigsministeriets lovforslag kan skifte tilbage til sit oprindelige køn, hvilket vil kunne give anledning til gentagne

⁷⁴ Beslutningsforslag nr. B 119 af 31. marts 2017. Forslaget er pt. i udvalgsbehandling.

⁷⁵ *L mod Litauen (2007)*, pr. 59.

ændringer af det retlige forældreskab med manglende kontinuitet for barnet til følge.⁷⁶

Argumentet vedrører spørgsmålet om den tilbagevirkende kraft af et juridisk kønsskifte i relation til retligt forældreskab samt betydningen af barnets bedste i denne forbindelse. Efter nuværende dansk praksis har et juridisk kønsskifte ikke tilbagevirkende kraft, se afsnit 4.3. Det retlige forældreskab registreres således i forbindelse med barnets fødsel, ved anerkendelse eller dom, og påvirkes ikke af, om personen *efterfølgende* skifter juridisk køn.

Oplysninger om retligt forældreskab registres som gennemgået ovenfor i afsnit 5.2.1 i CPR. Formålet med CPR er, at det skal indeholde korrekte og opdaterede personoplysninger om borgerne til brug for primært den offentlige administration. Det er således ikke tale om et historisk register, men om et register, der skal afspejle borgernes aktuelle status. Det kan på denne baggrund fremføres, at det som udgangspunkt ikke vil være i strid med de hensyn, som ligger til grund for CPR, at foretage en ændring i registrets oplysninger, herunder vedrørende retligt forældreskab. EMD slog allerede i *B mod Frankrig (1992)* fast, at pligten til at anerkende juridisk kønsskifte omfatter registre, som indeholder personoplysninger, der har til formål at blive opdateret løbende, jf. ovenfor i afsnit 3.1.

Oplysninger om en transpersons retlige forældreskab vedrører imidlertid ikke kun transpersonen selv, men også transpersonens barn. Det vil derfor, som fremført af ministeriet, være relevant at overveje betydningen af en eventuel ændring af retligt forældreskab for det barn, som oplysningerne vedrører. Hensynet til barnets bedste er et centralt, menneskeretligt princip, som EMD derfor også tillægger betydelig vægt i afvejningen af, om der påhviler staten en positiv pligt efter EMRK art. 8. i *X, Y og Z mod Storbritannien (1997)* udtalte domstolen således: '... the Court observes that the community as a whole has an interest in maintaining a coherent system of family law which places the best interests of the child at the forefront.'⁷⁷

Ifølge ministeriet kan ændringer i retligt forældreskab medføre manglende kontinuitet for barnet. Hvori denne manglende kontinuitet nærmere består, er ikke uddybet. Det kan anføres, at der ved en eventuel ændring af et retligt forældreskab ikke er tale om, at barnet *mister* en retlig forælder eller mister adgang til oplysninger

⁷⁶ Høringsnotatet (n 35), 14.

⁷⁷ Se eksempelvis *X, Y og Z mod Storbritannien (1997)*, pr. 47.

om sit biologiske ophav. Retligt forældreskab er, som anført ovenfor i afsnit 4.1, ikke nødvendigvis udtryk for en biologisk relation. Barnet vil efter en ændring fortsat have det samme antal retlige forældre som før ændringen, og forælderen vil derfor som udgangspunkt fortsat være underlagt rettigheder og forpligtelser over for barnet i samme omfang som før ændringen. Det er dog tænkeligt, at der i en konkret situation kan være visse forskelle i afledte rettigheder og pligter for henholdsvis en mor eller far/medmor. *Såfremt* sådanne afledte, kønsbestemte regler konkret har væsentlig betydning for et barns retsstilling, vil dette være relevant at inddrage i afvejningen af hensynet til transpersonen over for barnet. Af hensyn til denne artikels formål og omfang, skal dette forhold ikke belyses nærmere her. Det kan dog understreges, at hensynet til en klar og forudsigelig retstilstand er et legitimt samfundshensyn ifølge EMD, som i *A.P., Garçon og Nicot mod Frankrig (2017)* udtalte, at 'The Court fully accepts that safeguarding the principle of the inalienability of civil status, ensuring the reliability and consistency of civil-status records and, more generally, *ensuring legal certainty*, are in the general interest.'⁷⁸ (min kursivering).

Det kan på den anden side anføres, at det kan være i barnets *egen* interesse, at forældrenes kønsidentitet er korrekt registreret i barnets CPR-oplysninger. Man kan forestille sig, at barnet kan blive påvirket negativt af belastningen ved, at barnets forælder, som er transperson, oplever at få afsløret sit kønsskifte over for omverden i interaktioner vedrørende barnet. Børn af transpersoner oplever således også selv modstand fra omverden som følge af en forælders transition.⁷⁹ Det er i forlængelse heraf også antaget i svensk retspraksis, at princippet om barnets bedste taler *for* en registrering af forældreskab i overensstemmelse med forælderenes kønsidentitet, idet det medfører en mindre risiko for, at barnet udsættes for integritetskrænkende situationer i mødet med myndigheder i anledning af de oplysninger, som er registreret om forælderen i folkeregisteret.⁸⁰ Det kan på den baggrund anføres, at transpersonen og dennes barn har sammenfaldende, frem for modstridende, interesser.

Sammenfattende kan et barn generelt betraget ikke forventes at få forringet sin retsstilling ved, at oplysninger om barnets retlige forældre ændres som følge af, at en (eller flere) af barnets forældre skifter juridisk køn, da barnet fortsat har de samme

⁷⁸ A.P., *Garçon and Nicot mod Frankrig* (2017), pr. 132.

⁷⁹ Myrte Dierckx, Joz Motmans, Dimitri Mortelmans & Guy T'sjoen, 'Families in transition: A literature review' [2016] *International Review of Psychiatry*, 28:1, pp. 36-43, 38.

⁸⁰ Kammarrätten i Stockholms dom af 9. juli 2015 i mål nr. 3201-14. og Kammarrätten i Göteborgs dom af 5. oktober 2015 i mål nr. 6186-14.

retlige forældre. Endvidere kan det betragtes som værende i barnets interesse, at forælderen er registreret i overensstemmelse med sin kønsidentitet i barnets personoplysninger. Der kan dog konkret være kønsbestemte regler i den øvrige lovgivning af betydning for vurderingen.

5.3.4 Tiden er ikke moden til et opgør med børnelovens biologiske udgangspunkt

I høringsnotatet, som er nævnt ovenfor i afsnit 5.3.2, udtalte Ministeriet for Børn, Ligestilling, Integration og Sociale Forhold: 'Det er Ministeriet for Børn, Ligestilling, Integration og Sociale Forholds opfattelse, at tiden ikke er moden til at gøre op med det biologiske udgangspunkt for definitionen af det retlige forældreskab, der da også er dækkende for langt størstedelen af befolkningen.'⁸¹

Argumentet om at 'tiden ikke er moden' kan betragtes som et argument for, at staten nyder en skønsmargin på området for retligt forældreskab. Spørgsmålet om staternes skønsmargin er behandlet nærmere ovenfor i afsnit 5.1.

For så vidt angår, om argumentet er udtryk for et legitimt og tungtvejende samfundshensyn, er det oplagt at henlede opmærksomheden på, at argumentet ikke tager højde for, at der i en dansk kontekst allerede *er* gjort delvis op med det biologiske udgangspunkt for registrering af forældreskab i Danmark. Formålet med børneloven er som gennemgået i afsnit 4 at sikre, at et barn så vidt muligt tildeles to retlige forældre, idet dette opfattes som værende til barnets bedste. Det fremgår af børnelovens forarbejder, at retligt forældreskab er udtryk for en retlig relation mellem forælder og barn, og det er i den forbindelse forudsat, at retligt forældreskab ikke forudsætter en genetisk relation mellem forælder og barn.⁸² Selve begrebet 'retligt forældreskab' bygger således i sit udgangspunkt *ikke* på biologi. Retligt forældreskab er dog inddelt i et antal kønsbestemte roller: mor, far og medmor. Forældrens biologiske køn efter dansk ret således betydning for, hvilken rolle, man som forælder bliver tildelt. Med Landsrettens kendelse af 24. november 2017 er der imidlertid gjort delvis op med princippet om, at retligt forældreskab registreres på baggrund af biologisk køn, idet en forælders juridiske køn skal slå igennem i situationer, hvor vedkommende er tiltænkt forælder, men dog ikke selv har født eller

⁸¹ Høringsnotatet (n 35), 14.

⁸² Lovforslag nr. L 2 af 4. oktober 2000, afsnit 2.1, og Lovforslag nr. L 207 af 10. april 2013, afsnit 3.2.1.1.

er biologisk forælder til barnet, se afsnit 4.3. Der kan i denne forbindelse henvises til, at EMD som nævnt i afsnit 5.3.2 lægger vægt på, at der i det nationale system er etableret en sammenhængende og logisk retstilstand.

Argumentet om, at tiden ikke er moden til at gøre op med det biologiske udgangspunkt for tildeling af retligt forældreskab kan på denne baggrund ikke tillægges afgørende vægt, idet der i den danske retsorden allerede er gjort delvis op med dette udgangspunkt.

6. Konklusion

Ifølge EMD's praksis har staten en positiv forpligtelse til juridisk anerkendelse af transpersoners kønsidentitet efter EMRK artikel 8. Der findes ingen afsagte domme, som specifikt berører spørgsmålet om juridisk anerkendelse af kønsidentitet i relation til retligt forældreskab, men der verserer aktuelt en sag for domstolen herom. Det kan på baggrund af EMD's praksis lægges til grund, at spørgsmålet om juridisk anerkendelse af transpersoners kønsidentitet i forhold til retligt forældreskab falder inden for beskyttelsesområdet i EMRK art. 8.

Retsudviklingen på området i Danmark kan efter Østre Landsrets kendelse af 24. november 2017 siges at have taget et skridt i retning mod en større anerkendelse af transpersoners juridiske køn i relation til retligt forældreskab, således at et juridisk kønsskifte skal slå fuldt ud igennem ved registrering af retligt forældreskab i den udstrækning, det er foreneligt med børneloven og dens forudsætninger. En transperson, der ikke er biologisk forælder til et barn, som vedkommendes partner føder, vil herefter få registreret forældreskab i overensstemmelse med sit juridiske køn. Der vil fortsat være uoverensstemmelse mellem en transpersons juridiske køn og det registrerede retlige forældreskab i tilfælde, hvor transpersonen selv har født eller leveret sæden til det barn, der ønskes forældreskab over. Retstilstanden er dog fortsat uklar for så vidt gælder transpersoner, hvis partner føder et barn undfanget ved assisteret reproduktion ved brug af transpersonen egen sæd. Et juridisk kønsskifte medfører endvidere ikke ændring med tilbagevirkende kraft af et allerede registreret forældreskab. Den nuværende retstilstand indebærer en vis asymmetri for transpersoner i sammenlignelige situationer, som må betragtes som u hensigtsmæssig.

Spørgsmålet er, om retstilstanden kan betragtes som værende i strid med EMRK art. 8? For så vidt angår transpersoner, som har fået registreret forældreskab i strid med deres kønsidentitet, må det betragtes som usikkert, hvor stor en skønsmargin staten

nyder i spørgsmålet. Der er fortsat stor diversitet i Europarådslandenes regulering på området for juridisk anerkendelse af transpersoner. Efter EMD's praksis er der som udgangspunkt ikke overladt nogen skønsmargin til staten for så vidt angår juridisk anerkendelse af kirurgisk kønsskifte, jf. *Christine Goodwin mod Storbritannien (2002)*, mens staten er overladt en bred skønsmargin i spørgsmålet om registrering af retligt forældreskab, jf. *X, Y og Z mod Storbritannien (1997)*. Man kan dog med rette stille spørgsmål ved, om disse dommes præmisser kan opretholdes i lyset af de senere års udvikling i medlemslandene og domstolens praksis, herunder særligt *A.P., Garçon og Nicot mod Frankrig (2017)* om sterilisationskravets uforenelighed med EMRK art. 8. Aktuelt findes der dog ikke praksis fra domstolen, som nærmere kan afklare betydningen af *A.P., Garçon og Nicot mod Frankrig (2017)* for statens skønsmargin i spørgsmålet til juridisk anerkendelse af transpersoners kønsskifte i forhold til transpersoner, som ikke er 'post-operative' samt om *X, Y og Z mod Storbritannien (1997)* om juridisk anerkendelse af retligt forældreskab for transpersoner er forældet.

Uanset om staten er tillagt en skønsmargin, lægger EMD ved vurderingen af en konkret retstilstands forenelighed med EMRK art. 8 vægt på, om retstilstanden er udtryk for en proportional afvejning af hensynet til individet på den ene side og samfundet og andre individer på den anden side.

En uoverensstemmelse mellem en transpersons kønsidentitet og registreret retligt forældreskab vil i Danmark fremgå af barnets CPR-oplysninger, og vil særligt kunne komme til offentlige myndigheders kendskab i forbindelse med transpersonens interaktioner med det offentlige i relation til barnet. Transpersonen kan derfor forventes jævnlige at få afsløret en meget personlig oplysning (at vedkommende har skiftet køn) over for en tredjepart, og vedkommende risikerer i denne forbindelse at blive mødt med mistænksomhed, mistro, latterliggørelse og hån. Der vil på denne baggrund generelt være tale om en væsentlig belastning af transpersoners ret til privatliv.

Fra lovgiver og regeringens side er der fremført en række begrundelser for at fastholde et biologisk udgangspunkt i børneloven, således at juridisk køn som udgangspunkt ikke skal slå igennem ved registreringen af retligt forældreskab. Det er fremført, at problemet kun vedrører et begrænset antal personer, at det vil kræve en omfattende lovændring at ændre den nuværende retstilstand, at det ikke er til barnets bedste at tillade ændringer i retligt forældreskab, samt at tiden ikke er moden til en ændring af det biologiske udgangspunkt for tildeling af retligt forældreskab. Det er min

vurdering i analysen ovenfor, at de pågældende argumenter ikke, som de er fremført, repræsenterer tungtvejende hensyn.

I lyset af, at registrering af retligt forældreskab i strid med transpersoners kønsidentitet udgør en væsentlig belastning af et essentielt aspekt af retten til privatliv, samt at der ikke fra statens side er fremført tungtvejende argumenter, som kan legitimere denne belastning, er det min vurdering, at den danske retstilstand, hvorefter juridisk kønsskifte ikke anerkendes konsekvent i relation til retligt forældreskab, meget vel kan være i strid med statens positive forpligtelser efter EMRK art. 8, både for så vidt angår tiden *efter* det juridiske kønsskifte er gennemført (anerkendelse *ex nunc*), og for så vidt angår anerkendelse af juridisk kønsskifte med tilbagevirkende kraft (anerkendelse *ex tunc*). EMD's praksis taler således også for en *konsekvent* juridisk anerkendelse af transpersoners kønsidentitet, ikke kun for så vidt angår personlige papirer, men også for rettigheder og forpligtelser i den øvrige lovgivning.

I sidste ende vil det være op til enten lovgiver eller domstolene at få afklaret retstillingen, herunder dens hensigtsmæssighed og forenelighed med Danmarks menneskeretlige forpligtelser. Der er også forudsat i forarbejderne til loven om juridisk kønsskifte, at behovet for en ændring eller præcisering af børneloven løbende vil blive vurderet. Således fremgår det af høringsnotatet fra det daværende Ministerie for Børn, Ligestilling, Integration og Sociale, at 'Ministeriet vil følge udviklingen på området og løbende vurdere behovet for en præcisering eller ændring af børneloven også i relation til andre spørgsmål om faderskab, moderskab og medmoderskab.'⁸³

I Sverige har det til sammenligning siden 1. juni 2016 været Skatteverkets praksis at registrere forældres ændrede juridiske kønsidentitet i barnets persondata, således at transmænd altid registreres som fædre, og transkvinder som mødre.⁸⁴ Praksisændringen skete i kølvandet på to domme, hvor den svenske Kammarrätten fandt, at den svenske praksis for registrering af transpersoners retlige forældreskab i strid med deres juridiske kønsidentitet var i strid med EMRK art. 8.⁸⁵

⁸³ Høringsnotatet (n 35), 14.

⁸⁴ SOU 2017:92, s. 250. Tilgængelig på: http://www.sou.gov.se/wp-content/uploads/2017/11/SOU-2017_92_webb2.pdf (tilgået 22. marts 2018)

⁸⁵ Kammarrätten i Stockholms dom af 9. juli 2015 i mål nr. 3201-14. og Kammarrätten i Göteborgs dom af 5. oktober 2015 i mål nr. 6186-14.

Efter Landsrettens kendelse af 24. november 2017 og på baggrund af min analyse i det ovenstående, er det min overbevisning, at det af hensyn til en klar retstilstand og Danmarks menneskeretlige forpligtelser over for transpersoner, vil være oplagt for lovgiver at tage reglerne om forældreskab i børneloven op til genovervejelse.