

ERNST ANDERSEN

ÆGTESKABSRET

I

ÆGTESKABS INDGÅELSE OG OMSTØDELSE,
PATER EST, LEGITIMATION, ADOPTION, FORÆLDREMYNDIGHED
OG SAMKVEMSRET, FORSØRGELSE AF ÆGTEBØRN,
BØRN UDENFOR ÆGTESKAB

G. E. C. GADS FORLAG

København 1954

**AARHUS
UNIVERSITET**

JURIDISK INSTITUT

FØRSTE AFSNIT

ÆGTESKABS INDGÅELSE OG OMSTØDELSE

§ 1. FORLOVELSE

Ægteskabslovens første kapitel handler »Om forlovelse«, og udtrykket forekommer i hver af kapitlets paragraffer. I fremmede love gives der ofte i forlovelsesafsnittet en definition, hvori begrebet forlovelse bestemmes som det gensidige løfte om senere at ville indgå ægteskab,¹⁾ og herved er det på forhånd slået fast, at erstatningsreglerne kun kan anvendes, når der foreligger aftale om ægteskab. Det er ikke tilstrækkeligt, at parterne samlever eller »går med hinanden«. For at der kan tilkendes erstatning for hævet forlovelse, skal der *pr. definition* have foreligget en aftale om ægteskab.

Den danske ægteskabslov har fulgt forbilledet fra BGB, som på grund af uenighed mellem juristerne om, hvorvidt der ved forlovelse burde forstås en ægteskabsaftale eller blot et »faktisk« forhold af en vis fasthed, ikke kom til at indeholde en definition. Man lod det stå åbent, hvilke operative kendsgerninger reglerne skulle anvendes på. I den tyske rigsrets praksis blev det hurtigt slået fast, at erstatningsreglerne kun er anvendelige, når der har foreligget aftale om ægteskabs indgåelse,²⁾ og i overensstemmelse hermed har man i dansk teori og praksis defineret forlovelse som det gensidige løfte om senere at ville indgå ægteskab og ikke givet erstatning, medmindre der har foreligget en aftale. Denne opfattelse korresponderer med engelsk rets, hvor erstatning tilkendes for »breach of promise«, og med de legale definitioner i schweizisk og svensk ret, og den går via kanonisk ret tilbage til romerretten. Der ses ikke at være grund til at opgive den.³⁾

Det vil ofte være tvivlsomt, om der foreligger en ægteskabsaftale. Under hensyn til aftalens betydning må der stilles visse krav til dens bestemthed og parternes alvorlige hensigt, før der kan siges at foreligge en endelig aftale.⁴⁾

¹⁾ Fx svensk giftermålsbalk 1920 § 1 og ZGB art 90.

²⁾ Entsch 61 s 267 f.

³⁾ Cfr UfR 1953 B s 30-32.

⁴⁾ UfR 1925 s 135, 404, 904. 1927 s 174.

Forlovelsesaftalen er ikke bundet til nogen form. Den er, som det hedder i den svenske giftermålsbalk, »sluten, då man och kvinna med vittnen, ringväxling eller annorledes« er blevet enige om at ville gifte sig. Reglen om formløshed er overtaget fra kanonisk ret og almindeligt gældende i de protestantiske lande, men fra begyndelsen af dette århundrede er man i kanonisk ret gået over til at kræve skriftlig form til en gyldig forlovelse, og denne regel er nu ved at trænge igennem i lande, hvis ægteskabslovgivning er påvirket af kanonisk rets synspunkter.⁵⁾

Beviset for, at der har foreligget en aftale og for dennes endelige og bestemte karakter, er ofte det springende punkt under en retssag om hævet forlovelse. Nogle få ord ved en bestemt lejlighed er af og til blevet taget som bevis for, at parterne har aftalt ægteskab.⁶⁾ Hvis frieriet ikke er sket pr. brev, vil der sjældent kunne føres tilfredsstillende bevis for selve aftalens indgåelse. Denne kan ikke bevises fx ved at føre den kvindelige parts forældre som vidner om, at hun har meddelt dem, at hun er blevet forlovet. Bevis kan føres ved påvisning af handlinger, hvorfra der efter livets almindelige erfaring kan sluttes til en aftale om ægteskab, fx at parterne sammen har set på lejlighed eller indbo, sammenholdt med usandsynligheden for, at den kvindelige part skulle indlade sig på et samliv udenfor ægteskab. Mandens passivitet ved et opgør, hvor den kvindelige part bebrejder ham hans løftebrud, vil også, hvis scenen er overværet af et vidne, kunne tjene som bevis for en aftale. Da der ved afgørelsen alene er tale om at anvende almenmenneskelige erfaringer, lader man i angelsachsisk praksis ofte spørgsmålet, om der har foreligget en aftale om ægteskab, afgøre af juryen, der tillige får til opgave at udmåle den erstatning, der eventuelt skal gives ud fra opfyldelsesinteressesynspunktet.

Et andet spørgsmål, som man også har ladet stå uløst i ægteskabsloven, og som har forårsaget en del diskussion, er, om den, der allerede er gift, gyldigt kan forlove sig 3: gyldigt kan aftale nyt ægteskab med den virkning, at han erhverver ret eller pådrager sig pligt i henhold til aftalen. Det er en underafdeling af det mere omfattende problem, om forlovelsens retsvirkninger er afhængige af, at parterne på forlovelsestidspunktet kunne have realiseret aftalen.

Gennem reglen i § 3 er der taget stilling til det praktisk vigtige

⁵⁾ Dekretet Ne temere fra 1907. Reglen stammer fra spansk ret.

⁶⁾ UfR 1924 s 853, 1926 s 969.

spørgsmål, om ansvarspådragelse i de tilfælde, hvor der skal indhentes samtykke til ægteskab, er afhængig af, at der er indhentet samtykke til forlovelsen, og om aldersbetingelsen ved ægteskab for mandens vedkommende skal være opfyldt på besvangrlestidspunktet, for at han kan ifalde ansvar efter § 2. I overensstemmelse med grundsætningen i myndighedslovens § 65 må man endvidere kunne opstille den regel, at ægteskabsaftalen ikke kan pådrage den, der mangler evnen til at handle fornuftmæssigt, noget ansvar for ikke-opfyldelse. Bortset herfra har loven ikke taget stilling til spørgsmålet om betydningen af, at parterne på forlovelstidspunktet ikke opfylder betingelserne for at kunne indgå ægteskab.

De betingelser, der beskrives i ægteskabslovens §§ 11, 15, stk 2 og 16-18, drejer sig om forhold, der med tiden går i orden, eller som det står i parternes magt at bringe i orden, og det må være uden betydning, om de er opfyldt på tidspunktet for ægteskabsaftalens indgåelse. Hvis forlovelsen hæves, ifaldes der eventuelt ansvar. Hvad der kan få betydning, kan kun være de hindringer, der omhandles i §§ 10, 12-14 og eventuelt § 15, stk. 1. En forlovelse, som er indgået mellem parter, der på grund af reglerne i §§ 10, 12 og 13 ikke eller dog ikke uden en særlig dispensation kan gifte sig med hinanden eller overhovedet indgå ægteskab, kan man næppe tillægge nogen betydning. Parterne lover hinanden noget, hvis opfyldelse de ikke selv er rådige over. Resultatet er utvivlsomt ved § 12, men kan diskuteres, forsåvidt angår §§ 10 og 13. Nogen praksis foreligger der ikke. Selv om man antager, at den, der kan få dispensation efter §§ 10 og 13 til at indgå ægteskab, gyldigt kan forlove sig, vil betingelserne for erstatning efter § 1 som regel ikke være opfyldt af den grund, at der ikke er føje til at afholde udgifter i anledning af brylluppet, før dispensation er meddelt.

I princippet afviser man i lande, der hører til den kristne kulturkreds, overalt, at den, der er gift, gyldigt kan forlove sig, og begrundelsen er gerne, at dette er *contra bonos mores*. Oftest tages der det forbehold, at det følger af almindelige retsgrundsætninger, at den gifte, der lover ægteskab uden at gøre den anden part bekendt med, at han er gift, eventuelt kan komme til at betale erstatning, hvis den anden ikke kunne sige sig selv, at han var gift. Hvad der både i dansk praksis og andetsteds har kunnet foranledige en vis tvivl, er den situation, at den gifte er på vej ud af et

ægteskab og har sikkerhed for at kunne blive skilt, fordi der foreligger en klar skilsmissegrund. Hvor man som i Danmark og Sverige både har retsinstituttet separation og en regel om, at der efter nogen tids forløb haves et retskrav på skilsmisse, vil en eventuel undtagelse blive meget omfattende, idet den logisk må omfatte alle fraseparerede. Den får langt større rækkevidde, end den ville have i England, der ikke har accepteret nogen tids separation som skilsmissegrund, eller i Tyskland, der ikke har noget separationsinstitut.

I teorien stod man umiddelbart efter ægteskabslovens ikrafttræden noget usikker over for dette nye problem, men senere er der blevet taget bestemt afstand fra tanken om, at en gift mand gyldigt kan forlove sig, hvad enten han er separeret eller har krav på umiddelbar skilsmisse. Det vil være i strid med ægteskabsinstitutionen og da navnlig med formålet med separationsinstitutet, om man anerkender undtagelser fra reglen. Formålet med at have regler om separation er at holde døren på klem for en forsoning og at skaffe ægtefæller en tid, hvor de kan sunde sig og betænke sig. Anerkender man, at der kan rejses erstatningskrav imod en frasepareret, skaber man motiver, der kan modvirke en forsoning, og det er lige så betænkeligt, om man antager, at den, der fx har krav på skilsmisse på grund af den andens ægteskabsbrud, gyldigt kan forlove sig, for også her regner loven med forsoning som noget meget nærliggende, jfr § 59. Mulighederne for en forsoning må ikke modvirkes ved en anerkendelse af undtagelser fra reglen.⁷⁾

Hvis den frasepareredes begrundelse for at hæve forlovelsen er, at han genoptager samlivet med ægtefællen, synes det, uanset hvordan man ser på spørgsmålet om den giftes adgang til at forlove sig, udelukket at anerkende, at nr 2 har et erstatningskrav imod den gifte. Den ugifte må vide, at separationen nårsomhelst og formløst kan falde bort ved en genoptagelse af samlivet. Domspraksis er i overensstemmelse hermed omend med en ad hoc begrundelse.⁸⁾

De betragtninger, man fra visse sider har fremsat til støtte for en undtagelse, er ikke tungtvejende. I de svenske motiver har man været inde på nogle dogmatiske overvejelser over forlovelsens »væsen« og drøftet den tyske lære om, at en forlovelse ikke er en

⁷⁾ Borum II s 5-7. Jfr Bechmanns afstandtagen i UfR 1924 B s 263 fra den »oprykkende 2 prioritet«.

⁸⁾ UfR 1939 s 649, 1942 s 201 (ikke »skyld«).

aftale, men et »faktisk« forhold, som har sat sig spor også i nutidig tysk teori (Tatsächlichkeitstheorie). Efter indholdet af de tyske domstoles praksis har dette ikke længere nogen interesse. Noget større vægt har det, når man henviser til, at der i befolkningen ikke er en udbredt følelse af det umoralske i at forlove sig, så længe man ikke er endelig skilt, at separerede rask væk forlover sig i separationstiden, og at det ikke falder dem ind, at der skulle være nogen hindring deri, at skilsmisse endnu ikke er opnået.⁹⁾ Så længe påstande af denne art ikke støttes af Gallupundersøgelser, vil det altid kunne drages i tvivl, om de er rigtige, men selv om dette skulle være tilfældet, synes betragtningen ikke afgørende. Retsregler kan ikke altid affattes under hensyntagen til, om der ville kunne blive flertal for dem ved en folkeafstemning. Folketinget anerkender ikke uden videre denne betragtning. Den ville føre til en sænkning af det, man kalder »den almindelige moral«.

Problemet er nyt i dansk ret. Før ægteskabsloven havde det længe været antaget, at der ikke kunne gives nogen erstatning for ikke-opfyldelse af et simpelt ægteskabsløfte.¹⁰⁾ Der kunne ganske vist, lige indtil ægteskabsloven trådte i kraft, dømmes til ægteskab i henhold til reglerne i forordningen af 1734 om besvangrelser og det deraf påstående ægteskab, når et ægteskabsløfte var efterfulgt af en besvangrelse. Da dommen gik ud på at fastslå, at der var pligt til at opfylde løftet, var det en selvfølge, at den ikke kunne afsiges over en gift. Tanken om, at den gifte i visse situationer kan forlove sig, er først dukket op efter ægteskabsloven. I fremmed retsvidenskab har man været opmærksom på problemet gennem nogen tid. Det er antydnet af Grotius så tidligt som i 1625 i *De jure belli ac pacis*. Aktuelt kunne problemet først blive, når to forudsætninger var opfyldt. Den ene er, at lovgivningen ikke længere er præget af Kristi kompromisløse lære om ægteskabets uopløselighed under alle forhold, selv i tilfælde af ægteskabsbrud. Den anden er, at man har opgivet de fra kanonisk ret arvede synspunkter, hvorefter et ægteskabsløfte skal gennemføres efter sit indhold og ikke kan gøres af med

⁹⁾ UfR 1925 B s 260–61.

¹⁰⁾ Højesterets praksis i det 18 årh gik ud på at tilkende erstatning, og det er Ørsted, der efter en fejlvurdering af de lege ferenda problemet får praksis til at svinge. Frd 1734 har dog antagelig i praksis været grundlaget for mange forligsmæssige ordninger i en situation, hvor trangten til erstatning er stor.

en erstatning. »fordi sjælelige værdier ikke kan måles i penge« (Panormitanus).

Disse forudsætninger er vistnok først blevet opfyldt i løbet af det 19 årh. I engelsk ret, som har været førende med hensyn til udarbejdelse af regler om erstatning for hævet forlovelse, blev det ved midten af det 18 årh ved lov forbudt at give dom til specific performance af en ægteskabsaftale, og der skabtes gradvis regler om erstatning for brud på aftalen. Men den anden forudsætning, at der kan opnås skilsmisse, blev først opfyldt i 1857, hvor man ved Matrimonial Causes Act gav almindelige regler om skilsmisse på grund af ægteskabsbrud og kun af denne grund. Indtil dette tidspunkt kunne skilsmisse kun gives med hjemmel i en af Parlamentet vedtaget private act. Dette ad hoc system havde haft til følge, at der kun blev givet een à to skilsmisser om året.

Den giftes muligheder for gyldigt at kunne forlove sig er af disse og måske også andre grunde et relativt nyt begreb i sammenligning med andre problemer om forlovelsens virkninger. I de fremmede retsforfatninger, som har øvet indflydelse på dansk ægteskabsrets udvikling, anerkender man ikke, at en gift mand kan forlove sig, og man anerkender heller ikke undtagelser fra reglen. Hvis medkontrahenten er klar over, at den anden er gift, er det i strid med kulturtraditionen 3: fundamentale idéer om ægteskabsinstitutionen, som har behersket århundreders tænkning, om man anerkender undtagelser. Den formelle begrundelse, der gives, er, at den giftes ægteskabsløfte er contra bonos mores. Der koketteres af og til i teorien med muligheden for undtagelser, men domstolene synes ikke at anerkende dette som en realitet.

Sætningen har længe stået fast i engelsk domspraksis og også i amerikansk.¹¹⁾ Der foreligger overhusdom fra 1938 i sagen *Fender v St John-Mildmay* for, at skæringspunktet er afsigelsen af decree nisi og ikke decree absolute, og netop denne sag, hvor der var stor uenighed om, hvorvidt man skulle stå fast på det formelle synspunkt, at ægteskabet må være definitivt ude af verden, før der med virkning kan gives løfte om et nyt, viser, at engelsk ret står fast på synspunktet, at en gift person ikke kan forlove sig. Den betragtning, som de 3 dommere, der gik ind for at lade skæringspunktet være decree nisi, gennemgående fandt afgørende, var, at der efter

¹¹⁾ Keezer s 112 med note 19 og s 127.

afsigelsen af denne dom ikke er nogen reel mulighed for forsoning. Når det er kommet så vidt, at der er dom for, at ægteskabet skal opløses, er det praktisk taget uigenkaldeligt forbi.¹²⁾ Det vil være på linje hermed, om man i dansk ret sætter skæringspunktet ved afsigelsen af underinstansens skilsmisedom, og i de tilfælde, hvor afgørelsen sker ad bevillingsvejen, sætter skæringen ved bevillingens meddelelse. I den tyske rigsrets praksis er sætningen anerkendt ved en nyere dom, der dog ikke behøvede at tage endelig stilling til spørgsmålet om undtagelser, men kunne støtte afgørelsen på den omstændighed, at der ved aftalens indgåelse ikke var gjort skridt til at få skilsmisse. Det er i hvert fald ikke nok, at der foreligger en skilsmissegrund, men der må være truffet foranstaltninger til at gennemføre en skilsmisse. I teorien afvises sætningen i reglen, men man kan finde synspunkter gående ud på, at der bør anerkendes visse undtagelser. Heller ikke i schweizisk eller svensk ret anerkendes der undtagelser fra reglen om, at en gift person ikke kan forlove sig.¹³⁾

Med hensyn til dansk domspraksis bemærkes, at der ikke er nogen højesteretsdom, der anerkender, at en gift person kan forlove sig med retsvirkning efter §§ 1–2. Landsretterne var en overgang noget påvirket af de synspunkter, der har været fremme i schweizisk og tysk teori i modsætning til schweizisk og tysk domspraksis,¹⁴⁾ men i 1940'erne er der afsagt nogle domme, der synes at vise, at man nu er gået bort fra at anerkende undtagelser fra reglen.¹⁵⁾

Hvis den gifte, der har afgivet ægteskabsløfte, har fortiet, at han er gift, og den anden part var uvidende herom, er det almindeligt antaget, at der kan fremsættes et erstatningskrav mod den gifte. Sætningen har længe stået fast i engelsk-amerikansk retspraksis. I denne svigssituation er det et spørgsmål, om man i dansk ret med de mere begrænsede muligheder for at give erstatning for hævet forlovelse ikke kan opfatte sagen således, at kravet støttes på almindelige synspunkter om erstatning for den skade, der påføres andre ved svigagtig adfærd, og ikke på grundsætningerne i §§ 1–2. Herved

¹²⁾ 1938 AC s 1. Se også 1908 1 KB 720 og 729, hvor løftet var betinget af hustrus død, og 1935 2 KB 403. Eversley s 78–79.

¹³⁾ Entsch 170 s 72 f. Mod undtagelser talrige ældre og nyere forfattere. Svensk ret se Undén-Malmström s 7. Schweizisk ret se Egger I s 27.

¹⁴⁾ UfR 1925 s 719, 1928 s 170, 1939 s 649.

¹⁵⁾ Afgørende navnlig UfR 1944 s 957 og 1943 s 967. 1944 s 898 viser intet.

vil der i visse tilfælde kunne opnås en noget rundeligere erstatning. Ud fra den betragtning, at der foreligger et konkurrerende søgsmålsgrundlag, må svaret vist afhænge af, hvorledes sagsøgeren griber sagen an.

I England og USA kan der udover erstatning for det økonomiske tab, som forlovelsens ophævelse har medført, gives erstatning for tabt fordel ved, at ægteskabet ikke kommer i stand og for den ikke-økonomiske skade karakteriseret som »injured feelings«, »wasted time« og lign. Når den tabte fordel skal gøres op, bliver sagsøgtes økonomiske forhold den afgørende faktor. Disse synspunkter kan efter omstændighederne gøre breach of promise til et meget kostbart kontraktsbrud.¹⁶⁾

Hverken efter § 1 eller efter § 2 er der hjemmel til at give erstatning for andet end visse bestemte tab. Den tabte fordel og den sjælelige lidelse erstattes ikke. Efter § 1 gives der erstatning for tab ved forholdsregler, der med føje er truffet med ægteskabet for øje fx leje af lejlighed, køb af indbo, husholdningskursus, opgivelse af stilling eller undladelse af at tage mod en stilling, køb af brudekjole og udgifterne ved den aflyste bryllupsmiddag. Sygdomsudgifter som følge af nervesammenbrud ved forlovelsens ophævelse kan ikke kræves erstattet,¹⁷⁾ og det samme gælder den forringelse af økonomiske kår, som skyldes en af »forlovelsen« foranlediget skilsmisse.¹⁸⁾ Når man antager, at en gift person ikke gyldigt kan forlove sig, er det sidste en følge af, at skilsmissen ikke er forårsaget af forlovelsen, men går forud for denne og er en betingelse for forlovelsens gyldighed.

For det tilfælde, at en mand *efter* forlovelsen besvangrer sin forlovede, er der i § 2 hjemmel til at give en passende erstatning for forstyrrelse af stilling og forhold 3: udgifter til sygeleje eller rekreationsophold som følge af besvangerselen eller fødslen, forringet erhvervsevne som følge af svækket helbred og også for det mere

¹⁶⁾ Grant anfører s 21, at en nogenlunde velstillet mand i England, som efter 3 års forløb vilkårligt hæver en forlovelse med en kvinde på 25 år, som han har stået i forhold til, kan regne med at skulle betale fra £ 500 til £ 5000. Keezer nævner s 195 en række eksempler, hvoraf ses, at der i særtilfælde er blevet givet \$ 150.000 og \$ 125.000. Se iøvrigt om praksis i USA om erstatningernes omfang Keezer s 174-97. En fjerdedel af enkeltstaterne har ophævet systemet.

¹⁷⁾ UfR 1935 s 792.

¹⁸⁾ UfR 1933 s 165. 1939 s 971.

ubestemte tab, der måtte være en følge af, at udsigterne til at opnå passende stilling er formindsket som følge af begivenheden. Ordene kan ikke fortolkes således, at de hjemler erstatning for sjælelig lidelse og tort. Herom bruger loven den rummeligere betegnelse »godtgørelse«, jfr §§ 47 og 67. Erstatning ydes for besvangrelse, og dette er en videreførelse af synspunkterne bag frd 1734. Dansk ret har ikke efterlignet udenlandske ordninger med ydelse af erstatning alene for forførelse (»Kranzgeld«).

Forældre og andre pårørende har efter § 1 ikke noget direkte krav, og deres udgifter til køb af indbo, husholdningskursus, bryllupsmiddag mv vil som regel kunne opfattes som gave eller lån til datteren eller sønnen, der må rejse krav i eget navn. Forskellen overfor den i fremmed ret forekommende ordning med forældres direkte krav bliver navnlig, at det efter dansk ret kommer til at bero på de forlovedes afgørelse, om der skal rejses noget krav. Der kan heller ikke fremsættes erstatningskrav mod forældre eller andre, der tilskynder en forlovet til at lade forlovelsen gå over styr.

Yderligere er det en betingelse for, at der kan kræves erstatning, at forlovelsen er hævet under sådanne forhold, at skylden for ophævelsen må antages at påhvile væsentligt den ene part. Hæves forlovelsen i gensidig forståelse, vil der ikke senere kunne kræves erstatning, medmindre der er taget udtrykkeligt forbehold ved ophævelsen, eller forholdet for en § 2-erstatnings vedkommende er dette, at den kvindelige part ved ophævelsen ikke var klar over, at hun var gravid. Er der tale om ensidig ophævelse, vil der efter bestemmelseernes formulering og begrundelse i almindelighed ikke kunne kræves erstatning, hvis der er skyld på begge sider. Kravet er gjort afhængigt af, at skylden påhviler væsentligt den ene part.

Fortolkningen af, hvad »skyld« betyder i denne relation, må udledes af motiverne, der omskriver det med, at ophævelsen skal kunne lægges den pågældende »til last«, sammenholdt med, at det fremhæves, at forlovelsen er en forberedelses- og prøvetid. Af dette hovedsynspunkt overfor forlovelser kan man slutte, at der i almindelighed ikke kan lægges den, der hæver en forlovelse ud fra den opfattelse, at parterne ikke passer sammen, noget til last. Hævede forlovelser betragtes som noget ret almindeligt under bestræbelserne for at finde den rette ægtefælle og noget, der er egnet til at formindske antallet af skilsmisser. Denne betragtning om, at der ikke kan lægges den hævende noget til last, har dog kun fuld gyldighed.

dersom forlovelsen hæves ret kort tid efter indgåelsen, for efterhånden må parterne være blevet klar over, om de passer sammen. En forberedelses- og prøvetid får ende. Den, som tvivler om, at han passer sammen med sin forlovede, må afslutte sine overvejelser og hæve forlovelsen i tide. Og i tide vil sige, før der er truffet foranstaltninger med ægteskabet for øje, og før kvinden er besvangret af den forlovede.

I overensstemmelse hermed er der fast praksis for, at den, der hæver en forlovelse, må oplyse en undskyldningsgrund for at slippe for ansvar.¹⁹⁾ Bevisbyrden er hos ham. På dette tidspunkt accepterer man ikke som gyldig undskyldning sagsøgtens henvisning til eller oplysning om, at han er blevet klar over, at han ikke passer sammen med sin forlovede eller dennes familie, eller at han passer bedre sammen med en anden.²⁰⁾ Sagsøgte vil kunne slippe for ansvar af mange andre grunde, hvis han er i stand til at føre bevis for sine påstande, fx utroskab fra sagsøgerens side. Og ved forlovelse må utroskab være et meget videre begreb end ved ægteskab og indbefatte ikke alene tilfælde, hvor sagsøgeren har vist »udtalt interesse« for en anden, men også tilfælde, hvor det af hans optræden kan sluttes, at kærligheden til den forlovede er gået sig en tur.²¹⁾ Hæftig og opfarende optræden overfor den forlovede og i det hele optræden, der røber alvorlige karakterbrist, vil være ophævelsesgrund. Svig med hensyn til økonomiske eller sædelige forhold, der har været medbestemmende ved forlovelsens indgåelse, må accepteres, og man må sikkert gå så vidt, at man anerkender, at forhold, der ikke kan lægges sagsøgeren til last som fx impotentia coeundi, udbrud af sindssygdom eller en efter en ulykke indtruffen invaliditet er gyldige undskyldningsgrunde. Det anføres undertiden, at en forlovet kan være berettiget til selv at hæve forlovelsen, når han synes, at det på grund af egen sygdom, arbejdsløshed eller lign har lange udsigter med at blive gift. Det er tvivlsomt, om domstolene vil anerkende dette. Under den idealistiske begrundelse vil der i 99 af 100 tilfælde ligge en mere realistisk.

Er det sagsøgeren, der har hævet forlovelsen, er erstatningsansva-

¹⁹⁾ UfR 1926 s 969, 1940 s 980.

²⁰⁾ UfR 1924 s 853 og 914, 1925 s 412, 465, 735, 1932 s 617 (tilkendt mand), 1944 s 1175.

²¹⁾ Egger I s 32. Eversley s 84. Beviset for sindelagsændring og karakterbrist er svært at føre.

ret afhængigt af, at han godtgør, at skylden for forholdets ødelæggelse påhviler væsentligt sagsøgte. I denne relation må der ses bort fra forhold som sindssygdom, invaliditet og impotens. De kan begrunde, at sagsøgte har hævet en forlovelse uden at ifalde ansvar, idet man, når sagsøgeren er blevet sindssyg, ikke kan sige, at skylden for ophævelsen påhviler væsentligt sagsøgte. Er det sagsøgte, der er blevet sindssyg, kan man ikke sige, at forholdet kan tilregnes ham som skyld.

Praksis har vistnok i det hele fulgt de anførte synspunkter, men der er kun få landsretsdomme om, hvilke omstændigheder der kan begrunde erstatningsfri ophævelse af en forlovelse, når der er afholdt udgifter i anledning af ægteskabet, eller der foreligger besvangrelse. Fortolkningen blev lagt fast få år efter lovens ikrafttræden,²²⁾ og den har siden været grundlaget for forlig om erstatning. Antallet af sager om erstatning for hævet forlovelse er næppe ret stort, og de bliver oftest afgjort ved udenretsligt forlig.

Hvis en forlovelse er indgået på skrømt med det formål at fravende penge eller knytte en erotisk forbindelse, kan der kræves erstatning efter almindelige erstatningsregler om ansvar for skade, der forårsages ved svigagtig adfærd. §§ 1-2 kan ikke være til hinder for, at der i tilfælde af ægteskabssvindel ses bort fra reglerne og istedet kræves erstatning ud fra synspunktet, at aftalens indgåelse har været en retskrænkelser (dolus in contrahendo). Svigssynspunktet kan muligvis give krav på erstatning i et lidt videre omfang end forlovelsessynspunktet.

Når en forlovelse hævses, må både den, der vilkårligt har hævet, og den anden part ud fra forudsætningssynspunktet kunne tilbagefordre den givne forlovelsesring og gaver, der er udstyr til det fælles hjem, men ikke gaver til personligt brug uden affektionsinteresse for sagsøgeren.²³⁾ Dør en forlovet, synes anvendelsen af forudsætningssynspunktet at føre til, at den efterlevende kan kræve tilbagelevering af udstyr til det fælles hjem, måske dog kun imod at tilbagelevere, hvad han selv har fået til det fælles hjem. Nogen

²²⁾ UfR 1925 B s 253-58.

²³⁾ UfR 1907 s 196 (sølvskeer), 1914 s 775 (kravet rejst af den vilkårligt hævende; dommen ikke præjudikat for, at ringen kan kræves tilbage i denne situation, da der ikke protesteredes mod udlevering), 1917 s 890 (flygel). Smykker kan i almindelighed ikke kræves tilbage, UfR 1895 s 217. Efter engelsk ret kan den, der vilkårligt hæver forlovelsen, end ikke få forlovelsesringen (med sten) tilbage, 1926 1 KB 536 sammenholdt med 1917 2 KB 532.

praksis om denne sidste situation foreligger ikke, og det tyder nærmest på, at man anvender lignende synspunkter som ved ophævelse. I fremmed ret er reglerne om gavers tilbagelevering udformet efter ret forskellige synspunkter.

Tilbage står et terminologisk og konstruktivt spørgsmål, som har givet anledning til en del diskussion i fremmed retsvidenskab. Forpligter en forlovelse til indgåelse af ægteskab?

Spørgsmålet måtte besvares bekræftende efter den før 1536 gældende kanoniske ret, når ægteskabsløftet var afgivet under trolovelsens former. Trolovelse skabte en sanktioneret forpligtelse til at indgå ægteskab, der kun kunne bringes til ophør under bestemte betingelser, og der kunne dømmes til indgåelse af ægteskab. Mærk, skriver fx Panormitanus, at hvis den ene af de trolovede ikke vil opfylde aftalen og indgå ægteskab, kan han efter den andens begæring tvinges af domstolene, og han kan tvinges til naturalopfyldelse, ikke blot til at betale erstatning, for sjælelige værdier kan ikke måles i penge (*»quia spiritualia non capiunt æstimationem«*). Hvilke tvangsmidler der kunne anvendes, var genstand for drøftelse. Det mest effektive har sikkert været det religiøse tvangsmiddel ekskommunikation.

Kanonisk rets regler om virkningerne af sponsalia de futuro gik uden væsentlige ændringer af retspligtsynspunktet over i ægteskabsordinansen af 1582 og derfra over i DLs trolovelsesregler, der formelt gjaldt indtil 1799. Også efter DL kunne der dømmes til opfyldelse af et ægteskabsløfte, når det forelå i trolovelsens former.

I tiden indtil 1922 måtte svaret derefter gå ud på, at en forlovelse ikke forpligtede til ægteskab, medmindre den efterfulgtes af en besvangrelse. Om dette sidste stod der i forordningen af 1734 § 1, at da var manden »pligtig hende at ægte«. Heraf drog man den slutning, at der kunne dømmes til opfyldelse af løftet og derefter som sædvanligt anvendes tvangsmulkt for at gennemtvinge dommens efterkommelse. Men var forlovelsen ikke blevet efterfulgt af besvangrelse, kunne der hverken dømmes til fuldbyrdelse eller gives erstatning af nogen art, og det var derfor udelukket at hævde, at der forelå retspligt til at opfylde en forlovelsesaftale. Man kunne højst påstå, at der i visse tilfælde forelå en moralsk forpligtelse. Herved fik man i dansk ret det gamle kanonistsynspunkt i baggrunden.

I engelsk ret opfatter man stadig forholdet således, at forlovelsen pålægger begge parter en forpligtelse til at indgå ægteskab. Forpligtelsen er uigenkaldelig og ophører kun, hvis parterne enes om at ophæve forlovelsen, eller der foreligger en ophævelsesgrund, som en dommer kan anerkende som rimelig og

retfærdig.²⁴⁾ I to hundrede år har man ikke kunnet give dom til specific performance af et ægteskabsløfte. Alligevel er terminologien retspligt til aftalens opfyldelse nærliggende og konstruktionen naturlig, for erstatningspligten er så vidtgående, at der kan tilkendes noget, der svarer til kontraktsrettens opfyldelsesinteresse, nemlig erstatning for tabt fordel ved, at ægteskabet ikke kommer i stand. Erstatning kan tilkendes, selvom der ikke er afholdt udgifter af nogen art eller foreligger besvangelse, og selvom forlovelsen kun har varet en kort tid. Derfor finder man i angelsachsisk ret en indgående drøftelse af det helt nøjagtige tidspunkt for, hvornår forlovelsesaftalen er kommet i stand, og hvilke ugyldighedsgrunde der må anerkendes, spørgsmål som efter indholdet af §§ 1-2 i dansk ret er blottet for interesse. Når der kan tilkendes opfyldelsesinteresse ved brud på aftalen, er konstruktionen retspligt til ægteskabsaftalens opfyldelse teoretisk korrekt.

Denne terminologi og konstruktion er også almindelig i schweizisk-tysk retsvidenskab.²⁵⁾ Man holder fast ved gamle kanonistkonstruktioner, skønt hovedreglen både i ZGB og BGB går ud på, at en forlovelse frit kan hæves, og at der kun ved et mindretal af hævende forlovelser kan blive tale om erstatningsansvar. Forlovelsen skaber en ikke-sanktioneret retspligt til indgåelse af ægteskab.

For en retsteoretisk betragtning er denne konstruktion meningsløs, og den vil i dansk ret under alle omstændigheder kun kunne accepteres, når der til forlovelsen yderligere kommer enten dette, at kvinden er blevet besvangret af sin forlovede, eller at der med føje er afholdt udgifter med ægteskabet for øje. Selv i disse tilfælde er konstruktionen ikke dækkende. Efter dansk juridisk sprogbrug vil man ikke tale om, at en kontrakt er gyldig, når der ved ikke-opfyldelse skal betales negativ kontraktsinteresse. Hertil kan tilføjes, at pligten til at betale negativ kontraktsinteresse ikke opleves som en samfundsmæssig misbilligelse af ægteskabets ikke-indgåelse, men kun som en misbilligelse af, at der ikke betales erstatning i visse undtagelsestilfælde.²⁶⁾ Når forlovelsen som anført i ægteskabslovens motiver opfattes som en forberedelses- og prøvetid, har man en tilkendegivelse af, at der efter de anskuelser, der var rådende hos dem, der lavede lovforslaget,

²⁴⁾ Se fx Grant s 18.

²⁵⁾ Se fx Egger I s 24, Lehmann s 26-27.

²⁶⁾ Ross s 74, 190-91 og 198. Ross' forslag om, at der kun tales om retspligt i de situationer, i hvilke der kan dømmes til straf, erstatning eller opfyldelse, kan ikke tiltrædes for familierettens vedkommende. Terminologien stemmer ikke med lovgivningen og er for snæver, jfr navnlig ægteskabslovens § 53, stk 1.

ikke er nogen samfundsmæssig interesse i forlovelsesløfters opfyldelse efter deres indhold. Sprogbrugen i §§ 1–2 går også udtrykkeligt ud på, at der er pligt *til at betale erstatning*.

Forklaringen på schweizisk-tysk retsvidenskabs opretholdelse af kanonistkonstruktionen retspligt til opfyldelse af et forlovelsesløfte skal antagelig søges i etiske og religiøse motiver. Ud fra bestemte indstillinger prøver man at holde fast ved en anskuelse, som lovgivningsmagten forlængst har opgivet under påvirkning fra oplysningstidens filosofi og den franske revolutionslovgivning. Fra et retsvidenskabeligt synspunkt er en sådan sammenblanding ikke anbefalelsesværdig. Og fra et religiøst synspunkt er der ikke nogen rimelig begrundelse for at holde fast ved retspligtkonstruktionen. I den nytestamentlige kanon står der ikke noget om forlovelser og deres holdbarhed. Der er kun tale om et kanonistprodukt, som ingen under vore forhold kan føle sig forpligtet af.

§ 2. ÆGTESKABSSTIFTELSE. TRÆK AF UDVIKLINGEN

De gældende lovbestemmelser om ægteskabsstiftelsen er en videreudvikling af regler, der fandtes i kanonisk ret ved reformationens gennemførelse. Fra et tidspunkt, der må ligge noget forud for nedskrivningen af de skånske og sjællandske retsbøger, havde den katolske kirke tiltaget sig jurisdiktion i ægteskabssager, og den bevarede denne indtil 1536. Sager om trolovelse, ægteskabs indgåelse, omstødelse, separation, ægtebørn og til dels det personlige forhold mellem ægtefæller, men ikke sager om formueforholdet eller arv blev afgjort af kirkens myndigheder efter regler, der var fastsat på kirkemøder, i pavelige forordninger og reskripter eller udformet af kanonisterne på grundlag heraf og af bestemmelser i Pentateuchen, den nytestamentlige kanon, romerret, lokale sædvaner, praksis ved de gejstlige domstole og friere overvejelser, kort sagt det, man kalder kanonisk ret. Alle de væsentlige bestemmelser i ægteskabsretten var en slags overstatslig ret og ikke national ret, og de summæ og summulæ, som kanonisterne skrev, kunne læses af dommere i alle overordnede instanser, og det samme gælder den ældste protestantiske ægteskabsret. De foreligger ikke på det nationale sprog, men på latin.

Karakteristisk for kanonisk rets regler om ægteskabsstiftelsen var det navnlig, 1) at ægteskab kunne stiftes formløst enten ved parternes aftale om ægteskab eller ved deres aftale om trolovelse efterfulgt af samliv (*copula sponsalibus superveniens*), 2) at der fandtes talrige og vidtrækkende forbud mod indgåelse af ægteskab, 3) at

spørgsmålet, om forbud hindrer ægteskabs indgåelse, ikke blev genstand for en effektiv prøvelse inden ægteskabsstiftelsen, og 4) at ugyldighedsvirkningen derfor havde en betydningsfuld funktion.

Indtil dekretet *De clandestinis* blev udstedt i 1563 på grundlag af Tridentinerkonciliets beslutning, byggede kanonisk ret på den af den klassiske romerret skabte humanistiske grundsætning om, at ægteskab under forudsætning af, at der ikke foreligger dirimerende hindringer, gyldigt kan stiftes ved parternes aftale. Den fri overenskomst mellem mand og kvinde om, at kvinden skal have stilling som hustru og ikke som konkubine, er den ægteskabsstiftende kendsgerning. »Ægteskab stiftes ikke ved samleje, men ved samtykke,« hedder den romerretlige grundsætning, som stadig har gyldighed i en stor del af de amerikanske enkeltstater, og som man derfor ser påberåbt den dag i dag i angelsachsisk ægteskabsret. Optagelse af ægteskabeligt samliv var ikke en betingelse for ægteskabs gyldighed.¹⁾

Den ældre kanoniske ret reciperede den romerretlige grundsætning, og den var ægteskabsrettens hovedregel om ægteskabs indgåelse indtil udstedelsen af *De clandestinis*. I kanonisk ret nåede man ikke inden reformationen frem til at anerkende grundsætningen om, at ægteskab kun kan stiftes under myndigheders medvirkning.

Den spiritualistiske romerretsgrundsætnings trængen ind i kanonisk ret kan man følge ret nøje, og det gælder også tilblivelsen af den regel om ægteskabs stiftelse ved trolovelse efterfulgt af samliv, som efterhånden kom til at supplere hovedreglen. Den er skabt af kanonisterne. Læren om, at ægteskab kunne stiftes enten ved en aftale om ægteskab eller ved en trolovelsesaftale efterfulgt af copula carnalis, var gældende kanonisk ret indtil Tridentinerkonciliet, gik med over i den ældste protestantiske ægteskabsret og viste sig at have en sådan magt over den juridiske tænkning, at den øvede indflydelse på praksis selv efter, at man ved ægteskabsordinansen af 1582 havde forsøgt at få den afskaffet.

Læren om ægteskabs stiftelse ved trolovelse efterfulgt af samliv giver forklaringen på, hvorfor det i den katolske tid ikke lykkedes at nå frem til anerkendelse af retsreglen om, at ægteskab kun kan stiftes ved en myndigheds medvirkning. Grundlaget for at formalisere ægteskabsstiftelsen var for så vidt meget tidligt til stede, som det blev sædvane at lade den private sammengivning af brudefolkene ske in facie Ecclesiae og derefter lade ægteskabet velsigne af en præst. Kirken havde hånd i hanke med de fleste ægteskabers indgåelse, og præstens stilling blev efterhånden den,

¹⁾ Nuptias non concubitus, sed consensus facit. D 35, 1, 15 og 50, 17, 30, jfr P E Corbett: The Roman Law of Marriage. 1930 s 91-94.

at han blev bemyndiget til at sammengive parterne ved en vielse. Så længe man ikke ophævede reglen om, at ægteskab kunne stiftes ved troløvelse efterfulgt af ægteskabeligt samliv, var det ikke muligt at formalisere ægteskabsindgåelsen. Dette stødte på store praktiske vanskeligheder. Retsreglen var skabt på grundlag af befolkningens sædvaner som et realistisk modstykke til den spiritualistiske romerretsgrundsætning. Den var desuden i den form, den havde fået, gået op i et kirkepolitisk kompromis mellem to konkurrerende juristskoler, Pariserskolen, der var gået ind for en overvejende spiritualistisk lære om ægteskabsindgåelsen, og Bologna-skolen, der forfægtede mere realistiske synspunkter.²⁾

Denne ordning med formløs stiftelse af ægteskab enten per verba de præsenti eller per verba de futuro efterfulgt af copula var egnet til at skabe retsikkerhed og retskonflikter, og den kom efterhånden ud for kritik. Når ægteskab var indgået i den unge alder, uden at ægtefællerne var flyttet sammen, og når ægteskab var indgået hemmeligt, var det let at indgå endnu et ægteskab. Kanonisterne var i og for sig opmærksomme på ulemperne ved formløsheden, og når man ikke kom bort fra reglen før i det 16 årh, beror det på, at det altid har været en vanskelig opgave at få gennemført reformer af kanonisk ret, også i de tilfælde, hvor bestemmelserne ikke er skabt på grundlag af udtalelser i Pentateuchen eller den nytestamentlige kanon, men har en ret tilfældig oprindelse. Kanonisk ret har gennem århundreder ligget fast og har derfor fået noget af den samme stabilitet som forfatningsret under nutidens forhold. Den katolske kirkes myndigheder var i tiden før reformationen ude af stand til at gennemføre en så radikal reform som at afskaffe retsreglen om ægteskabets formløse stiftelse. Der måtte en mand af Luthers støbning og hensynsløshed til, før det lykkedes at få lavet om på kanonisk ægteskabsret. Hvad Luther sigtede mod var dog ikke reglerne om den formløse stiftelse, men ægteskabsforbudene og ægteskabets absolutte uopløselighed.

Da ægteskabsretten med reformationen var kommet i støbeskeen, tog den katolske kirke selv initiativet til at få gjort en ende på reglen om ægteskabets formløse stiftelse. Det skete ved dekretet *De clandestinis*, der er udstedt i overensstemmelse med Tridentinerkonciliet beslutning af 1563. I de lande, hvor dekretet blev kundgjort, kunne et ægteskab kun stiftes i overværelse af tre vidner, hvoraf det ene skulle være en præst, som regel parternes eller en af parternes sognepræst. Påbudet går ikke så vidt som til,

²⁾ Kanonisk rets lære om betydningen af copula carnalis ved ægteskabsindgåelse, omstødelse og ophævelse ved dispensation, der begynder i det 9 årh med Hincmar af Rheims, se Esmein I s 89f, 106f, 119f (Gratian), 131f (Petrus Lombardus), 140f (Alexander III afgør striden). Calvins kritik se II s 145.

at ægteskab fremtidig kun kunne stiftes under en præsts aktive medvirkning. Det har en mere begrænset rækkevidde, og det var stadig muligt at opfatte parternes aftale som den ægteskabsstiftende kendsgerning. Som en naturlig konsekvens af formaliseringen bortfaldt ægteskabs indgåelse ved trolovelse efterfulgt af ægteskabeligt samliv, og dette blev nogle år senere udtrykkeligt slået fast. Også i de katolske lande holdt denne folkelige stiftelsesmåde sig nogen tid efter den formelle ophævelse. Under angrebene på læren om ægteskabet som et sakramente havde reformatorerne (Calvin) også rettet deres kritik imod copula-stiftelsesmåden og sammenblandingen af folkelige tankegange og teologiske forestillinger.

Et andet karakteristisk træk ved kanonisk ret ved reformationens indførelse er de mange og vidtrækkende ægteskabsforbud. Ved siden af forbudene mod præsters, munkes og nonners ægteskab og forbudet mod ægteskab med en person, der ikke er blevet døbt, er det navnlig forbudene vedrørende blodsslægtskab, adoption, åndeligt slægtskab, lovligt og ulovligt svogerskab og ophørt forlovelse, der er blevet kritiseret fra protestantisk side. Når kataloget over ægteskabsforbud efter kanonisk ret er så omfattende, skyldes det dog tillige en terminologisk forskel. Kanonisterne arbejdede med det systematiske begreb *impedimentum matrimonii*, ægteskabshindring, der er videre end nugældende rets begreb ægteskabsforbud og omfatter flere omstændigheder, som nu henføres under opløsningsgrunde.³⁾ Måden, hvorpå kanonisterne byggede dette omfattende system op, er karakteristisk for kanonisk rets tilblivelse.

Efter deres religiøse og retsfilosofiske indstilling var det selvfølgelig udgangspunkt Biblens bestemmelser om ægteskab. Forbudene mod ægteskab mellem beslægtede og besvogrede måtte være i overensstemmelse med, hvad der stod i Biblen, og da der i den nytestamentlige kanon kun findes en enkelt, usikker forudsætning om ordningen i et brev af Paulus, måtte det blive normerne i Pentateuchen, der blev afgørende for det mindstekrav, som måtte stilles ved formuleringen af kanonisk rets regler. Forbudene findes i Leviticus.⁴⁾ De er i og for sig ikke særlig vidtrækkende, men de har en tilfældig karakter, og det er ikke let at få øje på rationelle overvejelser bag reglerne. I tidens løb er der gjort utallige forsøg på at tilvejebringe harmoni mellem forbudene i Leviticus, og disse rationaliseringsforsøg har oftest resulteret i, at man har suppleret dem med nye forbud, som er logiske modstykker til de eksisterende.

³⁾ I *Libellus de conjugio, repudio et divortio* har Niels Hemmingsen et huskevers over de dirimerende ægteskabshindringer, der vel stammer fra juristskoler.

⁴⁾ I kapitlerne 18, 6–18 og 20, 11–21. Brevet af Paulus er 1 Kor, 5, 1–6.

Men kanonisterne og deres forgængere måtte også tage hensyn til romerrettens regler. De levede i et juridisk milieu, hvor dette var en selvfølge, og de må tidligt være kommet ind på at arbejde mosaisk rets irrationelle regler sammen med romerrettens bedre gennemarbejdede. Under anvendelsen af de veldefinerede romerretlige begreber slægtskab og svogerskab – *consanguinitas* og *affinitas* – blev de to retssystemers forbud mod ægteskab mellem visse slægtninge og besvogrede smeltet sammen til en helhed, begyndelsen til kanonisk rets regler, og det karakteristiske for disse blev, at de kom til at omfatte samtlige forbud fra to retssystemer.

Hvad der førte til den største udvidelse, var dog ikke denne sammenlægningsteknik, men en omkalfatring af det til grund liggende romerretlige gradbegreb, som blev foretaget under påvirkning af germanske retsforestillinger. Man ved ikke så meget om, hvornår, hvorfor og hvorledes denne omdannelse fandt sted. Den almindelige forklaring går ud på, at man, da germanerne ikke kendte den romerske måde at beregne slægtskabs nærhed på med grad = antallet af fødsler, simpelthen erstattede ordet grad i reglerne med ordet *generation*.⁵⁾ Herved skabtes den såkaldte kanoniske måde at beregne slægtskabs nærhed på. I den rette linje bliver resultatet det samme, men i sidelinjen fører omtydningen til, at forbudene kommer til at omfatte dobbelt så mange tilfælde som før.

Fra protestantisk side har man været inde på, at det bl a har været hensynet til den katolske kirkes fiskale interesser, der har ført kanonisterne ind på denne voldsomme udvidelse af forbudene mod ægteskab mellem beslægtede og besvogrede og opstillingen af de nye forbud mod ægteskab ved ulovligt svogerskab, *cognatio spiritualis* og ophørt forlovelse. Påstanden synes ubevislig. Man må vist snarere sætte et spørgsmålstejn ved, om der overhovedet har ligget en ledende tanke bag systemets udarbejdelse. Modstanden mod de nye regler blev til sidst så stor, at der på det 4 Laterankoncilium 1215 gennemførtes visse begrænsede reformer. Forbudet mod ægteskab mellem beslægtede og besvogrede gjaldt herefter »kun« til og med fjerde grad, og et forbud, der vedrørte det såkaldte svogerskab af anden og tredje slags, blev ophævet.⁶⁾

Det er endelig karakteristisk for den ældre kanoniske ret, at der fra myndighedernes side ikke førtes en effektiv kontrol med, om et af de mange forbud hindrede ægteskab. Forklaringen er

⁵⁾ Esmein I s 379–93. Stig Iuul: Die Inzestregeln in der indoeuropäischen Rechten, s 36–39, i *Classica et mediævalia*, bd II (1939) s 27f.

⁶⁾ Esmein I s 392 og 421–26. Forestillingerne om ulovligt svogerskab (*affinitas ex copula illicita*) stammer fra kanonisk og ikke fra romersk ret, Esmein I s 418–20. Kanonisk rets lære om ægteskabshindringer før Tridentinerkonciliet se Esmein I s 80–83 og 227–448.

bl a reglerne om ægteskabets formløse stiftelse. Så længe der ikke gennemførtes en regel om, at ægteskab kun kan stiftes under en myndigheds medvirkning, synes det at være en uløselig opgave at føre virkelig kontrol. I Frankrig var man inde på at forsøge at klare problemet gennem påbud om, at de, der ville giftes, skulle give offentlig meddelelse om deres hensigt gennem præsten, inden vielsen kunne finde sted, og på det 4 Laterankoncilium blev det i overensstemmelse hermed vedtaget, at der, før ægteskab kunne finde sted, skulle foretages lysning (banna) i kirken. Påbudets tilsidesættelse havde imidlertid ikke ægteskabets ugyldighed til følge, og der er grund til at tro, at det i begyndelsen blev mangelfuldt overholdt.⁷⁾ Under disse omstændigheder måtte kontrollen med forbudenes efterlevelse i betydeligt omfang blive efterfølgende og komme til at bero dels på regler om straf, dels på regler om ugyldighedsvirkning. Et vidnesbyrd om, hvor lidt lysning har betydet som forudgående kontrolforanstaltning, er det, at overtrædelse af de fleste ægteskabsforbud efter ældre kanonisk ret havde dirimerende og ikke prohiberende virkning ∴ tilsidesættelse kunne medføre ægteskabets ugyldighed.⁸⁾

Med reformationen begynder i de protestantiske lande bevægelsen bort fra kanonisk rets ægteskabsforbud, indledet af Luther i hans prædiken *Vom ehelichen Leben* fra 1522⁹⁾ og fortsat og forstærket under indflydelse af den franske oplysningstids filosofi og lovgivningen efter den franske revolution. Hvad der først stod for fald, var forbudene mod præsters, munkes og nonners ægteskab, men Luther sigtede også mod mange af de andre forbud. Det ledende synspunkt bag hans kritik er, at man må bort fra alle de forbud, som kanonisk ret har opstillet uden nogen støtte i Biblen. Luther vil ikke anerkende forbud mod ægteskab mellem

⁷⁾ Esmein I s 202–04.

⁸⁾ Dirimerende virkning var knyttet til forbudene vedrørende ung alder, slægtskab, svogerskab, adoption og åndeligt slægtskab, hævet forlovelse (*publica honestas*), egenskaben af præst, munk eller nonne, bestående ægteskab, manglende dåb, og ægteskabsbrud i forbindelse med en inden ægtefællens død truffen aftale om nyt ægteskab (*criminis enormitas*). Til gruppen prohiberende eller impederende forbud hørte bl a *interdictum Ecclesiae* ∴ et specielt biskoppeligt forbud mod ægteskabsindgåelse, *crimina* ∴ visse tilfælde, hvor *coelibat* anvendtes pønalt (drab af præst, mands drab af hustru, røveri af andens ægtefælle eller kæreste), og *tempus feriarum* ∴ forbud mod ægteskabs indgåelse i visse højtider.

⁹⁾ Dr Martin Luthers *sämmtliche Wercke*, Erlangen 1829, bd 20, s 57f. Det, Luther ville have ophævet straks som stridende mod eller uhjemlet i Biblen, var udover forbudene mod præsters, munkes og nonners ægteskab og en væsentlig del af forbudene vedrørende slægtskab og lovligt svogerskab forbudene vedr adoption og åndeligt slægtskab, ulovligt svogerskab og op-hørt forlovelse. Luther havde sat sig grundigt ind i kanonisk rets regler, men hans kritik vedr forbudet mod indgåelse af ægteskab mellem dem, som havde begået ægteskabsbrud sammen, beror tildels på en misforståelse.

beslægtede og besvoglede i videre omfang end foreskrevet i Leviticus, og ved fortolkningen holder Luther sig til deres ordlyd og undgår udvidelser. Tanken om, at man kan gå videre og give tilladelse til ægteskab, selvom der foreligger et af de i Leviticus forbudte slægtskabs- eller svogerskabstilfælde, var Luther fremmed. Hans retsfilosofiske indstilling var lovreligionsfilosofien. Enkelte udtalelser viser, at Luther har anet, at der kunne være tale om at opgive dette skolastiske grundsyn, men hovedsynspunktet bag Vom ehelichen Leben er både med hensyn til ægteskabsforbudene og med hensyn til skilsmissereglerne lovreligionsfilosofien. Det er først naturretsfilosofien og den franske oplysningstids filosofi,¹⁰⁾ der kommer ind på, at staternes lovgivning ikke kan være bundet til forbudene i Leviticus.

Frederik 2s ægteskabsordinans af 1582 hviler også på lovreligionsfilosofien, og endnu i 1770'erne fastholder man i lovgivningen tanken om, at statens myndigheder ikke gyldigt kan give tilladelse til ægteskab mellem beslægtede eller besvoglede i de tilfælde, hvor det efter »Guds lov« 3: Leviticus er forbudt at gifte sig. Det er først i århundredets sidste år, at man for alvor opgiver den skolastiske naturretsfilosofi. Ved en forordning af 1800 indføres der adgang til ægteskab i tilfælde, hvor der findes uomtvistelige forbud i Leviticus, og siden er bevægelsen stadig gået i retning af begrænsning af disse og en række andre klassiske ægteskabsforbud. Ægteskabsloven af 1922 er fuldendelsen af denne udvikling, men indeholder samtidig et par nye ægteskabsforbud i § 11 og i en vis forstand også i § 10. Da det fra et retsdogmatisk synspunkt kun er tendenserne i udviklingen og dennes resultater, som er af interesse, kan enkeltheder i dansk rets gradvise afvikling af kanonisk rets ægteskabsforbud forbigås.

Med hensyn til afskaffelsen af formløsheden ved ægteskabs indgåelse blev det ikke de protestantiske stater, der kom til at gå i spidsen, men de katolske med beslutningen på Tridentinerkonciliet og dekretet De clandestinis 1563, som har haft afgørende indflydelse på ægteskabsrettens udformning både i katolske og protestantiske stater.

For Danmarks vedkommende er den formløse stiftelse afskaffet allerede ved ægteskabsordinansen som en følge af ordinansens system med, 1) at alle, der vil giftes, først skal troloves, 2) at trolovelsen er formbunden, idet den skal ske for præsten og et vist

¹⁰⁾ Ross s 325–31.

antal vidner. I princippet svarer dette til Tridentinerkonciliets vedtagelse om præstens passive medvirkning ved en ægteskabsindgåelse. Desuden indeholder ordinansen en regel om, at de trolovede ikke må søge seng sammen »förend de ere viede eller giffne sammen udi kircken«. Meningen hermed var at afskaffe den nedarvede regel om ægteskabs stiftelse ved trolovelse efterfulgt af ægteskabeligt samliv, men reglen og en anden bestemmelse i ordinansen tyder også på, at man er gået ud fra, at der skal en offentlig akt i kirken eller for kirkedøren til at stifte et ægteskab, og at kirkens velsignelse af et ægteskabs indgåelse er en akt, der ikke kan undværes. DL går ud fra lignende forudsætninger,¹¹⁾ og man kan af bestemmelser i kirkeritualet af 1685 se, at det ved lovbogens gennemførelse har været en af sædvanen fæstnet ordning, at ikke blot trolovelse, men også vielse krævede præstens *aktive* medvirkning.

Denne formalisering af ægteskabsindgåelsen på et meget tidligt tidspunkt er et karakteristisk træk i dansk rets udvikling, og den har været af stor betydning for retsreglernes opbygning. I USA er der stadig en del enkeltstater, der i princippet anerkender solo consensu stiftelse, men den betyder i praksis ikke så meget. Bevishensyn og hensyn til skik og brug har altid motiveret brude til at søge ægteskabs indgåelse konstateret ved en offentlig akt. Bevægelsen har længe gået i retning af fuldstændig afskaffelse af den også her fra kanonisk ret overtagne regel.¹²⁾

Med hensyn til den nærmere ordning af myndighedskompetencen har det haft betydning for retsudviklingen, at man i Frankrig kort efter revolutionen gennemførte det tvungne borgerlige ægteskab, og at man i England kort før midten af det 19 årh indførte en ordning med valgfrit borgerligt ægteskab. Siden er bestræbelserne overalt gået ud på at få afskaffet de kirkelige myndigheders eneret på ægteskabsstiftelseskompetencen, der ikke lader sig forene med

¹¹⁾ DL 2-8-1 til 7. Se også frd 13 marts 1683 om klædedragt, bryllupper, barseler og gæstebudde II § 1.

¹²⁾ Efter Keezer s 34 var der endnu i 1946 18 enkeltstater med solo consensu stiftelse. Om de kvaler disse såkaldte common law ægteskaber, der nu anses for en anomali, foranlediger se Keezer s 34-59 med diskussion s 37-38 om stiftelse copula sponsalibus superveniens stadig kan anerkendes. I England afskaffedes solo consensu stiftelsen først ved en lov af 1753 og i Skotland først ved en lov af 1939. Gennemførelsen af visse bopælskrav havde allerede ved midten af det 19 årh gjort Gretna Green ægteskaberne betydningsløse. Eversley s 14-15.

grundsætningen om religionsfrihed.¹³⁾ I Danmark indførte man i 1851 den såkaldte nødcivilægteskabsordning med adgang til borgerligt ægteskab i tilfælde, hvor parterne ikke har krav på kirkelig vielse. Den afløstes i 1922 af ordningen med valgfrit borgerligt ægteskab. Medens det i det 19 årh gennemgående var den franske ordning, der efterlignedes i andre stater, har der i det 20 årh været større interesse for den engelske valgfrihedsordning. Den har i Italien afløst tvungent borgerligt ægteskab.

Påbudet om, at en præst skal medvirke til stiftelse af et ægteskab, gør det muligt at føre kontrol med, om parterne overholder lysningspåbudet, og om ægteskabsforbud hindrer ægteskabs indgåelse, og for dansk rets vedkommende har der vistnok allerede fra slutningen af det 17 årh været en ret effektiv kontrol med overholdelsen af visse af ægteskabsforbudene. Det tyder DL og kirkeritualet af 1685 på.¹⁴⁾ DL har i princippet den samme opbygning som ægteskabsloven, der i kapitel 2 samler en række »må-ikke«-bestemmelser og i nøje tilslutning dertil i § 21 opregner de bevisligheder, som efter § 22 skal forelægges de borgerlige myndigheder til prøvelse. I kapitel 2 har man, hvad man kan kalde bestemmelserne om borgernes pligter i form af en række forbud og i §§ 21–22 reglerne om myndighedernes pligter med hensyn til prøvelse. Men det er blot to sider af samme sag.

På lignende måde har man i DL på et sted udførlige bestemmelser efter »må-ikke«-skemaet om, at det på grund af slægtskab eller svogerskab er forbudt visse personer at gifte sig med hinanden, og på et andet sted, der handler om præsternes embede med hensyn til ægteskab, har man et til præsten rettet forbud mod at trolove eller vi nogen i forbudte led.¹⁵⁾ I kirkeritualets kapitel 8 er det yderligere udtrykkeligt udtalt, at de, der vil gifte

¹³⁾ Tvungent borgerligt ægteskab stammer egentlig fra Nederlandene. Det gennemførtes i 1580 i Holland og Westfriesland ud fra tolerancesynspunktet. Den franske lov er fra 1792. I Italien indførtes det 1866 og afskaffedes ved konkordatet af 1929. Schweiz indførte det 1874, Tyskland 1875. Valgfrit borgerligt ægteskab indføres i England i 1835. Nødcivilægteskabsordningen stammer fra et fransk edikt af 1787.

¹⁴⁾ Førelse af kirkebøger må også have betydet en del for orden. De blev ført allerede i den katolske tid, men påbudet om, at præsten under sit kalds fortabelse skal føre kirkebog, hvori bl.a. opnoteres stedfundne vielser, stammer fra en forordning af 1646. For den katolske kirkes vedkommende er der også her tale om en beslutning på Tridentinerkonciliet.

¹⁵⁾ DL 3-16-9 sammenholdt med 2-8-3.

sig, nogen tid forinden skal begive sig til præsten og, såfremt præsten ikke kender forholdene i forvejen, fremvise lovligt skudsmål og bevis for, at der intet er, som efter loven kan hindre deres ægteskab.

Både DL og kirkeritualet har desuden påbud til parterne om at stille med forlovere, der skulle vide besked med det, de bekræftede, medmindre de »ville anses for løgnere, om anderledes siden befindes«, og at man fra administrationens side tillagde forloverinstitutionen vægt, kan man se af, at der, da det nogle år efter viste sig, at enkelte havde været letsindige med at give forloverattest og derved muliggjort bigami, blev udstedt en forordning med straf af boslods forbrydelse og efter sagernes beskaffenhed anbringelse i jern på Bremerholm på livstid til »løse« forlovere. Indførelsen af ordningen med forlovere har vistnok haft afgørende betydning for overholdelsen af de vigtigste forbud mod ægteskab, som ikke lader sig kontrollere gennem autentiske beviser, forbudene mod mere end et ægteskab ad gangen og forbud mod ægteskab mellem nært beslægtede og besvogrede.

Fuldt effektiv er prøvelsen i hvert fald lidt ind i det 19 årh, og det skyldes Frederik 6s personlige interesse for overholdelsen af ægteskabsforbudene. Da kongen i et enkelt tilfælde havde opdaget, at en præst havde været efterladende med prøvelsen, måtte Kancelliet i 1817 indskærpe præsterne, at de ved vielse skulle fordrø af lovbefalede beviser, og få år efter tog kongen, som havde opdaget nogle andre tilfælde af forsyndelser fra præsternes side, initiativet til udarbejdelsen af forordningen af 30 april 1824 angående præsternes embede med hensyn til ægteskab. På grundlag af indstilling fra en kommission gaves der her en systematisk sammenstilling af de gældende ægteskabsforbud med visse tydeliggørelser og enkelte tilføjelser, og da anledningen til forordningens udarbejdelse havde været en vis tilbøjelighed hos enkelte præster til at gå for let hen over undersøgelsen af, om forbudene spærrede for ægteskab, har lovens direktiver overvejende fået form af en række påbud til præsterne om at gå frem på en bestemt måde og forbud mod at iværksætte lysning eller foretage vielse, før de havde forvisset sig om, at de opregnede forbud ikke hindrede ægteskab. Forordningen er så at sige præsternes huskeseddel ved ægteskabsforretningernes udførelse, og benævnelsen for forordningen svarer hertil. Det betyder kun, at man havde fundet det praktisk at formulere reglerne på denne måde, der er lidt enklere end den nuværende opdeling mellem kapitel 2 og § 21. De, der ville have oplysning om, hvorvidt de kunne indgå ægteskab sammen, og hvad de skulle møde med af dokumentation, måtte også slå efter i forordningen.

Den tilstand af relativ fasthed og orden, der må have hersket ved det 19 årh's begyndelse med hensyn til overholdelsen af de mange

påbud og forbud vedrørende ægteskabs indgåelse, forklarer, at man ved udarbejdelsen af frd 1824 ikke skænkede problemet om, hvilken retsvirkning der – ved siden af straf – skulle være knyttet til handlen i strid med forbudene, så megen opmærksomhed, at man gav udtrykkelige regler derom i forordningen. Der opregnes en lang række påbud og forbud, nogle gentager regler i DL og senere love, men er moderniseret, og nogle er helt nye. Men der står intet i paragrafferne om, hvilke retsvirkninger der skulle være knyttet til overtrædelse. Om en vielse, der var foretaget med tilsidesættelse af reglerne om formen eller tid og sted for vielsen, var ugyldig, om lysning var gyldighedsbetingelse, og om en vielse af to personer i strid med reglerne i forordningen om, at den, der er gift, ikke kan indgå endnu et ægteskab, og at nært beslægtede og besvogrede ikke kan blive gift med hinanden, var ugyldig eller gyldig, og hvad i første fald ugyldighedsvirkningen skulle gå ud på, og hvem der skulle kunne gøre den gældende, er problemer, som man ikke har søgt at løse ved frd 1824.

Under disse omstændigheder måtte problemet et ugyldigt ægteskab afgøres ved fortolkning af bestemmelser i DL, frd 1824 og visse andre lovbestemmelser, undersøgelse af domspraksis og administrative afgørelser, kanonisk rets grundsætninger og ved friere vurderinger, hvori også kunne inddrages synspunkter fra fremmed ret.

Ved udarbejdelsen af ægteskabsloven sørgede man for at få taget udtrykkelig stilling til, hvilken retsvirkning der skal knyttes til tilsidesættelse af bestemmelserne om de vielseskompetente myndigheder, vielsens form, tid og sted, lysning og prøvelse og de materielle ægteskabsforbud. Hovedreglen findes i § 38 og går ud på, at der kun foreligger et *matrimonium nullum* ved tilsidesættelse af reglerne om den vielseskompetente myndighed og af de i § 36, stk 2, særligt fremhævede regler om form.

»Derimod er det uden betydning for vielsens gyldighed, at reglerne om lysning eller ægteskabs indgåelse i øvrigt er tilsidesat, eller at vedkommende myndighed i det foreliggende tilfælde har overskredet grænserne for sin beføjelse«, § 38, 2 punktum.

Et ægteskab indgået i strid med reglerne i §§ 6–18 og 21 nr 11 er herefter ikke ugyldigt. Der kan højst blive tale om omstødelse.

Når der ses bort fra enkeltstående begivenheder som indlemelse af landsdele fra en stat med en ordning med tvungen borgerlig vielse, kan man sige, at mulighederne for ugyldige ægteskaber efter

ægteskabslovens ikrafttræden fra et praktisk synspunkt er forsvunden.¹⁶⁾ De former, der er fremhævet i § 36, stk 2, som gyldighedsbetingelse, frembyder sig af sig selv, og en vielse kan vanskeligt foretages, uden at de er overholdt. Snarere kunne man tænke sig, at den udvidelse af antallet af »anerkendte« trossamfund, jfr § 30, stk 3, som er sket lidt efter lidt, og som senest har omfattet en præst fra det baptistiske trossamfund, kan føre til en vis usikkerhed med hensyn til vielseskompetencen. Garantien for, at man ikke udenfor folkekirken kommer ud for vielser foretaget af præster uden overholdelse af kompetencereglen, kan ikke søges i et almindeligt kendskab til, hvem der er vielseskompetent, hos den almindelige befolkning. Den må søges i, at man kun giver anerkendelse til få, der selv overholder reglerne. I denne henseende har der været visse vanskeligheder. Hensynet til fasthed og orden gør det ønskeligt, at der ikke er andre præster end folkekirken, der kan foretage vielse. En ordning med anerkendelse af præster fra de mange sekter, ofte med et forsvindende antal medlemmer, kan kun fremme bestræbelser for indførelse af en ordning med tvungen borgerlig vielse. Den er retsteknisk at foretrække.

Da kompetencemangler og formmangler nu er de eneste mangler ved et ægteskabs indgåelse, som kan have ugyldighedsvirkning, kan man sige, at man fra et praktisk synspunkt kan regne med, at en vielse har »gyldighedsvirkning«. Når en mand og en kvinde kan forevise vielsesattest udstedt af dansk borgerlig myndighed eller af en præst indenfor folkekirken, kan man stole på, at der også har foreligget et gyldigt ægteskab. Vielsesattesten garanterer ikke, at ægteskabet stadig består, men den sikrer, at der ved indgåelsen har foreligget et gyldigt ægteskab. Selv de groveste overtrædelser af de materielle ægteskabsforbud som bigami, ægteskab mellem en mand og hans datter og ægteskab mellem en mand og hans steddatter eller svigermøder medfører ikke ægteskabets ugyldighed, men kun, at det skal omstødes. Indtil omstødelse har fundet sted, kan omverdenen indrette sig efter, at ægteskabet lovligt består. Det er kun mellem parterne og deres eventuelle arvinger, at der kan være tale om at give omstødelsen en vis tilbagevirkning.

Også i fremstillingsteknisk henseende har afskaffelsen af begrebet et ugyldigt ægteskab været en simplifikation.

¹⁶⁾ Udlændinge, der indleverer papirer til prøvelse, kan misforstå situationen og tro, at de er blevet viet, se UfR 1934 s 1138 (USA).

§ 3. ÆGTESKABSFORBUD

I. Under overskrifterne »Om betingelserne for ægteskab«, »Om lysning« og »Om vielse« gives der i ægteskabslovens §§ 6–41 en række regler om ægteskabs indgåelse, hvoraf nogle er formuleret som påbud til myndighederne, nogle som forbud med adresse til alle og enhver og nogle som påbud til dem, der vil indgå ægteskab. I vielseskapitlet anvendes af og til indikativisk form. Uanset de varierende sproglige udtryk har det været den logiske mening at give en række direktiver om ægteskabsindgåelsen. Bestemmelserne kan systematiseres på forskellig måde fx:

- 1) Kompetence : regler om, for hvilke myndigheder ægteskab kan indgås, §§ 28–32, 38.
- 2) Form : regler om ægteskabsaktens ydre fremtræden, § 36, kirkeritualet og en anordning.
- 3) Tid og sted : § 35.
- 4) Forberedelse : regler om den fremgangsmåde, der skal iagttages, før ægteskab kan indgås. Prøvelse, §§ 21–22, 24, lysning, §§ 20, 23, 25, 33, lysningsfritagelse, §§ 26 og 34.
- 5) Andre forbud : §§ 6–18, 21 nr 11 og en bestemmelse i forsorsloven.

Den sidste gruppe kaldes ofte ægteskabshindringer, materielle ægteskabsbetingelser eller materielle ægteskabsforbud. Bestemmelserne lader sig næppe sammenfatte under andet hovedsynspunkt end dette, at der beskrives et faktum, som hindrer indgåelse af ægteskab, og som ikke kan henføres under de andre grupper. I princippet kan hvadsomhelst gøres til ægteskabshindring, fx at parterne har betalt forfalden skat. Efter frd 1824 måtte der ikke foretages vielse, før parterne havde godtgjort, at de havde haft børnekopper eller var vaccineret. Denne tendens til at sætte uvedkommende forhold i forbindelse med ægteskabsindgåelsen, som svarer til, hvad man kender indenfor tinglysningsvæsenet, gør sig dog ikke gældende under nutidens forhold, når bortses fra en enkelt bestemmelse i forsorslovgivningen.

Håndhævelsen af forbudene og påbudene under 4 og 5 sker på den måde, at der ikke kan foretages vielse uden lysningsattest (eller dispensation) og ikke kan foretages lysning uden prøvelse. Fra påbudet om prøvelse kan der ikke dispenseres. Reglerne under 5 kan

alle opfattes som forbud, og de fremtræder også næsten alle som forbud (»må ikke«). Sprogligt er § 18 et påbud, men bestemmelsen kan efter den logiske mening tydes som et forbud mod ægteskab, medmindre der er udstedt en angiven erklæring. § 11 er et forbud konstrueret på samme måde.

Også den i § 21 under nr 11 forputtede bestemmelse om børn udenfor ægteskab må opfattes som et ægteskabsforbud på linje med de i lovens kapitel 2 anførte. Det er forbudt at indgå ægteskab, medmindre der er afgivet erklæring på tro og love af parterne om, hvorvidt de har børn udenfor ægteskab, overfor hvem de har forsørgelses- eller bidragspligt. Det særlige for dette forbud er kun, at man har nøjedes med at formulere en bestemmelse i den primært på de prøvende myndigheder beregnede § 21 og enten glemt at formulere en ændring til kapitel 2 eller bevidst undladt dette af diskretions- eller andre hensyn. Herved brydes lovens systematik, men ikke bestemmelsens karakter af ægteskabsforbud.

Når de under nr 5 omhandlede forbud ikke hindrer et ægteskabs indgåelse, er efter lovens sprogbrug i §§ 24 og 33 og overskriften til kapitel 2 ægteskabsbetingelserne »til stede« 3: opfyldt. Spærrer de for ægteskab, foreligger der en ægteskabshindring, §§ 24-25.

Fra et kulturhistorisk synspunkt frembyder de ægteskabsforbud, der har været opstillet gennem tiderne, betydelig interesse. Når bortses fra § 10, kan retsdogmatikeren ikke afvinde forbudene megen interesse. Reglerne ligger fast, og formuleringen giver sjældent anledning til tvivl ved anvendelsen.

II. *Ægteskabsalderen.*

Da kanonisk ret gjaldt i Danmark, var ægteskabsalderen meget lav, idet kanonisterne havde accepteret romerrettens påbud om seksuel modenhed, fikseret til 14 og 12 år, som betingelse for ægteskabs indgåelse. Denne aldersgrænse var gældende i England indtil 1929, hvor man forhøjede den til den stadig gældende grænse 16 år.

Da man i 1922 forhøjede ægteskabsalderen til 21 og 18 år, havde den gennem århundreder været 20 og 16. Grænsen er nu kommet til at ligge ret højt, men der kan dispenseres, og da dispensation i praksis uden vanskeligheder kan opnås ned til grænserne 19 og 16 år, når kvinden er besvangret af den, med hvem hun vil indgå ægteskab, er virkningerne af forhøjelsen vist kun blevet ekstra administration og besvær.

Dispensation sker ved en kongelig bevilling »i overensstem-

melse med de hidtil gældende regler«. Afgørelsen kan herefter altid træffes af justitsministeren ad mandatum regis. Ministeriet har bemyndiget overøvrighederne til at give bevillingerne ned til aldersgrænsen 19 og 16 år, og det sker i praksis på den måde, at overøvrigheden udfylder og underskriver en bevillingsblanket, der på forhånd er forsynet med et fint segl og lyder på, at bevilling meddeles af kongen.¹⁾ Den samme modsætning mellem form og reel kompetence kender man ved lysnings-, hjemmevielses- og skilsmissebevillingerne. Ordningen har sine rødder i det 18 årh's midte og det 19 årh's begyndelse og er indført for at aflaste først kongen og derefter Justitsministeriet. Gebyrhensyn har gjort den unødigt indviklet, og den burde ikke have overlevet reformen af 1922. Nogen monarkisk interesse i denne kun indenfor det tidligere Kancelli kendte institution er det ikke muligt at få øje på.

III. *Samtykke.*

Når den, der ikke tidligere har været gift, på det tidspunkt, da vielsen tidligst kan finde sted, vil være under 21 år, kræves der samtykke fra forældrene, i visse tilfælde kun den ene af forældrene, jfr herom nærmere § 7, der i stk 2 henviser til ret komplerede regler.²⁾

Medens denne regel for mandens vedkommende kun går tilbage til frd 1824, er der for kvindens vedkommende tale om en gammel regel, der i landskabslovene gik ud på, at slægten skulle samtykke i kvinders indgåelse af ægteskab. Det er muligt, at reglen herom skal søge sin oprindelse i en ordning, hvor manden måtte købe sin hustru, og det er også muligt, at sondringen mellem forlovelse og ægteskabs indgåelse er en videreførelse af en sondring mellem en købsaftale og dennes opfyldelse ved levering. Noget sikkert herom ved man ikke.

Når man i 1824 udvidede samtykkebestemmelsen, så den også kom til at omfatte mænd under en vis alder, var begrundelsen den, at man anså reglen for tjenlig til at hindre uoverlagte ægteskaber. Forbudet forfølger både personlige og økonomiske interesser, og i overensstemmelse hermed er det i den normale situation ikke faderen som værge, men faderen + moderen, der skal samtykke.

Den, der er umyndiggjort, skal have værgens samtykke til indgåelse af ægteskab.

Reglen i § 9 om adgang til klage til overøvrigheden over nægtet samtykke gengiver som samtykkereglen for kvinders vedkommende en grundsætning, der er meget gammel i dansk ret.

¹⁾ Kgl res 11 aug 1824, Justitsmin cirk nr 255 af 1 dec 1922 og 201 af 10 dec 1928. Grænsen nedad beror på ministerens skøn. Bevillingen lyder ikke på ægteskab med bestemt person.

²⁾ Fortolkningen heraf og af § 8 se Borum II s 21-25 og nedenf s 157f.

IV. *Sindslidelser.*

Det væsentlige nye i § 10 er, at det i 1922 blev udtrykkeligt udtalt, at ikke blot sindssyge, men også de i højere grad åndssvage ikke må indgå ægteskab, at dette forbud i 1938 blev udvidet til alle åndssvage, at det samtidig blev bestemt, at der også kan gives dispensation til åndssvage, og at en dispensation for alle gruppers vedkommende kan betinges af sterilisation. I sammenligning hermed er den i 1938 foretagne udvidelse til psykopater i højere grad, kroniske alkoholister og visse epileptikere af forholdsvis underordnet betydning.

Når der er tale om åndssvage og sindssyge, er reglen i § 10 ingenlunde ny. Efter frd 1824 § 3, nr 9, måtte de, der mangler fornuftens brug, ikke indgå ægteskab. Via kirkeritualet af 1685, DL og ægteskabsordinansen kan man følge dette forbud tilbage til den katolske tid. Kanonisk ret havde reciperet den klassiske romerrets bestemmelse om, at furiosus ikke gyldigt kan indgå ægteskabsaftale, samt undtagelsen om, at det i et dilucidum intervallum indgåede ægteskab er gyldigt og uomstødeligt. Da der yderligere efter frd 1824 § 4 er tale om et forbud, med hvis overholdelse der kunne føres kontrol i det samme mangelfulde omfang som nu i kraft af reglen om, at præsten »om alle de foranførte punkter, forsåvidt disses natur tilsteder det« bør forsyne sig med autentiske beviser, er det vanskeligt at få øje på nogen forskel på tilstanden før og lige efter 1922.

Trangen til at få frisket bestemmelsen op beroede vistnok i virkeligheden på, at man både i administrativ praksis og i teorien var utilbøjelig til at henføre de åndssvage under kategorien »nogen, som mangler fornuftens brug« eller dog stod meget usikker overfor problemet de åndssvages ægteskabsindgåelse. Denne praksis er påfaldende, for frd 1824 bruger jo slet ikke det i DL's indespærringsbestemmelse anvendte udtryk »rasende og galind«, men det i DL's trolovelsesbestemmelse anvendte udtryk fornuftmangel, der er videre. Hvad de romerske jurister forstod ved furiosus, ved man ikke bestemt, men det sproglige udtryk tyder på, at man herved har forstået paranoikerne eller, som det hedder i DL, de rasende og gale. Dette er kun en lille gruppe af, hvad psykiaterne siden det 19 årh's slutning har henført under begrebet sindssyge. Om man også har anset den i højere grad åndssvage for furiosus, ved man ikke. Sindrigen mellem sindssygdom og åndssvaghed er først opfundet i begyndelsen af det 19 årh af psykiateren Esquirol, og for en histo-

risk betragtning kan det nok være tvivlsomt, om man ved redaktionen af frd 1824 havde de åndssvage for øje. Fra et systematisk synspunkt skulle det imidlertid ikke være vanskeligt at få de åndssvage ind under forbudet, for både psykologernes og psykiaternes definition af begrebet åndssvaghed eller oligofreni går ud på, at åndssvaghed er mangelfuld udvikling af fornuften.

Når det drejer sig om åndssvaghed i højere grad, kan man sige, at ingen med større sikkerhed kan siges at mangle fornuftens brug. Problemet var derfor før 1922 kun, om man turde og ville bruge den hjemmel, som man allerede havde, altså som nu forbudets overholdelse. Fra et arvebiologisk synspunkt måtte administrationens lemfældige praksis forekomme irrationel. Gennem slægts- og tvillingeundersøgelser havde man fået klarhed over, at der er en betydelig risiko for, at visse former for åndssvaghed overføres ved arv, og arvebiologerne gik derfor i stigende antal ind for bestemmelser om sterilisation af åndssvage og forbud mod, at de indgår ægteskab, medmindre de er steriliseret. Arvehygiejnen var kommet på dagsordenen, og man havde i visse amerikanske enkeltstater (Indiana 1907) opnået lovgivningsresultater, der animerede til fortsættelse.

Dette er baggrunden for det røre, der har været om spørgsmålet sindslidelser som ægteskabshindring. Indtil 1937-38 var der på en måde slet ikke tale om at indføre nye synspunkter, men kun om at overholde regler, som man længe havde haft, og som var lige så brugelige, efter at arvebiologerne havde givet dem en sikrere begrundelse, end de før havde haft.

Det naturlige udgangspunkt ved fortolkningen af den af psykiatere redigerede § 10 er den mening, som psykiaterne efter deres fagsprog tillægger de til lovens udtryk åndssvaghed, sindssygdom og psykopati svarende tekniske udtryk oligofreni, psykose og psykopati.

Åndssvaghed eller oligofreni kan foreløbig defineres som mangelfuld udvikling af intelligensen. Ved denne ombytning af begrebet åndssvag med begrebet »den, hvis intelligens er mangelfuldt udviklet«, er der imidlertid fra et retssikkerhedssynspunkt ikke opnået ret meget, for man har kun erstattet eet uskarpt begreb med to 1) intelligens og 2) mangelfuld udvikling. Og hvad intelligens egentlig vil sige, er meget omstridt indenfor psykologien.

Når der knyttes vidtrækkende virkninger til begrebet åndssvag, er spørgsmålet, om et menneske er åndssvag eller kun sinke, ikke akademisk. Den åndssvage kan ikke indgå ægteskab uden en dispen-

sation, der praktisk taget altid vil blive betinget af sterilisation (ikke kastration). Han kan mod sin vilje blive inddraget under forsorg på Ebberødgård eller i familiepleje, og endelig kan han tvangssteriliseres. At åndssvagevæsenet i Danmark har en høj standard, er en ringe trøst for den, der inddrages derunder uden at være åndssvag. Det er en menneskelig og social deklassering at blive erklæret for åndssvag.

Visse undergrupper fx den mongoloide idioti og den microcephale og hydrocephale oligofreni er veldefinerede typer, som i praksis ikke volder vanskeligheder ved afgrænsningen. Men det er små grupper. Størstedelen falder udenfor, og der er tvivl både om afgrænsning, årsager og arvelighed. Efter arvebiologernes nuværende anskuelser er det fortrinsvis de lettere former for åndssvaghed, debilitet og imbecilitet, og ikke de som idioti betegnede sværere former, der nedarves.

Medens der tidligere har været enkelte, der har ment, at man ved intelligensmålinger kan foretage en skarp afgrænsning, er det nu den almindelige opfattelse blandt psykiatere og psykologer, at der ikke kan drages en skarp grænse mellem åndssvaghed og normaltilstand. Sinken, den debile, imbecile og idioten er typer. Den lægelige afgørelse kan kun falde efter en klinisk undersøgelse, hvor intelligensmålinger er et vigtigt, men ikke noget afgørende moment.

Man kan følgelig komme ud for, at psykiatere klassificerer en person, der ved en Binet-Simon prøve har fået en intelligenskvotient på fx 80-85, som oligofren *i psykiatrisk betydning*. Fra et retssikkerhedssynspunkt går det ikke an at overlade afgørelsen til et fra læge til læge varierende klinisk skøn. Der må ikke være tvivl om, at foranstaltningerne kun bringes i anvendelse overfor dem, der efter en sikker social vurdering er meget mangelfuldt udviklet i intellektuel henseende. Hvad der mest taler for tilvejebringelse af visse garantier imod, at afgørelsen overlades til lægers kliniske bedømmelse, er måske, at man af forarbejderne til ægteskabsloven kan se, at psykiaterne i løbet af 25 år har vendt op og ned på begrebet åndssvag og inddraget langt flere personer under denne kategori. Fra juridisk side kan man ikke uden videre affinde sig med denne laven om på begreber, såfremt den skulle have til følge, at kredsen af åndssvage blev mangedoblet.

Spørgsmålet om rækkevidden af begrebet åndssvag var upåagtet, da rigsdagen drøftede forslaget om loven om foranstaltninger ved-

rørende åndssvage, men under forhandlingerne om ændringen i ægteskabslovens § 10 kom man ind derpå, og i landstingsudvalgets betænkning om 1938-ændringen findes der følgende udtalelse om, hvad det vil sige at være *åndssvag i juridisk betydning*:

»Efter forhandlingen med lægeautoriteterne er der i udvalget enighed om, at ordet »åndssvag« ikke omfatter de såkaldte »sinker«, men som hovedregel kun de personer, hvis intelligenskvotient efter lægelig undersøgelse, foretaget i overensstemmelse med de nu anvendte intelligensmålinger, ikke overstiger 75, en opfattelse, der deles af justitsministeren.«

I overensstemmelse med de synspunkter, som følges i Danmark ved lovfortolkning i modsætning fx til dem, der råder i England, må denne udtalelse lægges til grund ikke blot i sager om tvangsinddragelse, sterilisation og ægteskabs indgåelse, men også i erstatningssager mod åndssvageforsorgen og læger for uberettiget frihedsberøvelse og uberettiget sterilisation. Psykiatere og psykologer kan naturligvis stadig *til eget brug* omforme disse begreber efter forgodtbefindende, og hvis en kompetent psykiater udsteder en erklæring om, at en person ikke er oligofren i psykiatrisk betydning, vil han ikke kunne inddrages under foranstaltninger vedrørende åndssvage. Herudover har den småt begavede den ekstra chance for at slippe, der består i, at hvis han klarer en Binet-Simon prøve eller prøve, der kan sidestilles hermed, til intelligenskvotient 75 $\pm$ svarende til et 11 $\frac{1}{4}$ års barns udviklingstrin, kan han slippe for indespærring, sterilisation og coelibat.

Rigsdagens bidrag til forståelsen af, hvilken betydning man skal tillægge udtrykket åndssvag i lovgivningen, vedrører i og for sig kun ægteskabslovens § 10, men der ses ikke at være grund til at gøre nogen forskel på begrebets rækkevidde i § 10 og i loven af 1934 om foranstaltninger vedrørende åndssvage.

Højesteret har tangeret problemet om åndssvagegrænsen i en sag, hvor der var tale om erstatning for sterilisation foretaget på grundlag af en urigtig henførelse af en kvinde under retsreglerne om åndssvage. Retslægerådets erklæringer i denne sag harmonerer ikke særlig godt med de udtalelser, som i 1938 blev fremsat af medlemmer af rådet overfor landstingsudvalget, da det gjaldt om at få landstinget til at vedtage bestemmelsen, og administrationens optræden i denne sag synes at have været så hårdhændet, at den bedre end noget andet understreger nødvendigheden af domstolskontrol med

administrationens afgørelser på dette område. Dommen har vistnok haft til følge, at administrationen går noget forsigtigere frem.³⁾

Subsumtionen under *sindssygebegrebet* i § 10 frembyder ikke de samme vanskeligheder som subsumtionen under *åndssvagebegrebet*. Personer, der har en af de kortvarige psykoser, der opstår ved forgiftning med alkohol, morfin, kokain og lign, ydre beskadigelse af hjernen (traumatisk psykose), hjernesvulster mv, nærer sjældent et alvorligt ønske om at blive gift. Der skal jo også to til et ægteskab. Forbudet går videre, end formålet tilsiger, når det hindrer den, der lider af alderdomspsykose, arteriosclerotisk psykose og psykose, der skyldes barbitursyre- eller allopropynalforgiftning, i at gifte sig. Det samme gælder de psykogene psykoser $\therefore$ psykoser fremkaldt af sjælelige årsager (chok), en gruppe, der kan være vanskelig at afgrænse overfor neuroserne.

Om alle de nævnte psykoseformer gælder det, at det i visse tilfælde er givet, at der ikke kan være tale om nedarvning, og i andre tilfælde er det i hvert fald ikke dokumenteret på en sådan måde, som man må kræve for at forbyde folk at gifte sig. Forbudet hviler i sådanne tilfælde udelukkende på overvejelser over, hvad man mener tjener de pågældende bedst, jfr opregningen i § 10 af de hensyn, der skal tages ved dispensation. Det ses ikke, hvilke interesser der tilgodeses ved at kræve justitsministerens tilladelse til ægteskab mellem to på et alderdomshjem indlagte, fordi lægerne erklærer, at en af parterne lider af senil demens. Forbudet burde begrænses, så det kun angår skizofrene og manio-depressive.

I praksis ordner subsumtionsvanskelighederne sig for tiden ret let. Bortset fra gruppen *åndssvage* bliver bestemmelsen ikke håndhævet. Det gennemsnitlige antal dispensationsandragender har for gruppen *sindssyge* i de senere år andraget 4, for gruppen *psykopater* 10 og

³⁾ UfR 1945 s 245. RT 1937-38 till B sp 739. LT 1937-38 sp 787.

At man i sterilisationsnævnet nu er meget forsigtig, fremgår af den i RÅ 1951 s 116 refererede sag. Rådet forudsætter, at nævnet ikke vil gå med til at tvangssterilisere en kvinde, der var inddraget under *åndssvage*forsorg på grundlag af kvotienter 68 og 70. Senere undersøgelser havde vist 79 og 77. Justitsministeriet tillod frivillig sterilisation efter sterilisationsloven.

Hvis samtykke til frivillig sterilisation opnås ved, at man kæder udskrivning sammen med samtykke, synes der at være grundlag for erstatningssag såvel mod vedkommende anstalt som mod de enkeltpersoner, der anvender ulovlig tvang.

Se om spørgsmålet Tyge Haarløv: Administrativ Frihedsberøvelse, 1948, s 79f, hvis stillingtagen til problemet er præget af for stor forsigtighed.

for epileptikernes vedkommende 3. For de kroniske alkoholisters vedkommende er der gennem et tiår kun søgt om dispensation i eet tilfælde. Andragendet blev afslået.

Tallene giver ikke det rette indtryk af, hvor sløjt det står til med overholdelsen af § 10, så snart man er udenfor København. I København er der skabt en vis kontrol med efterlevelsen, og størstedelen af dispensationssagerne vedrører antagelig København. I købstæderne udenfor København og på landet lader man bestemmelsen sove, og den i København bosatte sindssyge, der har fået afslag af Justitsministeriet på et andragende om dispensation, behøver der efter blot at tage bopæl i en landkommune og påny indlevere papirerne. Her vil ingen forhindre ham i at blive gift.

Tilsyneladende er der mere interesse for at overholde lovbestemmelsen med hensyn til de åndssvage. Der indsendes årligt 100–150 ansøgninger om dispensation. Men det er en bivirkning af § 5 i loven af 1934 om foranstaltninger vedrørende åndssvage. Den er grundlag for en af ægteskabsindgåelse uafhængig og derfor mere rationelt virkende sterilisationspraksis, og ansøgningernes antal har sammenhæng med, at der er et så stort antal åndssvage anbragt under åndssvageforsorg, og at man fra anstaltsledelsernes side sørger for, at der søges om dispensation. De prøvende myndigheders praksis er næppe anderledes med hensyn til de åndssvage end med hensyn til de andre grupper. Der blev en overgang steriliseret henved 300 åndssvage om året, og de får derefter ret let tilladelse til at gifte sig.

I denne forbindelse bør det nævnes, at bestemmelsen i § 1, stk 4 in fine i loven af 11 maj 1935 om adgang til sterilisation og kastration, der må have haft til formål at skabe hjemmel til en slags tvangssterilisation af hospitalsindlagte skizofrene og manio-depressive, har været et slag i luften. Ledelserne for sindssygehospitalerne er vejet tilbage for at tage initiativet til at sterilisere selv de uhelbredelige. Så længe praksis fortsætter som hidtil, er der derfor ingen fare for overgreb.

Begrebet *psykopati* er det senest udformede og mest omstridte. Psykiaterne er ikke enige om gruppens afgrænsning, og de er heller ikke enige om, hvorvidt psykopati er udelukkende konstitutionelt betinget eller tillige milieubestemt. Afgrænsningen mellem psykopati og oligofreni er også omstridt, idet der er nogle, der hævder, at der findes et bredt blandingsbælte. Så længe psykiaterne ikke kan blive

enige om afgrænsningen, er det naturligvis udelukket at afgøre, om lidelsen nedarves. Ved gennemførelsen af ændringen af 1938 blev der fra flere sider fremført store betænkeligheder ved at optage forbud mod visse psykopaters ægteskabsindgåelse, men da det psykiatriske kriterium er kombineret med et kvantitativt, har det i praksis ikke været svært at tilrettelægge en så smidig håndhævelse, at der næppe har været ulemper forbundet med forbudet. Dette rejser på den anden side spørgsmålet om dets arvehygiejniske betydning.

Bedømmelsen af den *kroniske alkoholismes* indflydelse på børnenes sundhedstilstand, fysisk og psykisk, har, siden Retslægerådet fremsatte forslaget om en skærpelse af § 10, ændret sig i en sådan grad, at forbudet formentlig igen burde ophæves.

Når de sværere former for *epilepsi*, som er en meget udbredt nervelidelse, i 1938 blev flyttet fra den mildere oplysningsbestemmelse i § 11 til den strengere § 10, var begrundelsen den, at der indenfor epilepsien findes en stor arvelig gruppe. Spørgsmålet om arveligheden af epilepsi er meget kompliceret, men nyere undersøgelser tyder på, at de forestillinger, man gik ud fra i 1937-38, ikke kan opretholdes, og hermed bortfalder grundlaget for skærpelsen.

Under forhandlingerne om ændringen var man fra Socialministeriets side inde på, om man ikke burde indføre ægteskabsforbud for blinde, døve og talelidende, men ingen politiker har turdet fremsætte sådanne forslag. Risikoen for arvelig belastning af børnene er ikke helt lille, men efter gældende lov kan man her gå den frivillige sterilisations og børnebegrænsningens vej. For slægten som helhed har man i propagandaen for arvehygiejne stærkt overdrevet værdien af negative arvehygiejniske foranstaltninger. Genkombinationsmulighederne er så store, at det ikke lader sig gøre at udrydde visse defekter og sygdomme ad denne vej. De dukker op igen ved nye genkombinationer og ved mutation.

Inden Justitsministeriet giver dispensation fra § 10, skal Retslægerådets erklæring indhentes, men ministeriet behøver ikke at følge erklæringen. Høring er påbudt også i de tilfælde, hvor sagen har været behandlet af sterilisationsnævnet. Skulle ministeriet give dispensation til en åndssvag alene på grundlag af en erklæring fra sterilisationsnævnet, må den være gyldig, da høringen i dette tilfælde er formel. Det samme må sikkert antages også i andre tilfælde, da den private ikke har grund til at nære mistanke om, at Justitsministeriet

bryder loven, og man ikke kan lade det gå ud over ham, om Justitsministeriets tjenestemænd behandler et andragende forkert.

V. *Kønssygdom.*

Efter § 11 er kønssygdom ikke ægteskabshindring, men det er påbudt, at den, der lider af en ikke-helbredt kønssygdom, ikke må indgå ægteskab, uden at den forlovede er gjort bekendt med sygdommen, og begge parter af en læge har fået mundtlig vejledning om farerne ved den.

Spørgsmålet om dokumentationen for, at dette forbud ikke hindrer ægteskab, gav under forhandlingerne om loven anledning til mange overvejelser. Man turde ikke påbyde obligatorisk lægeundersøgelse inden ægteskab. En sådan ordning er gennemført i ca ⅔ af de amerikanske enkeltstater.

VI. *Slægtskab og svogerskab.*

Den udvikling, som Luther satte igang i 1522 med hensyn til begrænsning af forbudene mod ægteskab mellem beslægtede og besvogrede, førte ved BGB's vedtagelse til, at man kun forbød ægteskab mellem slægtninge i den rette linje og mellem søskende. Reglen i § 12 svarer til BGB's regel, dog er det ikke sagt direkte, men må udledes ved fortolkning, at forbudet gælder, hvad enten slægtskabet er lovligt eller ulovligt.

Bortset fra Tyskland, Norge og Danmark er det få stater, der har indskrænket forbudet så stærkt. I England, Schweiz og til dels Sverige opretholder man forbudet mod ægteskab mellem onkel-niece og tante-nevø, og i USA findes der forbud mod ægteskab mellem fætter og kusine i over halvdelen af enkeltstaterne. De katolske lande har også bevaret mange af de gamle forbud.

Hvad der i sin tid har været begrundelsen for, at jøderne, romerne og talrige andre folk har *indført* sådanne forbud, er meget diskuteret. Det aktuelle problem synes at være begrundelsen for at *opretholde* forbudene under nutidens forhold. Når der i ægteskabsordinansen står, at forbudet er givet »for mærkelige sagers skyld«, har man opgivet at finde rationel begrundelse. Arvebiologerne har i nyere tid til støtte for forbud mod visse consanguine ægteskaber henvist til undersøgelser, der viser, at en relativ stor del af de blindfødte og døvstumme er født af samgifte slægtninge. Synspunktet vil konsekvent gennemført føre til et dispensabelt forbud mod ægteskab ikke blot onkel-niece og tante-nevø, men også fætter-kusine, og hvis forbudet ikke udstrækkes til fætter-kusine ægteskabet, får det ikke større praktisk betydning. Under forhandlingerne om ægteskabsloven var man inde på sådanne overvejelser, men de fik ikke tilslutning fra poli-

tikerne, som ikke ønskede lovfæstet en regel om, at nære slægtninge skal tænke sig om to gange, inden de gifter sig med hinanden.

Forbud mod ægteskab mellem visse besvoglede kan ikke begrundes ud fra arvehygiejniske hensyn, men må begrundes ud fra overvejelser over, hvad der findes hensigtsmæssigt for at sikre bestående ægteskaber mod, at erotiske følelser kommer på afveje. Bedømmelsen heraf veksler med tid og sted og befolkningens sammensætning, og reglerne om svogerskab som ægteskabshindring er derfor meget varierende. Medens fx over halvdelen af de amerikanske enkeltstater ikke har forbud mod ægteskab mellem besvoglede, holder man i England stadig fast ved, at en mand kun kan gifte sig med hustruens søster eller broderens kone, når henholdsvis hustruen eller broderen er død, og det er først i det 20 årh, at det efter langvarige stridigheder overhovedet blev muligt at indgå ægteskab i disse tilfælde. Forbudet mod ægteskab med hustruens datter eller moder er absolut og kan ikke gennembrydes ved dispensation. På den anden side har man i England begrænset forbudet, så det kun er det lovlige svogerskab, der er ægteskabshindring.⁴⁾

Efter § 13, stk 1, kan der gives tilladelse til ægteskab med en (lovlig) besvogret i den rette linje, såfremt det tidligere ægteskab ikke er opløst ved skilsmisse. Efter den under 15 marts 1947 gennemførte ændring i § 13 er dette den eneste ufravigelige betingelse for dispensation. I Sverige gennemførte man omtrent samtidig en ændring, men her har man strøget denne betingelse og i stedet fastholdes som ufravigelig betingelse, at der ikke må være fællesbørn i det tidligere ægteskab.

Antallet af dispensationer fra § 13 har hverken før eller efter 1947 været stort, gennemsnitligt een om året. Størstedelen har været dispensationer fra forbudet i § 13, stk 2, mod ægteskab, når der foreligger ulovligt svogerskab i den rette linje. Den typiske situation vedrørende § 13, stk 1, er enkemandens ansøgning om tilladelse til at gifte sig med hustruens datter udenfor ægteskab eller fra et tidligere ægteskab, som er blevet opdraget udenfor hjemmet og ved hustruens død har overtaget styret. Antallet af dispensationer til ægteskab med svigermoder eller svigerfader er betydningsløst. Under forhandlingerne på rigsdagen om ændringen af 1947 blev der udefra gjort forsøg på at få lempet også betingelsen om, at det tidligere ægteskab ikke må være ophørt ved skilsmisse, men det blev afvist af rigsdagsudvalget.

Dispensation fra § 13 kan ikke meddeles af justitsministeren ad mandatum, men kræver umiddelbar kongelig resolution i hvert enkelt tilfælde efter nedlæggelse af en forestilling overfor kongen.

⁴⁾ Keezer s 220 med note 7. Eversley s 41 med note 1. Marriage Act, 1949, § 1.

VII. Tidligere ægteskab.

Betingelserne i §§ 14–17 vedrører kun dem, der agter at indgå ægteskab mere end een gang.

Frd 1824 opretholdt det fra romerretten stammende forbud mod ægteskab mellem dem, der har begået ægteskabsbrud sammen, og forbudet mod, at den, der ved ægteskabsbrud var skyld i skilsmisse, indgik nyt ægteskab uden særlig tilladelse, der tidligst kunne gives efter tre års forløb. Begge forbud var udhulet ad bevillingsvejen, da de ophævedes i 1922. En reminiscens af sådanne synspunkter er forbudet i § 15, stk 2, jfr § 59, stk 1. I praksis er disse bestemmelser betydningsløse.

Ankefristreglen i § 15, stk 1, følger af forholdets natur og er ret sent blevet autoritativt formuleret. Når der også skal gives afkald på anke fra påtalemyndighedens side, beror det på reglen i retsplejelovens § 454 om, at påtalemyndigheden som defensor matrimonii kan intervenere i en ægteskabssag til varetagelse af det offentlige interesser, kan påanke dommen og kan indtræde i sagen også i den overordnede instans, jfr engelsk rets Queen's Proctor ordning. Hvis der inden ankefristens udløb gives tredjeinstansbevilling fx for at få Højesterets afgørelse af spørgsmålet om forældremyndigheds fordeling, vil reglen kunne medføre en ikke ubetydelig udskydelse af adgangen til at indgå nyt ægteskab.

Det tidligere gældende påbud om en vis sørgetid efter en ægtefælles død har man ved ægteskabsloven opgivet og erstattet med en ventetidsregel for kvinder, § 16. Som i Justiniansk ret vil man »propter turbationem sanguinis« undgå, at der efter nyt ægteskabs indgåelse fødes et barn, som kvindens tidligere mand kan være fader til. Hvis kvinden efter samlivets ophør har født et barn, må hun efter reglens begrundelse kunne indgå ægteskab med det samme, og dette må vistnok også være tilfældet, såfremt hun ikke var gravid, da samlivet ophørte på grund af uoverensstemmelse. I praksis har man anset det for fyldestgørende, at det ved lægeerklæring er blevet godtgjort, at et ventet barn må være avlet efter samlivets ophør.

Grundsætningen i § 17 går langt tilbage, og den principielt vigtige sondring mellem offentligt og privat skifte stammer fra et reskript fra slutningen af det 18 årh. Påbudet fremtvinger skifte, når der hensiddes i uskiftet bo. Ved handlen i strid med påbudet må der gås frem efter reglen i DL 5–2–69 og dennes analogi.

VIII. Trosbekendelse.

Race- og religionsforskel er mange steder stadig ægteskabshindring. Efter kanonisk ret må katolikker ikke uden særlig tilladelse gifte sig med udøbte, impedimentum disparis cultus. I alle de amerikanske sydstater og en del nordstater må negre ikke gifte

sig med hvide, og i nogle af staterne findes der forbud mod ægteskab mellem hvide og mongoler eller hvide og indianere.

Efter reformationen supplerede katolikkerne forbudet med en impedimentum mixtæ religionis, som en overgang fremkaldte modtræk fra protestantisk side. Med religionsfrihedens gennemførelse i 1849 ophævedes de herhenhørende danske bestemmelser, og det er for så vidt blevet katolikkerne, der har sejret i denne strid, som de stadig opretholder forbudet og betinger dispensation af, at også den protestantiske ægtefælle indgår på, at børn opdrages i den katolske tro. Når en af ægtefællerne er katolik, vil § 18-erklæringen derfor i kraft af reglerne i Codex juris canonici om dispensation altid få det samme indhold.⁵⁾

Den tro, som børnene skal opdrages i, må efter sagens natur være en positiv tro. Ateisme er ingen »tro«, men »vantro«.⁶⁾

IX. *Fattighjælp.*

De særlige regler om fattigfolks ægteskab, som stadig findes i forsorgsloven,⁷⁾ er kommet ind i lovgivningen i 1824 efter Kancelliets initiativ. De betyder i praksis ikke ret meget, bortset fra landkommuner, hvor de giver visse muligheder for krakileri. Bestemmelserne er meningsløse, inhumane og helt tilfældige i deres virkninger, og de burde forlængst være ophævet.

X. *Børn udenfor ægteskab.*

Bestemmelsen i § 21 nr 11 kom ind under rigsdagsforhandlingerne. Nogle af dem, der støttede ændringsforslaget, gik ud fra, at erklæringen skal afgives overfor den anden part, så den kunne virke på samme måde som § 11-erklæringen, men bestemmelsens placering gør ikke denne fortolkning absolut nødvendig, og i praksis har man altid fortolket den således, at erklæringen skal afgives overfor det offentlige.⁸⁾ Den, der vil være sikret, må derfor huske at forlange at blive gjort bekendt med erklæringen.

Når en mand har afgjort forsørgelses- eller bidragspligt ved indbetaling til Overformynderiet af affindelsessum i henhold til godkendt forlig, kan han afgive blank erklæring.

XI. *Bevislighedernes prøvelse.*

Med hensyn til dokumentationen for, at ægteskabsforbud ikke hindrer vielse, begrænsede frd 1824 sig til at foreskrive, at præsten

⁵⁾ En katolsk kvinde kan ikke gå med til, at drenge skal opdrages i folkekirkens tro, piger i den katolske. Kompromis er efter Codex udelukket, og det er pålagt den katolske part »prudenter« at virke hen til, at ægtefællen går over til katolicismen. Betegnende er den i Min Tid 1949 s 320 trykte afgørelse.

⁶⁾ Min Tid 1927 A s 7.

⁷⁾ § 309, stk 1, nr 4.

⁸⁾ Min Tid 1923 A s 77.

skulle forsyne sig med *autentiske beviser*, i den udstrækning sådanne kunne forelægges og i øvrigt kræve forløfte efter nærmere regler. Ved ægteskabsloven fandt man det hensigtsmæssigt at give udførlige regler herom jfr § 21, som tjener som huskeseddel⁹⁾ for sognefogeder og kommunale tjenestemænd i arbejdet med disse ting. Der er kun grund til at pege på et par bestemmelser.

Om dokumentationen vedrørende § 10 hedder det, at der, hvis der er grund til at antage, at en af parterne er sindssyg, åndssvag osv, skal fremlægges enten erklæring fra autoriseret læge eller dispensation fra Justitsministeriet. Herved har man skudt ansvaret over på sognefogeder og kommunale tjenestemænd, som ikke kan antages at have særlig psykiatrisk indsigt. Hvad de bedst kan bedømme, er vel, om der foreligger kronisk alkoholisme, men dette påbud håndhæves slet ikke. Da der ikke kræves personligt møde for den prøvende myndighed, er det umuligt at håndhæve reglen. Drankeren kan sende et bud hen med papirerne. Det samme gælder den sindssyge, psykopaten i højere grad osv.

Den, der efter at være blevet skilt vil indgå nyt ægteskab, må dokumentere, at han er skilt ved fremlæggelse af dom eller bevilling. Udenlandske domme og bevillinger må i hvert enkelt tilfælde forelægges for Justitsministeriet af den prøvende myndighed, bortset fra nordiske.

De prøvende myndigheders afgørelse om, at et af lovens forbud hindrer ægteskab, der kan træffes også, efter at lysning har fundet sted, må kunne søges omgjort ved klage til højere administrativ myndighed, og desuden må afslag på en begæring om prøvelsesattest kunne indbringes for domstolene, § 24. Spørgsmålet om, hvad der skal forstås ved åndssvag i § 10, er således et domstolsproblem.

Retsplejeloven har opretholdt adgangen til at nedlægge forbud ved fogeden mod indgåelse af ægteskab. Dette er en meget gammel ordning, som også ægteskabsordinansen omtaler. I den katolske tid, hvor der kunne blive tale om at dømme til ægteskab, har forbuds nedlæggelse haft en vis betydning, og endnu i dette årh havde man i frd 1734 regler om, at en mand i visse tilfælde var forpligtet til at indgå ægteskab. Nu kan denne ordning ikke have nogen praktisk betydning, men i princippet er der naturligvis stadig mulighed for at benytte forbud til at forhindre tvegifte.

Parternes erklæringer i henhold til §§ 11-14 og 21 nr 11 afgives på tro og love, og det samme gælder forlovererklæringerne. Herved er der skabt straffeværn, jfr straffelovens § 161. Forbudene i §§ 12-14 er desuden værnet gennem straffelovens §§ 208-09.

⁹⁾ Eller rettere: Justitsministeriets cirkulære nr 237 af 30 sep 1948 til Københavns Magistrat og samtlige politimestre, borgmestre og sognefogeder vedr. ægteskabs indgåelse, der har afløst en række tidligere cirkulærer.

§ 4. OMSTØDELSE

I. *Begreb og terminologi.*

Den normale måde, hvorpå et ægteskab ophører, er ved en ægtefælles død. Medens ægtefællerne lever, kan deres ægteskab ophøre ved omstødelse eller skilsmisse. Om en ægteskabsopløsende omstændighed i ægteskabsloven er henført til omstødelsesgruppen eller skilsmissegruppen, beror på, om der er tale om forhold, der forelå ved indgåelsen, eller forhold, der er opstået under ægteskabet. Omstødelse kan defineres som ægteskabs opløsning af årsager, der forelå ved dets indgåelse.

Terminologien omstødelse af et ægteskab – svensk: återgang – er først indført i lovgivningen i 1922. Tidligere ville man i disse tilfælde + dem, hvor der foreligger kompetence- og formmangler, tale om ægteskabets ugyldighed og sonde mellem nullitets- og anfægtelighedstilfælde. Ved ægteskabsloven har man foretaget den ændring af terminologi og forestillinger, at der kun tales om et ugyldigt ægteskab i de tilfælde, hvor reglerne om vielseskompetence og visse særlig udhævede regler om vielsens form ikke er overholdt. Andre mangler ved indgåelsen kan muligvis have til følge, at ægteskabet skal eller kan omstødes. Men det er noget andet end at erklære det for ugyldigt. Gennemlæser man omstødelseskapitlet, vil man se, at terminologien ugyldighed ikke benyttes. Den findes kun i § 38. I kapiteloverskriften tales der om omstødelse og ikke om anfægtelse, som vel var det nærmestliggende udtryk, hvis man stadig ville rekurrere til forestillinger om ugyldighed. Det, der omstødes, er en gyldig akt.

II. *Omstødelsestilfælde.*

I §§ 42–44 har man forsøgt at give en udtømmende opregning af de kendsgerninger, som giver adgang til omstødelse. Beskrivelsen er inspireret af de moderne kodifikationser, som *mutatis mutandis* hviler på kanonisternes lære om ugyldighed på grund af mangler ved indgåelsen. Kanonisterne havde en særlig interesse i en systematisk fremstilling af ugyldighedsgrundene. Den katolske kirke anerkender, at et ægteskab kan erklæres for ugyldigt på grund af mangler ved indgåelsen. Der har da aldrig foreligget noget ægteskab, og man kolliderer ikke med læren om ægteskabets uopløselighed. Efter kanonisk ret er den eneste mulighed for at komme helt ud af et ægteskab at få det erklæret for ugyldigt, og interessen for ugyldig-

hedsreglerne må følgelig i lande, hvis lovgivning er præget af de katolske synspunkter på ægteskabet, være væsentlig større end fx i Skandinavien. Forsøgene på at komme ud af et ægteskab gennem en ugyldighedserklæring lettes gennem de vidtrækkende forbud mod ægteskab mellem beslægtede og besvogrede, og i perioder har udnyttelsen af dette retsinstitut været så – relativ – almindelig, at man fandt sig foranlediget til at skabe en regel om, at der i enhver sag af denne art skulle udpeges en defensor matrimonii.¹⁾ Man kan for såvidt sige, at ugyldighedserklæring efter kanonisk ret er et skilsmisssurrogat, men sagernes antal må ikke sammenlignes med antallet af skilsmisser i Skandinavien.

Den praktiske betydning, som omstødelselæren har i dansk retsliv, kan ikke sammenstilles med den, som ugyldighedslæren har i lande, hvor der er store katolske mindretal, hvis medlemmer er nødsaget til at gå denne vej, hvis de vil overholde trossamfundets disciplinære regler i Codex juris canonici. Antallet af omstødelsessager andrager gennemsnitligt 4–5 om året, en brøkdel af skilsmissernes. Størst praktisk betydning har omstødelse i tilfælde af svig, bigami, manio-depressiv psykose, impotens og – måske – kønssygdom.

Omstødelsetilfældene falder i to hovedgrupper. I den ene er ægteskab indgået i strid med visse af de materielle ægteskabsforbud, §§ 42, 43 og 44, stk 3 delvis. Forbudet har, hvad man i kanonisk ret og fremmed ret kalder dirimerende eller ødelæggende virkning ∴ der er knyttet omstødelses- eller ugyldighedsvirkning til det. De andre ægteskabsforbud er kun prohiberende eller impederende ∴ hindrende. Lykkes det desuagtet parterne at blive gift, kan der ikke blive tale om at opløse ægteskabet. Sondringen svarer til romerrettens sondring mellem leges perfectæ og leges minus quam perfectæ. Leges perfectæ er forskrifter, som man knytter ugyldighedsvirkning til ved overtrædelse, medens leges minus quam perfectæ er forskrifter, som kun værnes ved straf. Kanonisterne gengav denne tankegang ved sætningen »non omne quod non licet nullum est«, og brugte megen åndelig kraft på at drøfte, om et forbud skulle henføres til den ene eller den anden gruppe.

Det er den samme tankegang, som har ført til at knytte omstødelsesvirkning til nogle af ægteskabsforbudene, men i modsætning til

¹⁾ Esmein I s 468 og II s 326–28.

den kanoniske ret er de dirimerende ægteskabsforbud blevet stærkt begrænset. Omstødelsesvirkning er kun knyttet til forbudene i §§ 10-14, og det må herved erindres, at området for §§ 12-13 er blevet så lille, at man ikke kommer ud for ulovlige ægteskaber mellem beslægtede og besvogrede. De andre ægteskabsforbud har man ikke anset det for nødvendigt at værne gennem omstødelsesadgang. Det er nærliggende i alle de tilfælde, hvor forbudet kun virker i en begrænset tid.

I den anden hovedgruppe overføres synspunkter fra den almindelige lære om aftalers ugyldighed på ægteskabsaftalen, se resten af § 44, men den retsopløsende kendsgerning får kun omstødelsesvirkning.

Der er i §§ 42-44 fire problemer, der snor sig ind i, men tanke-mæssigt kan og bør holdes ude fra hinanden. 1) Beskrivelsen af de kendsgerninger, der giver adgang til at bringe et sæt retsvirkninger i anvendelse. 2) Om omstødelsesvirkningernes indtræden er afhængig af, at tilstedeværelsen af disse kendsgerninger konstateres ved en dom. 3) Om alle og enhver eller kun bestemte personer og myndigheder kan kræve omstødelse. 4) Om der i visse tilfælde er pligt for nogen til at kræve omstødelse.

Spørgsmål 2) kan besvares under et for alle bestemmelser. Omstødelsesvirkninger kan kun bringes i anvendelse, når der er afsagt omstødelsesdom. I engelsk ret arbejder man stadig i talrige tilfælde fx tvegifte, ægteskab mellem nært beslægtede eller besvogrede, ægteskab indgået inden det 16 år (nonage) og ægteskab indgået i strid med visse regler om forberedelse, sted og kompetence med konstruktionen, at ægteskabet er void. Herved forstår man, at ægteskabet »af enhver domstol i en hvilken som helst sag, hvor spørgsmålet om ægteskabets beståen kommer på tale, kan anses som aldrig indgået og kan behandles på samme måde af begge parter, uden at et annullationsdekret er nødvendigt«.²⁾

I dansk ret kan man kun undvære dom ved kompetence- og formmangler, men i så fald er der ikke tale om omstødelse af ægteskab, men om en konstatering af, at der aldrig har foreligget et ægteskab. Reglerne i §§ 45-51 om omstødelsens virkninger kan ikke anvendes i sådanne tilfælde. Hvis der for at tilvejebringe klarhed anlægges ægteskabssag, jfr herved retsplejelovens § 448, er der

²⁾ 1948 P 100. Marriage Act, 1949, §§ 1, 2, 25, 49. Arnold s 12f, Eversley s 42f, Rayden s 55, 228, Keezer s 259.

ikke tale om en omstødsessag. Dommen har konstaterende og ikke konstitutiv virkning. Den fastslår, at der ikke er indgået et gyldigt ægteskab.

I alle de i §§ 42–44 omhandlede tilfælde skal der en omstødsesdom til, og dommen opløser ægteskabet. Omstødelse kan aldrig ske ad bevillingsvejen, cfr § 65. Da omstødsesdom ikke kan af siges, når en af ægtefællerne er død, er der i §§ 50–51 givet visse regler om, hvad der skal ske i denne situation med hensyn til formuefællesskabets ophævelse, godtgørelse efter § 47 og arv.

Systematiken i §§ 42–44 stemmer ikke helt med hovedsondringen mellem dirimerende ægteskabsforbud og mangler ved samtykket. Man har brudt med den for § 11's vedkommende og anbragt den i § 44 sammen med impotens og spedalskhed. Via forudsætningslæren glider synspunkterne over i hinanden. Hvor retsvirkningerne af en omstødelse kan være forskellige under hensyn til omstødsesgrunden, følger loven paragraffernes opdeling, se §§ 47 og 50, stk 1. Det er derfor mest hensigtsmæssigt at følge lovens systematik.

a). § 42.

Omstødsesadgangen er knyttet til §§ 10 og 12–14.

Efter søgsmålskompetencen kan man inddеле omstødses tilfældene i a) offentlige, hvor alene anklagemyndigheden kan rejse sag, b) private, hvor alene ægtefællerne kan anlægge sag, og c) blandede med konkurrerende søgsmålskompetence for ægtefæller og anklagemyndighed. Efter Code civil og den schweiziske civillovbog kan enhver, der har retlig interesse deri, anlægge sag til konstatering af en ægteskabsakts nullitet. Efter § 42 er en sådan modificeret popularklage udelukket.

Det eneste offentlige omstødses tilfælde er ægteskabs indgåelse i strid med svogerskabsforbudet i § 13. Ægtefællernes udelukkelse fra adgangen til at anlægge sag må ses som et udslag af dispensationsadgangen i § 13.

Private omstødses tilfælde er alle de i § 44 omhandlede.

Blandede er de, hvor ægteskab er indgået i strid med §§ 10, 12 og 14. Anklagemyndighedens adgang til at rejse sag ved overtrædelse af § 10 er hjemlet i § 42, stk 4, parternes i § 43. I tilfælde af tvegifte kan også ægtefællen i det tidligere ægteskab rejse sag.

Der må endvidere sondres mellem obligatoriske omstødelsestilfælde ๑: tilfælde, hvor omstødelse skal ske, og fakultative ๒: tilfælde, hvor omstødelse kan ske.

Omstødelse skal kun ske i de tilfælde, hvor ægteskab er indgået i strid med §§ 12 og 14 (betinget). Alle andre omstødelsetilfælde er fakultative. Selvom der efter § 13, stk 1, ikke har foreligget nogen mulighed for en forudgående dispensation, fordi det tidligere ægteskab var opløst ved skilsmisse, er omstødelseadgangen fakultativ ud fra den betragtning, at der skal mere til at opløse et ægteskab end til at hindre dets indgåelse.

Endelig bestemmes det i § 42 med hensyn til tvegifte, at ægteskab nr 2 ikke kan omstødes, når det tidligere ægteskab er ophørt, inden sag er anlagt. Ægtefælle nr 2 må blive i ægteskabet, når nr 1 har fået sin skilsmisse, inden hun anlægger sag. Ægtefælle nr 1 kan kun kræve skilsmisse inden en kort frist, § 58, stk 2. Muligheden for, at der samtidig gennemføres omstødelse og skilsmisse, beror således navnlig på, om ægtefælle nr 2 straks anlægger sag.

Når det er anklagemyndigheden, der rejser sag, behandles den i strafferetsplejens former og kan kumuleres med straffesagen for bigami. Har statsadvokaten under eet indledet straffesag og omstødelssag, og frafalder han omstødelsspåstanden, fordi der under sagen er opnået skilsmisse, kan ægtefælle nr 2 vistnok tage omstødelsspåstanden op og opnå omstødelse under denne sag.³⁾ Omstødelse under en ny sag afskæres af § 42, stk 2.

b). § 43.

Ægtefællernes omstødelseadgang er forskellig for den syge og den raske.

Den syge(s værge) kan kun anlægge sag i to af fem tilfælde, nemlig når det drejer sig om en sindssyg eller en i højere grad åndssvag (๑: idiot eller imbecil), som uden dispensation har indgået ægteskab.

Hvis der ikke er givet dispensation, kan den raske altid anlægge sag, men det er en betingelse, at han ved ægteskabets indgåelse ikke havde kendskab til lidelsen.

Disse regler betyder meget væsentlige begrænsninger i ægtefællernes adgang til at anlægge sag ved overtrædelse af § 10. Den raske er jo en af dem, der kender den andens sindstilstand bedst,

³⁾ UfR 1946 s 1285. Om Justitsministeriets adgang til at bestemme udsettelse af anlæg af offentlig omstødelssag ved tvegifte se retsplejelovens § 448f.

og hvis han ved, at den forlovede har været indlagt på sindsygehospital eller på en nerveklinik, må han inden vielsen søge nærmere underretning om lidelsens species og kan ikke senere anlægge sag.⁴⁾ Den kroniske alkoholist, den, der er psykopat i højere grad, og epileptikeren med jævnlige anfald eller udtalte psykiske forandringer er af loven afskåret fra at anlægge omstødelsessag under henvisning til lidelsen.

Den mangelfulde overholdelse af § 10 fører derfor ikke til den omstødsesadgang, som man kunne frygte, når man sammenholder psykiaternes opgørelse over det antal personer, som går ind under § 10 eller ligger på grænsen af § 10, med de få dispensationssager bortset fra åndssvagegruppen. Men nogle af disse opgørelser må hvile på meget løselige skøn.

Omstødsesadgangen i § 10 må betyde mest ved manio-depressiv psykose. Her kan forlovelse og ægteskab indgås mellem to anfald. Man støder på den vanskelighed, at det er svært at sige, om den, der har haft et anfald, er sindssyg, hvis han er kommet over det. Over halvdelen af de manio-depressive får kun eet anfald, og en væsentlig del af resten nøjdes med to. Spørgsmålet kunne volde store vanskeligheder ved ægteskabs indgåelse – om § 10 blev overholdt.

Det offentlige adgang efter § 42, stk 4, til at kræve omstødelse, når ægteskab er indgået i strid med § 10, er uden nogen tidsbegrænsning. Den rammes af den almindelige kritik af skærpselsen i 1938 og mødte som denne en kraftig modstand på rigsdagen. Hidtil har den næppe betydet noget i praksis, og bestemmelsens funktion vil sikkert i givet fald blive at danne grundlag for et sterilisationskrav.

Ifølge retsplejelovens § 448 c er det værger, der med overøvrighedens samtykke anlægger ægteskabssag, når en ægtefælle er umyndiggjort på grund af sindssygdom eller åndssvaghed. Normalt vil en sindssyg eller åndssvag ikke på egen hånd kunne anlægge omstødsesag, selvom han ikke er umyndiggjort, men der vil kunne beskikkes en værge ad hoc efter myndighedslovens § 59, som med overøvrighedens samtykke kan anlægge sag. Kun ganske undtagelsesvis vil ægtefællens sindstilstand ikke udelukke ham fra på egen hånd at optræde som part under sagen.

I § 43 er der fastsat visse frister for adgangen til at anlægge sag.

c). § 44.

Efter denne bestemmelse knyttes der for det første omstødsesvirkning til forbudet i § 11 vedrørende kønssygdom. Der er en lille redaktionel forskel mellem de to bestemmelser, men næppe nogen reel. Kønssygdom kan ikke overføres til børn ved arv.

⁴⁾ UfR 1927 s 402, jfr 1876 s 260 med opløsning efter værgens begæring.

Når det umiddelbart derefter anføres, at der også kan forlanges omstødelse ved epilepsi af den i § 10 nævnte karakter, foreligger der en lapsus ved redaktionen af ændringen af 1938. Tilfældet er allerede afgjort i § 43, stk 2. Fejlen synes navnlig at få betydning for § 47, stk 2, om godtgørelse, hvor der er forskel på, om der opnås omstødelse efter § 43, stk 2, eller § 44. Ved fortolkning må man befri epileptikeren for at skulle betale godtgørelse.

En anden underafdeling er nr 1, 2, 4 og 5 om habilitetsmangler på grund af forbigående sindsforvirring eller lignende tilstand – de varige er der gjort op med i §§ 42–43 –, uoverensstemmelse mellem vilje og erklæring, svig og tvang.

Tanken med at overføre synspunkter fra den almindelige aftaleregler stammer fra de ældste kanonister. Paucapalea, Hostiensis, Bernardus Papiensis og blandt de senere Panormitanus er nogle af de vigtigste bidragsydere ved lærens udformning. Dissensus, vis og error førtes ind under de dirimerende ægteskabshindringer. Under dissensus drøftedes problemet, om furiosus kunne indgå ægteskab. Vis anerkendtes som opløsningsgrund, og under vis medtoges trusler, men med fremhævelse af, at de måtte være af en sådan art, at de måtte gøre indtryk »in constantem virum vel constantem feminam«. »Metus reverentialis« overfor forældre kunne ikke medføre opløsning.

Både i engelsk ret og i BGB, ZGB og Codex juris canonici støder man på disse synspunkter, men under nutidens forhold har reglerne om forbigående sindsforvirring, fejltagelse og tvang ikke større betydning. Inden ægteskab indgås, skal der lyses, og forud for lysningen går der nogen tid med prøvelsen af bevisligheder. Den under 5 omhandlede tvang måtte følgelig være udøvet over en lang periode. Synspunkterne havde deres betydning i en tid, hvor ægteskab kunne stiftes formløst, hvor forældre ofte bestemte, hvem døtre skulle giftes med, og hvor bortførelse ikke var helt ualmindelig.

Nogen dansk domspraksis vedr nr 1, 2 og 5 findes vist ikke. I engelsk praksis har der været nogle få eksempler på, at ægteskab er blevet opløst på grund af tvang eller fejltagelse.⁵⁾ Nr 1 kan tænkes påberåbt af den, der har måttet »drikke sig mod til«, men han kan ikke trænge igennem med sin påstand.

I § 44, stk 2, gives der nogle regler bl a om frister, der begrænser adgangen til at anlægge omstødsessag, selvom betingelserne i stk 1 er opfyldt.

Størst praktisk betydning har reglen i § 44, stk 1, nr 4 om visse tilfælde af svig.

Svig ved en aftales indgåelse taler man om, når en person mod

⁵⁾ 1938 P 159. Eversley s 29–34. Rayden s 59–60.

bedre vidende fremsætter urigtige udtalelser eller fortier sandheden for at fremkalde en erklæring. Svigsbegrebet kan ikke afgrænses skarpt, idet man både må anerkende, at visse forsætligt fremsatte urigtige udtalelser er lovlige, selvom de har fremkaldt aftalen – de uopslidelige bukser –, og at det, der forsætligt forties, må vedrøre noget, der ligger i et vist højere plan. I svigsbegrebet indgår der et kvantitativt moment, og bestemmelsen i aftalelovens § 30 giver domstolene en ret skønsmæssig beføjelse til at afgrænse området.

Ved formuleringen af § 44 har man forsøgt at give en beskrivelse af mindre udpræget standardkarakter end aftalelovens § 30:

»forledet til at indgå ægteskab derved, at han af den anden ægtefælle gennem *falske* oplysninger eller *svigagtig* fortielse af sandheden er *vildledet* om«

Ordvalget viser, at det har været tanken, at omstødelse kun kan finde sted, når der foreligger et forhold fra ægtefællens side, som kan siges at være yderst groft i subjektiv henseende. Men det har ikke kunnet undgås, at selv disse stærke udtryk giver domstolene en ikke lille frihed, navnlig med hensyn til afgørelsen om, hvorvidt en fortielse er svigagtig.

De urigtige forestillinger, som er fremkaldt ved svigen, skal dernæst enten vedrøre, a) hvem den anden er eller b) omstændigheder ved hans tidligere liv.

Ordene under a) er ikke skarpe, men skal efter motiverne forstås således, at der sigtes til den »sociale identitet«. Det er for så vidt den klassiske kanoniske lære om error in persona, men skærpet ved kravet om, at de urigtige forestillinger skal være fremkaldt ved svig. Den typiske situation er ægteskabssvindleren, der optræder som udenlandsk ingeniør. Den jævne mand, der spiller greve eller direktør, hører også herhen, men det betyder næppe noget videre i praksis. Og hvis en portør i forlovelsestiden har kaldt sig overportør, eller hvis en underingeniør har strøget »under«, foreligger der ikke vildledelse med hensyn til social identitet, men kun praleri. Afgrænsningen af udtrykket »hvem den anden er« kan ikke gøres skarp. Det er derfor værd at lægge mærke til, at engelsk ret indtager det standpunkt, at en mand, som tror, at han ægter en hertugdatter, men opdager, at han er blevet gift med en syngepige, ikke kan få ægteskabet opløst. Man tage sit bestik inden brylluppet.⁶⁾

⁶⁾ Rayden s 59.

Endelig tages der i bestemmelsen stilling til, under hvilke betingelser urigtige forestillinger om den forlovedes personlige egenskaber, som er fremkaldt ved svig eller ikke berigtiget, skønt de burde have været det, kan give adgang til omstødelse. Det kan de kun, hvis de vedrører hans tidligere liv. Urigtige oplysninger om økonomiske forhold og efter omstændighederne også urigtige oplysninger om familieforhold kan ikke begrunde omstødelse, hvis de ikke har ført til urigtige forestillinger om social identitet. Den, der gifter sig i tillid til en forevist sparekassebog og senere opdager, at den forlovede har sat nogle nuller til, kan ikke få omstødelse, blot fordi hans forventning om pengeforhold ikke holder stik. Urigtige forestillinger hos en mand om, at kæresten er gravid, giver heller ikke krav på omstødelse, selv om kvinden har fremkaldt dem ved svig for at blive gift med ham.

For at de urigtige ved svig fremkaldte forestillinger om ægtefællens tidligere liv kan give adgang til omstødelse kræves det, at kendskab til de virkelige forhold *med fuld føje* ville have afholdt sagsøgeren fra at indgå ægteskabet, og at man endnu kan tillægge forholdet en sådan betydning, at ægteskabet ikke billigvis kan for-dres opretholdt.

Dommerens vurdering om, hvad sagsøgeren ville have gjort, må gå ud fra sagens oplysninger om det milieu, sagsøgeren kommer fra, hans hjem, opdragelse, religiøse indstilling, livsindstilling osv, og afgørelserne må derfor få et ret konkret præg. Loven anvender et relativitetsprincip, og det er begrænset, hvad der kan opstilles af almindelige synspunkter. Uden hensyn til milieu kan man dog sige, at den omstændighed, at bruden var besvangret af en anden og har fortiet det, må give ret til omstødelse,⁷⁾ og som regel vil også den omstændighed, at sagsøgte har begået strafbare, vanærende handlinger,⁸⁾ berettigge til omstødelse. At manden har fortiet visse eroti-

⁷⁾ Ledende dom fra før 1922 er JU 1865 s 785 ORD. Matrimonial Causes Act, 1950, § 8d, og norsk ægteskabslov 1918 § 35, stk 4, hjemler udtrykkeligt opløsning, når kvinden ved indgåelsen var besvangret af en anden (prægnans per alium). Se NRt 1949 s 122, Borum II s 83, Juristen 1939 s 147 og 1940 s 192. I protestantisk ægteskabsret har man længe anerkendt denne opløsningsgrund, se fx B Carpzov: Jurisprudentia Ecclesiastica seu Consistorialis, 1721-udgaven, s 288 (corrupta ac gravida).

Efter den norske lov er der endvidere adgang til omstødelse, hvis manden ved ægteskabets indgåelse har fortiet, at han har besvangret en anden end ægtefællen med den følge, at et barn senere bliver født.

⁸⁾ UfR 1930 s 1100 og 1953 s 1101.

ske fejltrin og kvinden, at hun ikke er uberørt, har man ikke tidligere villet anerkende som opløsningsgrund, og det lader sig heller ikke nu gøre at subsumere dette under § 44, stk 1, nr 4.

Det er på den anden side givet, at der må være grænser for, hvad der kan forties på det erotiske område uden at få omstødelse til følge. Efter den klassiske kanoniske ret skulle der meget til for at få et ægteskab opløst af denne grund, og disse synspunkter har haft betydning for ældre dansk praksis. Spørgsmålet skal imidlertid nu afgøres på et andet grundlag og efter smidigere synspunkter end i kanonisk ret. Der må også ses hen til de ændringer, der er sket i skilsmisse- og separationsregler, siden Konsistorium sad og afsagde domme i tamperretssager på grundlag af den ældre protestantiske ægteskabsret, og til den omstilling, som fx reglen i § 21 under nr 11 er udtryk for. Gratians lære om, at den mand, der gifter sig med en kvinde, som han tror er kysk, ikke kan skille sig af med hende, når han opdager, at han har fået en skøge eller letlevende kvinde, lader sig ikke indfortolke i § 44. Afgørelsen må afhænge af, om manden selv kommer fra et tilsvarende milieu eller har en lignende indstilling.

I overensstemmelse hermed må man også relativere besvarelsen af spørgsmålet, om der kan gives omstødelse, når hustruen har fortiet, at hun har fået et barn udenfor ægteskab. Der kan ikke gives et alle tilfælde dækkende svar. I almindelighed vil der næppe blive givet omstødelse af denne grund.⁹⁾ På den anden side kan man ikke gå så vidt som til at hævde, at der ikke kan gives omstødelse, fordi manden har skjult, at han har børn udenfor ægteskab. Forholdet kan være så groft, at det vil være rimeligt at give omstødelse, fx når en pæn pige fra det brede mellemstandsmilieu har giftet sig med en mand, der har skjult, at han sidder fast i alimentationens sump.

Endelig er der i § 44, stk 1, nr 3 en regel, som kan henføres under forudsætningssynspunktet, om, at der kan fås omstødelse ved impotentia coeundi, i loven beskrevet som »uhelbredelig legemlig mangel, der gør uskicket til ægteskab«, og spedalskhed.

Når man har en vid adgang til skilsmisse, har omstødelserunden impotens ikke den samme praktiske betydning som i de lande, hvor ægteskabsretten stadig er præget af læren om ægte-

⁹⁾ UfR 1924 s 591. Den norske lov har en udtrykkelig regel om omstødelse i dette tilfælde.

skabets uopløselighed. Siden Gregor 9's tid har kanonisk ret anerkendt impotentia coeundi som opløsningsgrund, når den er »forudgående og vedvarende« og kan bevises. Impotentia generandi eller sterilitas gav derimod ikke adgang til opløsning, og det var en yndet øvelse i juristskolerne at drøfte, hvad der var ægteskabets formål, og derigennem bevise, at impotentia generandi ikke kunne anerkendes som opløsningsgrund. Læren har stadig praktisk betydning i England, hvis skilsmisselovgivning ikke anerkender skilsmisse efter nogen tids separation. Der findes ikke så få nyere domme om opløsning på grund af impotens og den dermed beslægtede grund »wilful refusal to consummate the marriage«. Det anerkendes, at det er tilstrækkeligt, at der foreligger impotentia coeundi ad hanc eller ad hunc¹⁰⁾ eller, som det hedder i den kanoniske codex, relativ impotens. I de skandinaviske lande opløses ægteskabet sikkert oftest ved skilsmisse efter separation.

Efter § 44 er det i modsætning til, hvad der gælder i engelsk ret, kun den raske, der kan forlange omstødelse, og han kan kun stille dette krav, når han ved ægteskabets indgåelse var uvidende om lidelsen. Omstødelse er udelukket fx ved ægteskabs indgåelse i meget fremrykket alder, hvor ægtefællen kunne sige sig selv, at seksuelt samkvem var udelukket, og i visse tilfælde af ægteskab med invalider. Efter kanonisk ret er impotens opløsningsgrund, hvad enten den er den anden bekendt, eller dette ikke er tilfældet, fordi den ødelægger ægteskabet »ipso naturæ jure«. Hvad der er årsag til lidelsen, er irrelevant, men der må forløbe nogen tid efter ægteskabsindgåelsen, før sag kan rejses, bl a for at den pågældende ægtefælle kan få tid til at overveje lægelige indgreb eller komme over hysteri. Fristreglerne i § 44 sætter grænser for, hvor lang denne periode kan være. Medfødte misdannelser, der resulterer i impotentia coeundi, er ikke ualmindelige.

Opregningen i §§ 42-44 er så detaljeret, at man ikke vil være tilbøjelig til at udvide bestemmelseernes område. Det kan ikke lade sig gøre ved fortolkning at inddrage andre ægteskabsforbud fx § 6 om aldersgrænsen. Snarere kunne man tænke sig en analogiseren fra spedalskhed til visse andre sjældne, meget farlige syg-

¹⁰⁾ 1934 P 186. Esmein I s 259f. Eversley s 23-25. Rayden s 88-97. Domme se fx 1948 P 187 og 1948 AC 274, der har en vis interesse ved en vurdering af det engelske retsmaskineris funktioner sammenlignet med det skandinaviske.

domme. Ved analogi inddrog man tidligere syfilis under den tilsvarende opløsningsgrund i DL.

Som det fremgår af foranstående har jeg undgået den kano-nistiske sondring mellem absolutte og relative omstødelsestilfælde (ugyldighedsgrunde). Den bruges stadig i romanistisk teori.¹¹⁾ Efter den omformning, der er sket ved ægteskabsloven og navnlig ved ændringen i 1938 i §§ 10 og 42-44, er det hensigtsmæssigt at opgive terminologien. Erfaringen viser, at udtrykket absolut opfattes som = obligatorisk, men det er ikke den betydning, som man har tillagt udtrykket i sondringen absolutte-relative omstødelsestilfælde. Sondringen opgives.

III. *Virkninger.*

Hovedreglen i § 45 går ud på, at skilsmissereglerne finder tilsvarende anvendelse, medmindre andet er bestemt. Ægteskabet betragtes som et virkeligt ægteskab i den tid, det har bestået og har indtil omstødelsen de sædvanlige virkninger mellem ægtefællerne og i forhold til tredjemand. Nyt ægteskab kan aldrig indgås, før omstødelse er foretaget. For tiden derefter betragtes ægtefællerne som skilt, medmindre der er særlig hjemmel til at fravige reglerne om skilsmisens virkninger. Sådan hjemmel foreligger ved den indbyrdes forsørgelsespligt, som ubetinget ophører, og til dels ved formuefællesskabets ophævelse. Reglerne om godtgørelse og frakendelse af navn er derimod blot en tilpasning af skilsmisseregler.

Af henvisningsreglen i § 45 følger, at ægteskabet er opløst, og at parterne kan gifte sig igen. Men da de betragtes som skilt, må de iagttage reglerne i §§ 15-17 om bl a fraskiltes indgåelse af nyt ægteskab, og reglen i § 13, stk 1, forhindrer, at fx manden indgår ægteskab med hustruens datter udenfor ægteskab. Tilfældet kan ikke føres ind under det let dispensable forbud i § 13, stk 2, men må gå ind under § 13, stk 1, og da det første ægteskab ikke er opløst ved døden, men ved en retsakt, kan der ikke meddeles dispensation, end ikke efter hustruens død.¹²⁾

Børn, der kan være avlet under ægteskabet, omfattes i kraft af § 45 af pater est præsumptionerne, og ægteskabet har legitimeret de inden fødte børn, som manden måtte være fader til, ligesom et barn, som må være avlet inden, men fødes efter ægteskabet og

¹¹⁾ Se fx Planiol I s 357-87. I svensk-norsk teori bruges den ikke.

¹²⁾ Faurholt antager s 18, at der måske kan dispenseres efter hustruens død.

inden omstødelse, bliver ægtebarn, medmindre der rejses fader-skabssag. Dette er også forudsat i ægtebørnslovens § 1. Børnenes fordeling mellem ægtefællerne og fordelingen af forsørgelsespligten overfor børnene sker efter skilsmissereglerne.

Omstødselsens virkning på adoption foretaget af ægtefællerne under ægteskabet må bedømmes efter § 45 sammenholdt med adoptionsloven. Hvad der kunne influere på adoptionens gyldighed, er forskriften om, at kun ægtefæller kan adoptere i forening, idet man kunne hævde, at adoptionen bliver ugyldig, når det viser sig, at ægteskabet kan omstødes. Selv om man arbejder med nullitets- og anfægtelighedskonstruktioner og traditionelt lader dommen lyde på, at ægteskabet er »absolutely null and void to all intents and purposes in the law whatsoever«, kan en dommer nå til, at adoptionen ikke påvirkes af en ugyldighedserklæring af ægteskabet, og i dansk ret er det en sikker følge af § 45, at adoption ikke berøres af en omstødelse af adoptanternes ægteskab.¹³⁾

Ønskerne om at nå til, at børnene i ægteskaber, som erklæres for ugyldigt indgået, ikke som følge heraf mister deres hidtidige status, har også i ældre ret, hvor der var afgørende forskel mellem retsstillingen for børn født i og udenfor ægteskab, været så stærke, at man antog det samme på trods af den nullitetskonstruktion, man da anvendte i bigami- og blodskamssager. Kanonisterne fandt på en hjælpekonstruktion, quasi conjugium eller matrimonium putativum, for at mildne de hårde regler, man når til ved logiske slutninger fra nullitetskonstruktionen, og den blev anerkendt i det 12 årh. Når en af ægtefællerne ved ægteskabets stiftelse var i god tro, og det ikke var indgået hemmeligt, men in facie Ecclesiae, behandledes børnene, som om de var født i ægteskab. Der var også en tendens til, indtil omstødelse fandt sted, at tillægge disse ægteskaber normale virkninger i andre relationer.¹⁴⁾

Grundsætningen om quasi conjugium genfindes i en regel i ægteskabsordinansen om bigamitilfældet, som blev optaget i DL, og som man senere anså for analogisk anvendelig i blodskamstilfældet. Hvis hustruen var i god tro, »bør derfor huercken hun eller hendis

¹³⁾ Adoptionsloven § 4, stk 1, og 1948 Ch 387.

¹⁴⁾ Esmein II s 34–38. Konstruktionen stammer vist fra Petrus Lombardus og har været anerkendt siden Alexander III. Se Gregor 9s dekretalesamling, 4 bog, 17 titel Qui filii sint legitimi, cap II, sammenholdt med romerrettens bestemmelser bl a i C 5, 5, 6.

Børn, som de haffue afflet sammen, at lide nogen skade enten paa ære eller Gods«. Børnene blev ægtebørn. I betragtning af, at man i engelsk ret stadig står på det standpunkt, at børn, der fødes i void ægteskaber (o: bigamiske ægteskaber, ægteskaber mellem for nært beslægtede eller besvoglede og ægteskaber, hvor en af parterne ved indgåelsen var under 16 år) er født udenfor ægteskab, og at det ikke er så længe, siden man nåede til at erklære børn i samtlige voidable ægteskaber for ægtebørn,¹⁵⁾ må man sige, at børnenes status også efter ældre dansk ret var ordnet nogenlunde tilfredsstillende.

Hvad der med rette kunne motivere en ændring af reglerne om virkningerne af ægteskabs ugyldighed, var derfor overvejende, at det bl a på grund af uklarheden og dobbelttydigheden i ugyldighedsforestillingerne i mange henseender var usikkert, hvad retsvirkningerne gik ud på. Den retstekniske side af problemet er betydningsfuld. I nullitets- og anfægtelighedslæren krydser forskellige tanke-rækker hinanden, og det fører ofte til uklarhed og usikkerhed. Af retssikkerhedshensyn og for at undgå vidtløftige overvejelser, som ellers trænger sig på, og som ikke står i rimeligt forhold til emnets praktiske betydning, er det vigtigt at have klare afgørelsesnormer som autoritativt formuleret ret. Det har man tildels nået gennem § 46 om formuefællesskabets ophævelse, § 48 om ophævelse af den indbyrdes forørgelsespligt og § 45, der simpelthen henviser til skilsmissegloberne som det, man altid kan falde tilbage på, når der ikke er hjemmel til andet.

Disse afgørelsesnormer er letfattelige, men det er grove gennemsnitsregler, og nogle problemer er uløst. I betragtning af omstødelsestilfældenes fåtallighed¹⁶⁾ har det været fristende at gå summarisk til værks, anvende gyldighedskonstruktionen overalt og undgå undtagelser. Man har navnlig strøget særegler om bigamitilfældet, skønt der her foreligger specielle problemer. Resultatet er, at bigamisituationen ikke er tilstrækkeligt gennemarbejdet, og at man ikke ud

¹⁵⁾ Law Reform Act, 1949, § 4, der tydeliggør ældre bestemmelser. De havde ført til, at et barn mistede sin status som ægtebarn ved annulation af forældrenes ægteskab (non-consummation) 17 år efter dets fødsel. Dredge v Dredge, 1947, Weekly Notes 71.

¹⁶⁾ I 1951 4, i 1952 6 tilfælde. I 1940'erne var der i Sverige gennemsnitligt 5 om året, Undén-Malmström s 72 sammenholdt med Nordstedt s 656. I Tyskland var der i begyndelsen af 1940'erne 1.100-1.200 tilfælde om året af Nichtigkeit og Aufhebung, Lehmann s 35.

fra lovreglerne eller gennem friere overvejelser kan løse spørgsmålene om formuefællesskabets ophævelse, godtgørelse og arv. Bigamitilfældet må være et af de hyppigere omstødelsestilfælde, og manglen af særregler om bigami er derfor beklagelig.

Reglen i § 45 er beslægtet med forskriften i adoptionslovens § 15 om, at den adopterede i princippet stilles overfor adoptanten, som om han var ægtebarn. Formålet har været at give regler, som sammenholdt med andre afgør retsstillingen i en række relationer.

Når der fx spørges, om den, der har givet kredit for en fordring, som er stiftet af hustruen indenfor området af retsvirkningsloven § 11, uanset omstødelsen kan holde sig også til manden, og om hustruens ansvar efter § 26 forældes i løbet af et år, må svaret være bekræftende. En ægtepagt om fuldstændigt særeje, der er oprettet under ægteskabet, godkendt og tinglyst, må respekteres af kreditorerne i overensstemmelse med de almindelige regler i retsvirkningsloven, og negotiorum gestio reglen i § 13 og legitimationsreglen i § 14 virker ligeledes til fordel for tredjemænd.

Også det offentlige må som kreditor behandle ægteskabet som gyldigt for tiden indtil dommen og for tiden derefter som ophørt ved skilsmisse. Spørgsmålet kan blive aktuelt ved anvendelsen af utallige retsregler i fx skattelove og forsorgslove. Når en gift mand indkomstbeskattes til staten, gives der ham et fradrag som forsørger. § 45 udelukker, at skattemyndighederne efter omstødelse kan præsentere manden for en ekstra regning med den begrundelse, at parterne juridisk set ikke har været gift, hvorfor han ikke har krav på dette nedslag i skat.¹⁷⁾ Omvendt kan skatteyderen ikke, hvis hans hustru har haft indtægt, som er sambeskattet med hans, nu gøre gældende, at ansættelsen må revideres, og hver ægtefælle beskattes for sig. Om hustruens forpligtelse til overfor det offentlige at forsørge ægtemanden bestemmes det ved forsorgslovens § 2, at den hører op ved separation og skilsmisse, men intet om, hvorledes det går ved omstødelse. § 45 fører til, at den også her ophører. Skilsmisse i forsorgslovens § 2 læses som »skilsmisse og omstødelse«.

Hvis hustruen før ægteskabet var fraskilt og havde krav på fastsatte underholdsbidrag, er kravet ophørt ved det nye ægteskabs stiftelse, jfr ægteskabslovens § 69, stk 2, og det vågner ikke op igen ved omstødelse af ægteskab nr 2 så lidt som ved skilsmisse. En

¹⁷⁾ En dommer kan også ud fra en ugyldighedskonstruktion ræsonnere sig til det samme resultat, se 1936 2 KB 503.

rentenydelse, der løber, så længe vedkommende er ugift, kan heller ikke kaldes til live igen ved en omstødelse. Omvendt kan den, der har fået udbetalt en kapital, der var båndlagt indtil ægteskabs indgåelse, ikke efter omstødelse være forpligtet til tilbagebetaling til forvaltningsinstituttet.

Om man også i relation til straffelovens § 210 om straf for blodskam skal behandle ægteskabet som gyldigt for tiden indtil omstødelse med den virkning, at fx en faders forhold til en datter, som han måtte have indgået ægteskab med, ikke kan straffes som blodskam, men kun efter § 209, er omtvistet. Motiverne til straffeloven giver støtte for, at man fortolker den yngre straffelovsbestemmelse således, at der i denne relation ses bort fra indgået ægteskab, og § 45 er måske ikke til hinder for denne »subjektive« fortolkning af § 210, som reale grunde gør ønskelig.¹⁸⁾ Efter at ægteskabsforbudet ved § 12 er blevet begrænset, synes spørgsmålet uden videre interesse.

Vedtagelsen af loven af 1950 om dansk indfødsret har medført, at en omstødelse ikke længere kan få betydning for den statsborgerlige stilling. En fremmed kvinde, der indgår ægteskab med en dansk mand, erhverver ikke som før dansk indfødsret ved selve ægteskabet. Og erhverver en dansk kvinde fremmed statsborgerret ved ægteskab med en udlænding, vil det ikke være ægteskabets indgåelse, men en ansøgning, der får indflydelse på hendes statsborgerlige forhold til Danmark.

Ved formuefællesskabets opløsning finder § 45 anvendelse på den måde, at hovedreglen bliver ligedeling, efter at bodelene er gjort op på sædvanlig måde. Dette fremgår også af formuleringen af reglen i retsvirkningslovens § 16, stk 2, der anvender udtrykket ægteskabets »ophør« og fastsætter, at ligedeling finder sted, medmindre undtagelse har særlig lovhjemmel. Den formue, der hidrører fra en under ægteskabet opsparet arbejdsfortjeneste, renteindtægt, driftsherregævinst, spekulations- eller lotterigævinst, deles efter hovedreglen.

Har ægteskabet kun varet kort tid, fortrænges hovedregelns virkninger af undtagelsen i § 46 med skævdeling af 1) hvad der er indbragt i boet ved ægteskabets indgåelse, 2) hvad der senere er erhvervet ved arv eller gave, og 3) hvad der er overført til fællesboet

¹⁸⁾ Borum II s 86 med henvisninger.

fra eget særeje. Det er ikke selve de indførte, arvede eller overførte ejendele, som kan kræves tilbage, men så meget af fællesboet, som i værdi svarer dertil. Begrundelsen for, at man ikke giver et tilbageleveringskrav, har vel bl a været ønsket om, at et delvis forbrug under ægteskabet af sådanne midler skal kunne flyttes og ramme ægtefællerne i forhold til midlernes størrelse, ikke i lige forhold eller i forhold til de samlede bodele, jfr tilføjelsen om, at strækker den fælles formue ikke til, sker der »forholdsvis« afkortning. Afkortningen sker efter forholdet mellem de efter § 46 opgjorte krav. Selvom ægtefællerne således ikke har et udleveringskrav, vil reglen i skiftelovens § 65 om, at den, der har indført en genstand i boet – når bortses fra det såkaldte næringsløssøre –, har en fortrinsret til at forlange udlæg i denne, praktisk føre til nogenlunde samme resultat.

§ 46 er redigeret ud fra ordningen med mandens rådighed over hele fællesboet. Det ville være lettere forståeligt og nemmere, om man nu skrev, at man ved bodelingen skal gå frem, som om det, enhver af ægtefællerne har indbragt ved ægteskabets indgåelse, senere erhvervet ved arv eller gave eller overført til bodel fra sit særeje, var hans særeje.¹⁴¹⁾ Men forbrug går da ud over den ægtefælle, af hvis bodel der er brugt.

Har ægteskabet været nogen tid, kan forskellen mellem værdien på indførelsestidspunktet og opgørelsestidspunktet på grund af konjunkturstigning på varelager, fast ejendom, aktie osv være ret betydelig. Det stemmer bedst med hovedsynspunktet i § 45, at man i så fald lægger værdien på indførelsestidspunktet til grund og deler værdistigningen ÷ forbruget lige mellem ægtefællerne, og efter formuleringen af § 46 er denne fortolkning i og for sig den nærmest liggende. Når motiverne forudsætter, at det er værdien på opgørelsestidspunktet, der lægges til grund, kan det ikke være afgørende, da man, dengang man skrev motiverne, ikke havde haft erfaringerne fra to verdenskrige med de voldsomme og pludselige stigninger af alle realværdier. I praksis vil man dog antagelig følge motivernes løsning, da den stemmer bedst med såvel den norske som den svenske regel.

En anden afvigelse fra skilsmissereglerne er bestemmelsen i § 48 om, at det for tiden efter en omstødelse ikke påhviler nogen af

¹⁴¹⁾ Giftermålsbalk, 10 kap 5 §. og norsk lov af 1918 § 37 som ændret i 1927.

ægtefællerne at bidrage til den andens underhold. Hvis en mand fx ved en omstødelse efter hans begæring i henhold til § 44, stk 1, nr 3 in fine påtager sig at betale et årligt bidrag til hustruens underhold, foreligger der en almindelig forsørgelsesaftale med gavemoment. Viser det sig, at aftalen er åbenbart ubillig, vil den efter påstand kunne tilsidesættes, når kravet gøres gældende under omstødsessagen, i overensstemmelse med § 72, der også finder anvendelse ved omstødelse, jfr § 45.

Godtgørelsesreglen i § 47 og navnereglen i § 49 er en særlig udformning af skilsmissereglerne i §§ 67 og 74. I de hyppige omstødselstilfælde bigami kan ægtefælle nr 2, såfremt hun ved ægteskabets indgåelse var i god tro, ved dommen i omstødsessagen efter påstand få tilkendt en godtgørelse hos bigamisten, der fastsættes under hensyn til begge ægtefællers formueforhold og også skal være erstatning for torten. Domstolene har meget frie hænder ved godtgørelsens udmåling.

Efter § 49 kan bigamisten ikke forhindre hustru nr 2 i fortsat at bruge hans navn, hvis hun var i god tro ved ægteskabets indgåelse. Var også hustru nr 2 i ond tro, er hun afskåret fra at kræve godtgørelse, og nu kan manden nedlægge påstand om, at det i omstødselsesdommen udtales, at hun ikke må bære hans navn. Af hensyn til bigamisten er der ingen grund til at imødekomme dette ønske, og det kan måske være tvivlsomt, om man bør tolke § 49 således, at den beskytter bigamistens interesser. Efter den svenske regel kræves det udtrykkeligt, at manden skal være i god tro. Men der kan jo også være hensyn at tage til hustru nr 1 og hendes børn med manden. Som reglen er formuleret, har de ingen selvstændig ret til at forlange, at hustru nr 2 skal høre op med at benytte familienavnet.

Sker omstødelse på grund af svig, kan den besvegne ægtefælle få en godtgørelse hos den anden, og er det hustruen, der har anvendt svigen, kan retten til at bære mandens navn efter hans påstand frakendes hende.²⁰⁾ Ved sindssygdom kan den raske aldrig få tilkendt godtgørelse hos den syge. Der kan heller ikke blive tale om at frakende den ved ægteskabets indgåelse sindssyge hustru retten til at bære mandens navn. En sindssygs kendskab til egen tilstand kan man ikke tillægge betydning.

²⁰⁾ UfR 1930 s 1100.

Det er omstridt, om § 45's gyldigheds- og skilsmissekonstruktion har virket tilfredsstillende. Hvor omstødelse sker på grund af svig, sindssygdom, impotens eller kønssygdom, er der næppe grund til at kritisere lovreglerne, og det må være de fleste tilfælde. Når man ser, hvorledes de engelske dommere i deres vota må slås med nullitets- og anfægtelighedskonstruktionens logiske konsekvenser og undertiden må tage deres tilflugt til kunstgreb for at nå til resultater, som de idag kan acceptere, må man vist sige, at det var et stort fremskridt, da man i 1922 begrænsede ugyldighedsvirkningen i teknisk forstand til kompetence- og formmangler og gik over til gyldighedssynspunktet ved alle overtrædelser af de dirimerende ægteskabsforbud og ved mangler ved samtykket. Ugyldighedskonstruktionens anvendelse på dette område er skadelig, fordi den nagler tanken til det udgangspunkt, at man skal behandle ægtefællerne, som om de aldrig havde været gift. En idé kan virke som en magnet.²¹⁾

Men man skal nødig gå til den anden yderlighed og deducere omstødelsevirkningerne fra en gyldighedskonstruktion uden hensyn til, om det overalt er hensigtsmæssigt at gribe til skilsmisseanalogien. Det kan ikke nægtes, at man i §§ 45-51 er gået for let over blodskamstilmældene og bigamitilmældene. Blodskamstilmælde kan man se bort fra, da vanskelighederne opstår ved § 12 og ikke ved § 13. Man kommer ikke ud for, at en mand bliver gift med en kvinde, der bevisligt er hans datter eller søster. Bigamitilmældet må derimod forekomme ret regelmæssigt, idet der gennemsnitligt er 3-4 mænd om året, der dømmes for bigami.

Situationen er speget. Det var den også før 1922, men det er blevet vanskeligere, fordi man nu har accepteret, at ægteskab nr 2 er et fuldgyldigt ægteskab. Modsat alle andre omstødelsestilmælde kommer manden her til at leve i to fuldgyldige ægteskaber på een gang.

Om bigamitilmældet er der en særregel i § 50, stk 5, om pension mv. Hustru nr 1 har præference til pension, erstatning efter ulykkesforsikringsloven og lign. Bortset herfra skal man finde frem til løsningen ved anvendelse af de almindelige regler. To samtidig eksisterende lige gyldige ægteskaber skaber uløselige konflikter med hensyn til opløsning af formuefællesskab og arv svarende til, hvad dommere i visse muhammedanske og indiske stater ville komme ud for, hvis man accepterede, at en mand gyldigt kunne have to hustruer, men undlod ved ordningen af formueforholdet og arv mellem ægtefæller at tilpasse retsreglerne til dette. En særejeordning under en eller anden form og en medgiftsordning synes at være polygamiets modstykke. Hvis bigami-

²¹⁾ Se fx Grant s 101. Gyldighedskonstruktionen er antydnet af enkelte kanonister, Esmein II s 35 nederst med note 4.

sten har særejeordning i begge ægteskaber, forsvinder problemerne, medmindre han når at dø inden omstødelse.

Reglen i § 50, stk 5, fjerner nogle konfliktmuligheder. En pension og en enkeerstatning efter ulykkesforsikringsloven vil herefter antagelig som forudsat i motiverne²²⁾ altid udelt gå til hustru nr 1. Forsåvidt angår livsforsikringer, løser spørgsmålet sig vel undertiden af sig selv derved, at den begunstigede er indsat ved navns nævnelse. Med støtte i denne særbestemmelse må man kunne afvise at dele en pension efter grundsætningen i lovgivningen om fraskilte hustruers pensionsret. Den har ikke denne særprægede situation for øje. Men i visse tilfælde vil løsningen med at give hustru nr 1 retten kunne virke stødende. Man tænke sig en sømand, der i 1944 giftede sig i England og derefter forlod hustruen for stedse og i 1945 giftede sig med en dansk kvinde. Herefter bliver han ansat som matros under D.S.B. Skal virkelig hustru nr 1 uden hensyn til, hvad der sker, i 1970 ved hans død kunne melde sig med krav på pension? Her kunne man fristes til at bruge grundsætningerne i loven om fraskilte hustruers pensionsret og de tilsvarende regler i tjenestemandsløven på den måde, at man delte efter det åremål, som han havde levet sammen med hver hustru. Men D.S.B. måtte erklære sig enig.

Hvorledes man rettelig skal anvende reglerne om formuefællesskabets ophævelse og arv og uskiftet bo, er det unødvendigt at gå dybere ind på, for man kan nå til alle mulige løsninger. Den ene er lige så god – eller lige så dårlig – som den anden. Retsystemet er ikke indrettet på at give en løsning, og så kan man ikke presse det for en fornuftig og rimelig løsning. I praksis løses konflikterne vel hyppigt på den måde, at hustru nr 1 forlanger skilsmisse, og at hustru nr 2 og bigamen går ind derpå og på hendes krav om, at hun beholder sin bodel ubeskåret. De er som regel interesseret i, at manden bliver skilt fra den første. Men iøvrigt er bigamister og deres ægtefæller vel sjældent så velstillet, at der opstår store formueretlige problemer. Og når de dør, opdages det oftest ikke, at de har været bigamister.

En anden besynderlig konsekvens af de to samtidig gyldige ægteskaber, som man vistnok er nødsaget til at acceptere,²³⁾ er, at ægtefælle nr 1 ikke kan kræve skilsmisse på grund af ægteskabsbrud efter § 59, hvis fristen i § 58 skulle være udløbet, men må nøjes med separation. Ægteskab nr 2 er lovligt, og samlivet med hustru nr 2 kan derfor vanskeligt karakteriseres som ægteskabsbrud, cfr engelsk rets bigamy with adultery. Resultatet er stødende, men det ses ikke, hvad nytte § 58 med dennes frist er til, hvis man ikke går ud fra, at mandens samliv med begge hustruer er lovligt, og at ingen af dem kan kræve skilsmisse på

²²⁾ Famkom I s 184.

²³⁾ Tvivlende Trolle i Festskrift tillägnad Birger Ekeberg, 1950, s 504–05.

grund af hans ægteskabsbrud med den anden. At nr 1 efter nu-gældende ret skulle have en første prioritet i ham i denne relation, har ingen støtte i ægteskabsloven.²⁴⁾

I §§ 50–51 gives der nogle bestemmelser om, hvorledes der skal forholdes med hensyn til formuefællesskabets ophævelse efter § 46, godtgørelse efter § 47 og legal arv til ægtefælle, hvis en af ægtefællerne i et omstødeligt ægteskab dør. Reglerne er ikke gennemarbejdet, og bortset fra § 50, stk 5, har man heller ikke her forsøgt at give en løsning for bigamitilfældet. Da det må være uhyre sjældent, at man kan få brug for disse regler, forbi-gås de.²⁵⁾

²⁴⁾ Om omstødelsens virkninger se navnlig Trolle I c. Om bigamisituationen Famkom I s 174–78, Bentzon, 1924, s 140–42, Borum II s 90, Arve-lovskommissionens betænkning, 1941, s 92–93. Om de norske komplicerede regler, der er en blanding af ugyldighed og omstødelse, se Arnholm s 232–48.

Den romanistiske litteratur se fortegnelse hos Hugo Horvath: Die Wirk-ungen der nichtigen und anfechtbaren Ehe nach ZGB und Kontrollraths-gesetz, Zürich 1951.

²⁵⁾ Herom nærmere Borum II s 91–93.

ANDET AFSNIT

ÆGTEBØRN OG ADOPTIVBØRN

§ 5. PATER EST

Med fremstillingen af betingelserne for ægteskabs indgåelse og gyldighed er der gjort rede for, hvilken betydning man skal tillægge udtryk i lovene som »gift mand«, »hustru«, »den, der har indgået ægteskab«. Når en person kan fremvise en på hans navn lydende vielsesattest, der er udstedt af dansk borgerlig myndighed eller af en præst indenfor folkekirken, kan man stole på, at vedkommende gyldigt har indgået ægteskab og henhøre ham under retsreglerne om gifte med det forbehold, at ægteskabet kan være ophørt ved død, skilsmisse eller omstødelse eller dets virkninger i visse relationer suspenderet ved separation. Tvivl om, hvorvidt en person skal henføres under retsreglerne om gifte eller ugifte, kan praktisk taget kun opstå, når et retsforhold indeholder fremmede elementer, og man kommer ind under kombination med den interlegale rets regler. Herfra abstraheres der.

Inden reglerne om ægteskabets normale retsvirkninger kan udredes, må yderligere gennemgås de normer, i henhold til hvilke det afgøres, om et barn har status som ægtebarn eller barn udenfor ægteskab. Når et barn fødes af en gift kvinde, kan det få stilling som ægtebarn dels efter pater est reglen, dels i kraft af reglen i ægtebørnslovens § 4. Er det født før ægteskab, kan det legitimeres gennem forældrenes påfølgende ægteskab, § 5. Når der ses bort fra enkelte retsregler om børn født før 1938, kan status som ægtebarn kun opnås på disse to måder.

Et ægtebarnslignende forhold kan stiftes ved adoption, og selv om adoptivbørn arveretligt er stillet væsentligt anderledes end ægtebørn, har de i de fleste andre relationer samme stilling som ægtebørn, navnlig overfor reglerne om forældremyndighed. Det er derfor hensigtsmæssigt at behandle reglerne om adoptions stiftelse i denne sammenhæng og straks at gøre rede for, i hvilke henseender adoptivbørns stilling afviger fra ægtebørns. De fleste adoptivbørn er adopteret af gifte.

I. *Pater est reglens oprindelse og indhold.*

Når et af en gift kvinde født barns egenskab af ægtebarn omtvistes, må det bevises, hvem der er moder, at moderen er eller har været gift, og at ægtemanden er fader.

Om beviset for, hvem der er moder, gælder der intet særligt. Spørgsmålet kan som regel klares ved fremlæggelse af fødsels- eller dåbsattest. I fornødent fald må den jordemoder eller læge, der har assisteret ved fødslen, føres som vidne. Ved forbytning af børn på sygehus eller klinik,¹⁾ tyveri af barn fra barnevogn og en kvindes svigagtige udgivelse af et barn som sit har man undertiden kunnet støtte identifikationen ved blodtypebestemmelse. Moderens ægteskab bevises gennem vielsesattest.

I biologisk forstand har et barn kun een fader. Da der ikke kan føres bevis for, hvem dette *er*, har man tidligt dannet en retsregel om, hvem der skal *anses* for fader til de af en gift kvinde fødte børn, *pater est quem nuptiæ demonstrant* (*nuptiæ* = bryllup. Ordets stamme antagelig fra indoeuropæisk ord for elske, ægte).

Sætningen er et citat af en del af et fragment fra Digesterne, og man går derfor i almindelighed ud fra, at den er af romerretlig oprindelse og reciperet af dansk ret i den periode, hvor mange andre romerretlige grundsætninger blev reciperet: i det 18 årh's slutning. Man møder den i denne tids familieretlige litteratur og kan også støde på den i kancelliresolutioner. Opfattelsen er næppe rigtig. Den sammenhæng, hvori sætningen forekommer i Digesterne, tyder ikke på, at der er tale om en betydningsfuld familieretlig regel. Man har i klassisk romersk ret næppe arbejdet med en formodningsregel af et så præcist indhold som den senere kendte.²⁾ Reglen er vist skabt af kanonisterne, tilmed af de yngre, og indfortolket i romerretten. En forfatter som Hostiensis fra slutningen af det 13 årh giver en begrundelse, som tyder på, at man ikke på denne tid helt har haft øje for de problemer, der skjuler sig bag sætningen, idet han henviser til, at høsten på en mark tilhører ejeren. Den noget yngre Panormitanus (berømt kanonist fra begyndelsen af det 15 årh) giver derimod en formulering, der viser, at han har været klar over reglens begrundelse og rækkevidde, og da hans kommentar til en del af Corpus juris canonici efter alt at dømme har været benyttet af de gejstlige domstole i Danmark i den katolske tid, har hans synspunkter sikkert her som andetsteds haft indflydelse på den ældste praksis:

»*Meningen med glossen er, at når en søn fødes af en mands*

¹⁾ NJA 1949 s 144.

²⁾ Schulz s 143.

hustru, formodes han at være mandens barn, thi afstamning kan ikke bevises på faderens side. Derfor står der i loven, at moderen kender man altid, men at fader er $\varnothing$: formodes han at være, som brylluppet udviser, således som der står i Digesterne 2, 4, 5. Dette gælder, hvis manden var nærværende; anderledes hvis han har været fraværende i så lang tid, at han ikke har kunnet avle sønnen, thi så kan han bestride, at det er hans søn og bevise, at hustruen har begået ægteskabsbrud. Lad os fx tænke os, at han har været borte i to år og ved hjemkomsten finder en tre måneder gammel søn . . . Men hvis ægtemanden lever sammen med hustruen, så formodes sønnen at være hans, også selvom han kunne bevise, at hustruen på samme tid har begået ægteskabsbrud med en anden. *For når han kan være søn af begge, bør vi opstille en formodning om, at han er avlet af ægtemanden og ikke af ægteskabsbryderen.*«

Et andet sted varierer Panormitanus tanken ved at skrive, at det ikke skal komme sønnen til skade, at moderen siger, at en anden end ægtemanden er hans fader, og heller ikke, at det bevises, at hun på avlingstiden havde samleje med denne anden. Den af Panormitanus udformede retsregel stemmer i princippet med ægtebørnslovens § 2, stk 1. Fælles er, 1) at der opstilles en afbeviselig formodning, 2) at modbevis kan føres på enhver måde, og 3) at der, hvis såvel ægtemanden som tredjemand kan være fader i biologisk forstand, gælder en retsregel om, at ægtemanden skal foretrækkes.

Siden Panormitanus gav *pater est* reglen den nu kendte formulering, er der foretaget vigtige ændringer af retsreglerne om afstamning. Man har fx opgivet kanonisk rets regel om, at ægteskab kan stiftes ved trolovelse efterfulgt af ægteskabeligt samliv, og herved har problemet, om *pater est* reglen også bør gælde for børn, der *må* være avlet før ægteskabet, fået større betydning. Når ægteskab kan stiftes *copula sponsalibus superveniens*, vil vel de fleste af de børn, der omfattes af ægtebørnslovens § 4, være avlet i ægteskab eller ved selve den ægteskabsstiftende akt.

Efter indvundne erfaringer har man endvidere i § 2, stk 2, begrænset samlejepræsumptionen, så den ikke gælder i forholdet mellem fraseparerede eller mellem ægtefæller, der levede faktisk adskilt i det kritiske tidsrum. Og endelig har man taget biologiske bevismidler i brug, hvorved man dels kan sandsynliggøre, om ægtefællernes forklaringer er rigtige, dels i forbindelse med, hvad der iøvrigt er oplyst, modbevise, at ægtemanden er fader. Tidligere var det ikke nødvendigt at fremhæve, at der i *pater est* reglen ligger

to formodninger, en samlejeformodning og en faderskabsformodning, for mulighederne for at bevise, at en ægtemand, der i de kritiske måneder havde haft samleje med hustruen, dog ikke kunne være fader, beroede praktisk talt på, om der kunne føres bevis for *impotentia generandi*. Det er meget vanskeligt.

Trods disse ændringer er det centrale i *pater est* reglen stadig det, som Panormitanus har peget på. Hvis en gift kvinde føder et barn, og det er oplyst, at hun i de kritiske måneder har haft samleje med ægtemanden og tredjemand, og hvis det hverken ved blodtypebestemmelse eller på anden måde er muligt at fastslå, at ægtemanden ikke kan være fader, er han det i kraft af lovens *tvivlsløsning om, at ægtemanden skal foretrækkes*.³⁾

Når et barn er ægtebarn, kan der ikke forlanges bidrag til dets underhold af mænd, der har haft samleje med hustruen i de kritiske måneder. Et barn kan ikke på een gang være i besiddelse af to retskvaliteter: ikke både være ægtebarn og barn udenfor ægteskab, ægtebarn og adoptivbarn, barn udenfor ægteskab og adoptivbarn. Slutningen følger af reglerne om legitimation og kuldlysning af børn udenfor ægteskab og af reglerne om adoptionsforholdets stiftelse. Moder og barn kan have en økonomisk interesse i at kunne kombinere eller alternere fx i den situation, at ægtemanden dør, men en sådan jongleren med retsreglerne vil være utilladelig.

II. *Samlejepræsumtionens bortfald.*

Det posthume barn får ægtebarns status, medmindre det bevises, at ægtemanden ikke kan være dets fader. Fødes barnet inden 9 à 10 måneder efter mandens død, vil det som regel være mandens. Sker fødslen senere, kan der opstå vanskelige konflikter, hvis enken anmelder barnet til ministerialbogen som ægtebarn. Det sker vist sjældent. Af hensyn til barnets forsørgelse er enken interesseret i at få *tertius* dømt som fader, og hun foranlediger derfor rejst en faderskabssag. Det er ikke nødvendigt, at enken først ved en ægtebarnssag får fastslået, at barnet ikke er ægtebarn. Når hun selv indrømmer forhold til tredjemand, kan hun straks rejse faderskabssag.

³⁾ Reskript 28 okt 1786, Bentzon, 1916, s 272 note 32 med domme, UfR 1916 s 360 og nu fx 1940 s 267, 344 og 432 alle H. I engelsk ret er reglen ikke lovfæstet, og man kan følge udviklingen tilbage til kanonisk ret. Se 1903 P 141 som eksempel.

Ægtemandens død udelukker ikke, at moderen eller en særlig værge for barnet kan rejse ægtebarnssag, men mandens andre arvinger kan hverken i denne eller andre situationer anlægge sådan sag, ægtebørnslovens § 3, og de må også være afskåret fra at anlægge et negativt fastsættelsessøgsmål. Når der er tale om et posthumt barn, kan de imidlertid gå en anden vej. Det antages, at de under dødsboets behandling kan bestride, at barnet er ægtebarn og påstå, at det ikke skal have arv. Indsigelsen kan også komme som en protest mod hensiddende i uskiftet bo med livsarving med henvisning til, at barnet ikke kan være mandens. Så længe der er tale om et posthumt barn, stemmer det med forholdets natur, at medarvingerne får adgang til at bestride barnets stilling som ægtebarn i den relation, hvor det har interesse for dem. Ægtemanden har jo været afskåret fra at anlægge sag.

Arvingernes praktiske muligheder for under en disput i skifteretten at bevise, at et posthumt barn er født udenfor ægteskab, er dog begrænset. Hvad de kan afkræfte, er samlejepræsumptionen og ikke faderskabspræsumptionen. Selvom de fx gennem bloddonorkort har klarhed over ægtemandens blodtype, støder de på to vanskeligheder. Den ene er, at *pålidelig typebestemmelse kræver gentagne blodprøver*. Der kan begås fejl ved typebestemmelse,⁴⁾ og man kan ikke ved en udelukkelseskonklusion nøjes med bestemmelse på grundlag af en prøve, men må have to. Selv en gentaget blodtypebestemmelse kan, som man kan se af nyere norske domme, være forkert foretaget. Det kan arvingerne ikke klare.

Den anden er, at arvinger ikke kan fremtvinge typebestemmelse af hustru og barn. *Det kan ikke engang ægtemanden gøre under en ægtebarnssag, medmindre hans påstand om, at han ikke er barnets fader, er væsentligt bestyrket*, retsplejelovens § 456q, stk 3.⁵⁾ Man har ikke villet give manden mulighed for på grundlag af en løs mistanke at gå til domstolene for at få hustruens forhold undersøgt. Nogen lovhjemmel til, at arvinger kan fremtvinge typebestemmelse, findes ikke, og efter de betragtninger, der har ført til begrænsning af ægtemandens ret, kan hustruens vægring ved at frem-

⁴⁾ UfR 1951 B s 203, 1952 s 945, 1954 s 489 H. NRt 1953 s 277, 415 og 595, jfr herved UfR 1954 B s 189-90. I promiscuitetssager opdages fejl sjældent.

⁵⁾ UfR 1953 s 769, hvor Højesteret i en kendelse afslår mandens begæring om at få fremtvunget blodtypebestemmelse af et 12 år gammelt barn.

stille sig og barnet ikke tages som bevis for, at barnet kan være avlet udenfor ægteskab. Der gives mange legitime grunde til afslag. Men selv om man tolker hustruens vægring imod hende, viser det kun, at barnet *kan* være avlet udenfor ægteskab, ikke, at det er praktisk udelukket, at det er ægtemandens. Og det er det, som arvingerne skal bevise.

Medarvingers mulighed for at gøre et posthumt barn arveløs beror følgelig på, om de kan modbevise samlejepræsumptionen *gennem selve længden af den tid, der er gået mellem mandens død og barnets fødsel*. I børnelovene er der ikke givet regler om den korteste og længste svangerskabsperiode. Dansk ret stemmer her med norsk, svensk og engelsk, medens der i ZGB og BGB til dels efter romeretligt forbillede er optaget bestemmelser om, hvilken svangerskabsperiode man skal regne med.⁶⁾ Forskellen mellem de to systemer er ikke så stor, som man kunne tro. Kodifikationernes regler er kun formodningsregler. I ZGB findes der fx en forskrift om, at et barn, der fødes indenfor en frist af 300 dage efter ægteskabets opløsning, anses for ægtebarn. Fødes det senere, »wird die Ehelichkeit nicht vermutet«. Der er således i og for sig ikke noget til hinder for, at barnet ved fødsel efter fristens udløb kan opnå ægtebarns status, men det er nu hustruens og barnets værge, der gennem erklæringer fra sagkyndige må bevise, at barnet uanset overskridelsen kan være mandens. Hvis barnets udseende, vægt og længde tyder på forsinket fødsel, kan beviset føres.

Efter dansk ret er det domstolenes sag fra tilfælde til tilfælde at afgøre, hvor længe efter ægtemandens død pater est reglen virker. I faderskabssager i teknisk forstand 3: sager, hvorved faderskabet til børn udenfor ægteskab eller grundlaget for bidragspligt søges oplyst, er underretterne på grund af sagernes mængde og afgørelsernes mindre rækkevidde nødt til i den daglige praksis at arbejde med ret faste gennemsnitsregler om svangerskabstidens længde, hvorved der dog tages hensyn til, om barnet synes født til normal tid, for tidligt eller for sent. Disse synspunkter lader sig også anvende i ægtebørnssager, når der foreligger andet bevis for ægteskabsbrud. Er dette ikke tilfældet, må man efter de betragtninger, der har ført til pater est reglen, ved posthume børn regne med *den efter sagkyndige vurderinger længst mulige svangerskabsperiode*, og er de

⁶⁾ ZGB art 252 og 255 og BGB § 1592 samt D 38, 16, 3 §§ 11-12 og D 1, 5, 12.

sagkyndige ikke enige, må man – deres kyndighed forudsat – følge den sagkyndige, der går ud fra, at barnet fra et biologisk synspunkt kan være ægtebarn. De regler, som er fastsat af Justitsministeriet om indhentelse i visse sager af erklæringer om svangerskabsperiodens længde fra embedslæger og Retslægerådet, har alene henblik på sager om børn udenfor ægteskab.

Spørgsmålet om den længste og korteste svangerskabsperiode interesserede Hippokrates, som har skrevet bøger både om 10- og 7-måneders barnet. På grundlag af udtalelser af Hippokrates havde man i romerretten en regel om, at et barn, der fødes efter 10-måneders fristens udløb, ikke kunne tage arv.

I dansk praksis er man, så vidt ses, hidtil både i ægtebørns- og faderskabssager sluppet for at skulle tage stilling til ekstreme tilfælde.⁷⁾ I nyere engelsk praksis har man ofte haft sager herom. I en afgørelse fra 1921 accepterede dommeren 331 dage, men da man havde glemt at veje barnet, tillægger man nu ikke dommen videre betydning. I 1949 afsagdes der en dom om, at 340 dages svangerskabstid for et normalt udviklet barn på 7¼ engelske pund ikke kunne godtages, men var bevis for ægteskabsbrud. Rekorden for, hvad der har kunnet passere som muligt, skal efter disse sager have været 336 dage, men så var barnet også på 16¼ engelske pund, og fødslen frembød mange tegn på stor forlængelse af den normale periode.

I faderskabssager tager man i dansk praksis ved vurderingen af, om barnet er født for tidligt eller for sent, ikke hensyn til barnets længde, men alene til dets vægt, og 7 pund anses for normal vægt både for drenge og piger. Efter synspunkterne bag pater est reglen må enhver grundet tvivl være til gunst for barnet, og der må derfor her også tages hensyn til barnets længde ved fødslen.

Efter nogle tyske undersøgelser, der ofte påberåbes fx i norske domme, skal svangerskabsperioden i 99% % af tilfældene andrage mellem 250 og 298 dage.⁸⁾

Om beviset mod samlejepræsumtionen kan man sige, at det altid har været svært at føre et bevis, der tilfredsstiller dommere, for, at ægtefæller ikke har haft samleje i den ret lange periode på op til tre måneder, som avlingstiden må sættes til i en ægtebarns-

⁷⁾ UfR 1875 s 181, 306 dage anerkendt.

⁸⁾ NRt 1951 på s 1149, 1921 P 425, 1949 P 331 og 1951 AC 392. Walin s 582 om, at barnets vægt beror på ernæringstilstanden og derfor er mindre pålideligt tegn end længden, og at drenges gennemsnitsvægt alt andet lige er lidt større end pigers. Se iøvrigt Walin s 43-45, UfR 1937 B s 296-98 med oplysninger om ældre dansk opfattelse, NRt 1932 s 325 og 1950 s 540, NJA 1948 s 698 og 1950 s 520 med sagkyndige erklæringer samt Ärvdabalk s 233 om Linders-Soops tabeller.

sag. Dommerne fortsætter en tradition fra kanonisk ret, som er reelt velbegrundet. Livets erfaring går ud på, at det er ægtemændene, der er fædre til de af deres hustruer fødte børn, og pater est reglen fører således til resultater, der stemmer med almenmenneskelige erfaringer. Begrundelsen for den konsekvens, hvormed dommere gennem århundreder i den vesteuropæiske kulturskreds har håndhævet pater est præsumtionen, skal dog tillige søges i, at bevis mod samlejepræsumtionen kun i undtagelsestilfælde kan føres på anden måde end ved det sletteste og mest upålidelige bevismiddel i sager af denne art, de implicerede parter forklaringer.⁹⁾ Indtil genetiken i det 20 årh udviklede sig til en videnskab, hvis resultater domstolene i almindelighed kan bygge på i en afstamningssag, var det kun muligt at modbevise faderskabspræsumtionen gennem bevis for sterilitet eller det bevis, der ligger i, at en skandinavisk kvinde, der er gift med en skandinaver, får et barn med negroide træk. Bestræbelserne måtte gå ud på at modbevise samlejepræsumtionen.

Efter ældre opfattelse kunne afgørelsen af en retssag ikke bygges på partsforklaring. I princippet har man opgivet denne anskuelse, men partsforklaring i ægteskabssager, ægtebarnssager og faderskabssager bliver ikke derfor mere pålidelig. Ofte er det umuligt at få ægtefællernes forklaringer til at harmonere, og dommeren må da se bort fra mandens påstand om, at han ikke har haft samleje med hustruen i avlingstiden. Men selvom ægtefællerne er enige, er det betænkeligt at træffe afgørelsen på dette grundlag. Der huskes ofte forkert, og forklaringer farves af ønsker og mål. Når et ægteskab er havareret, vil ægtefællerne desuden ofte have en økonomisk eller ideel interesse i at fremstille sagen således, at de ikke har haft seksuelt samkvem i den periode, der er den sandsynlige avlingstid. Der kan foreligge, hvad man i engelsk ret kalder *collusio* 3: aftalt spil, kort sagt løgn.

Ud fra disse erfaringer, som er opsummeret i domssamlingerne, udviser dommere den yderste varsomhed med at acceptere ægtefællers forklaringer som grundlag for at berøve et barn ægtebarns status, og de er særlig kritiske, når der er tale om et posthumt barn, eller når ægtefællen er blevet eller på det kritiske tidspunkt var sindssyg og derfor ude af stand til at afgive forklaring og imødegå ægtefællen.¹⁰⁾ I engelsk ret har man fra gammel tid nægtet at tillægge ægtefællernes forklaringer betydning, hvis de kunne føre til, at et barn måtte anses for barn udenfor ægteskab. Disse betragtninger førte i 1924 til overhusdommen i sagen *Russell v Russell*, hvorved man ekstenderede grundsætningen og

⁹⁾ UfR 1928 B s 286-87.

¹⁰⁾ UfR 1882 s 1003, 1903 B s 223 H, 1940 s 432 H, 1942 s 459 H med note 1 og sfinxbemærkning om »det efter dommens afsigelse for Højesteret oplyste«. NRt 1949 s 594.

skabte så store vanskeligheder for afgørelsen af skilsmisssager, at man senere måtte ophæve retssætningen i dens absolutte form ved en lovbestemmelse. Overhuset kan efter den engelske *stare decisis* doktrin ikke overrulle sine egne domme. Det betyder ikke, at man mener, at erfaringen bag reglen ikke er rigtig, men kun, at den havde fået en for absolut form i dommen.¹¹⁾

Samlejepræsumptionen bortfalder, når der føres bevis for *impotentia coeundi*, men det er for mandens vedkommende vanskeligt at føre. I en enkelt højsteretsdom¹²⁾ har et flertal været inde på at acceptere hustruens forklaring om *impotentia ad hunc* og en antropologisk måling som fyldestgørende bevis mod pater est præsumptionerne. Afgørelsen kan tages til indtægt for den opfattelse, at beviskravet bør lempes, når resultatet af en tilside-sættelse af ægtemanden blot bliver, at barnet henføres til et påfølgende ægteskab. Det er et synspunkt, som er velbegrundet, og som formentlig deles af dommerne i underinstanserne. Den skepsis, som to højsteretsdommere gav udtryk for overfor hustruens forklaring, idet de understregede, at ægtefællerne i avlingstiden havde delt soveværelse, er forståelig. Hvis man kommer ind på at acceptere forklaringer om relativ impotens – tilmed modstridende – som grundlag for afgørelse af en afstamningssag, skal denne svaghed hurtigt brede sig. Den har altid spillet en vis rolle i katolske lande og England, men vanskelighederne ved beviset er næsten uovervindelige.

De krav, der stilledes til modbevis mod samlejepræsumptionen, var ved det 19 årh's begyndelse endnu så vidtgående, at pater est reglen næsten virkede som en præsumptio juris et de jure. Man kan se det fx af en af Højesteret i begyndelsen af 1820'erne afsagt dom.

Godt et år efter meddelelse af bevilling til separation fødte en hustru et barn, og manden anlagde derefter sag om skilsmisse på grund af ægteskabsbrud. Hustruen var inde på at benægte, at hun havde født et barn, og dette skulle i forbindelse med bevillingen være fuldt bevis for det psykologisk umulige i, at manden kunne være fader. Alligevel fastslog retten, at manden ikke havde godtgjort, at barnet var avlet udenfor ægteskab, »hvilket ingenlunde flyder deraf, at bemeldte ægtefolk har været meddelt bevilling til at leve adskilt i henseende til bord og seng, og at barnet efter den tid er avlet«. Schlegels samling bd 3 s 190.

I det lange løb kunne dette upsykologiske standpunkt med fraseparerede ikke opretholdes, og fra århundredets sidste halvdel findes der en del domme, der viser, at retsopfattelsen havde æn-

¹¹⁾ 1924 AC 687 og fx Arnold s 48–49. Ross s 102–05 om *stare decisis* doktrinen i angelsachsisk ret.

¹²⁾ UfR 1949 s 331 H. Sagen var anlagt som faderskabssag. Se iøvrigt i det følgende under IV.

dret sig.¹³⁾ Synspunktet er opretholdt ved ægtebørnslovens § 2, stk 2, med en tilføjelse om, at faderskabspræsumptionen gælder, hvis det godtgøres, at de fraseparerede har haft samleje i disse måneder. Selvom det så også er bevist, at hustruen har haft samleje med tertius, vil barnet blive ægtebarn, hvis ægtemanden ikke modbeviser faderskabspræsumptionen. Ud fra forholdets natur var man nået til det samme resultat, før § 2, stk 2, var formuleret.¹⁴⁾

Hvis en ikke-separeret mand er ude af stand til at føre bevis for impotentia coeundi, beror hans muligheder for at afkræfte samlejepræsumptionen praktisk taget på, om han er i stand til at godtgøre, at han i de kritiske måneder levede »faktisk adskilt« fra hustruen. Ægtefæller, som deler seng, soveværelse eller blot lejlighed, bør ikke have adgang til at forklare, at de dog ikke har haft samleje, og man bør i hvert fald ikke lægge sådanne forklaringer til grund for afgørelsen af en ægtebarnssag, når der ikke er stærke data for, at de er rigtige.¹⁵⁾ Enkeltheder i forklaringer kan give dem et præg af troværdighed fx udsagn om, at manden er homoseksuel, eller vidneudsagn fra en veninde, som hustruen har betroet sig til,¹⁶⁾ men sådanne detaljer kan være fremført netop for at give det usandsynlige sandsynlighedens præg. En blodtypebestemmelse af moder, barn og tredjemand kan i visse tilfælde sandsynliggøre ægtefællernes forklaring, men kan aldrig bevise, at de ikke har haft samleje i et bestemt tidsrum.

Bevis for faktisk adskillelse kan føres på to måder. For det første kan manden bevise, at der på grund af hans – eller hustruens – bortrejse til udlandet, tjeneste på fyrskip, sejlads, udkommando under krig, anbringelse på sindssygehospital, almindeligt hospital eller straffeanstalt¹⁷⁾ eller på grund af anden lignende fuldstændig og kontrollabel afsondring fra hustruen i hele det kritiske tidsrum har været *fysiske hindringer* for samliv. Det, der skal bevises, er, at ægtefællerne ikke kan have haft samleje. Beviset føres gennem erklæringer om, at manden har været ude at sejle osv, fra rederiet, straffeanstaltens ledelse mv. Domstolene vil navnlig have opmærksomheden henvendt på, om fx skibet i perioden har anløbet dansk havn eller nærliggende frem-

¹³⁾ De af Bentzon, 1916, s 272 note 36 nævnte domme.

¹⁴⁾ UfR 1930 s 1087. Separationen antoges at stå ved magt.

¹⁵⁾ Schl 2 bd s 758 H. JU 1857 s 726. UfR 1871 s 394, 1928 s 489 H og 1939 s 811 H.

¹⁶⁾ UfR 1951 s 615 og 1928 s 489 H. Den førstnævnte dom er med dissens, som jeg anser for rigtig, indtil der foreligger anden afgørelse fra Højesteret.

¹⁷⁾ UfR 1901 s 122, 1909 s 749, 1911 s 946, 1919 s 741, 1928 s 958 om bortrejse. JU 1866 s 529 om krig. Forudsætningen i UfR 1884 s 1072 om sindssygehospital se navnlig dissensen. UfR 1911 s 372 om hospital. UfR 1909 s 210 om straffeanstalt, hvor beviset glippede, jfr noten, og Min Tid 1949 s 103.

med havn, så at manden har kunnet nå at aflægge besøg i hjemmet¹⁸⁾ eller hustruen besøg på skibet, om der har været tale om ferie eller udgangstilladelse eller ikke-overvågede besøg af ægtefællen. Kan der ikke skabes sikkerhed for, at dette ikke har været tilfældet, glipper beviset for, at der har været fysiske hindringer.

Mulighederne for at få barnet frakendt ægtebarns status beror da på, om der kan siges at have foreligget en *psykologisk umulighed* α : en allerhøjeste grad af usandsynlighed for seksuelt samkvem, idet årsagen til adskillelse har været uoverensstemmelse. Bevisførelsen koncentrerer sig om årsagerne til samlivsophævelsen, og heller ikke i denne situation kan en afgørelse træffes alene på grundlag af ægtefællers samstemmende forklaringer. Det, der skal bevises, er, at ægtefællerne af psykologiske grunde ikke kan antages at have haft samleje i et bestemt tidsrum. Når kriteriet er psykologisk, er det vigtigt at få en indgående belysning af ægtefællernes forhold før, i og efter de kritiske måneder, og det går ud over ægtemanden, om hans sagfører forsømmer denne side af sagen og fx stryger vidneførsel. Retspraksis hviler på nogle højesteretsdomme fra dette århundrede, der frakender et barn ægtebarns status eller forudsætter, at det har stilling som barn udenfor ægteskab, ud fra den opfattelse, at samleje har været psykologisk utænkeligt.¹⁹⁾ Nogle domme fra ældre praksis ville muligvis ikke være velbegrundet, om sagerne havde været bedre oplyst, og det samme kan måske siges om et par domme fra begyndelsen af dette århundrede, men kritik ud fra dette synspunkt rammer som regel ikke domstolene.²⁰⁾ Fra et præcedenssynspunkt er sådanne domme uden interesse.

Også i fremmed retspraksis har man som i dansk anerkendt, at det ved faktisk ophævelse af samlivet kan bevises, at samleje i en bestemt periode har været psykologisk umuligt. I engelsk praksis findes der talrige sager af denne slags.²¹⁾

Når en ægtemand har bevist, at samlivet mellem ham og hustruen har været hævet i længere tid på grund af uoverensstemmelse, har han opnået at få præsumptionen til at falde bort. Hvis dog hustruen er i stand til at bevise, at de alligevel har haft samleje i de kritiske måneder, træder faderskabspræsumptionen i kraft på samme måde som ved separation. Det betyder, at også

¹⁸⁾ UfR 1894 s 113 (Eckernförde-Strib).

¹⁹⁾ UfR 1912 s 172 og 289, 1919 s 146 og 1924 s 231, alle H. På grænsen UfR 1930 s 641 H.

²⁰⁾ JU 1860 s 405 og den stærkt kritiserede H i UfR 1903 B s 223 (manden på hospital, sagens oplysninger ufuldkomne bl a på grund af hans død) og fx UfR 1867 s 226, 1890 s 704, 1911 s 365 og 1916 s 360.

²¹⁾ En af de ledende domme er *Morris v Davies*, 1837, jfr *Rev Rep* bd 47 s 50f. Afgørende var det psykologiske, at hustruen og hendes elsker skjulte fødslen for manden. Om engelsk praksis se fx *Eversley* s 318-21.

reglen om ægtemandens fortrinsstilling har gyldighed til fordel for barnet og tredjemand.²²⁾ Der bør ikke stilles alt for store krav til bevis fra hustruens side.

III. *Faderskabspræsumptionens bortfald.*

De videnskabelige fremskridt i dette århundrede indenfor medicin og arvebiologi har tilvejebragt muligheder for at modbevise faderskabspræsumptionen, som man ikke før har haft, og domstolene har accepteret, at man på grundlag af biologisk bevis kan frakende et barn status som ægtebarn, selvom ægtefællerne har haft samleje i avlingstiden. Beviset føres især gennem blodtypebestemmelse, men det kan føres på andre måder fx gennem bevis for ægtemandens sterilitet på avlingstidspunktet, gennem antropologiske målinger og gennem andet arvebiologisk bevis.

Blodtypebestemmelse er et arvebiologisk bevismiddel, som er taget i brug i en række lande som Østrig, Tyskland, Schweiz, de skandinaviske lande, enkeltstater i USA, men ikke i England og næppe heller i Frankrig. Efter at man for nogle år siden har fundet et nyt blodgruppesystem, Rhesus-systemet, er blodtypebevisets stilling blevet befæstet. Om bestemmelsens bevisbetydning bør der foreligge en sagkyndig erklæring i enhver sag, hvor der henvises til sådan undersøgelse, men ansvaret for den samlede bevisvurdering er hos domstolene, og et vist kendskab til blodtypebevisets problematik er derfor nødvendig. Blodtypebestemmelse er en del af rutinearbejdet i en afstamningssag, og det er påkrævet, at en sagfører og dommer har så meget kendskab til de elementære regler om blodgruppesystemer og arvegang, at han kan afgøre, om det er til nogen nytte at ofre tid og penge på en undersøgelse. Det vil det i mange tilfælde ikke være.

Blodtypebestemmelsens grundlag er agglutinationsreaktionen α : det forhold, at røde blodlegemer klumper sammen, når man tilsætter visse antistoffer (gluten = lim). Når antistoffet er af passende styrke, er reaktionen klar og kan iagttages uden mikroskop.

Agglutinationen er første gang iagttaget ved blanding af røde blodlegemer fra et dyr af een art med serum fra et dyr af en anden. Men det var først, da en østrigsk videnskabsmand under systematiske undersøgelser over blodets egenskaber fandt på at gennemføre blanding af prøver af forskellige forsøgspersoners blod, at man blev opmærksom på, at menneskene hører til for-

²²⁾ UfR 1939 s 811 H, jfr HRT 1939 s 330.

skellige blodgrupper og fik en forklaring på, hvorfor det kan være risikabelt at give blodtransfusioner.

Dette først fundne og i lange tider det eneste kendte blodgruppesystem kaldes AB0-systemet. De antistoffer, der forårsager blodets agglutination, findes her i blodvædsken hos mennesker. Senere er der fundet en del andre antistoffer ved immunisering af kaniner med blodlegemer fra mennesker og Rhesus-aben og på anden måde. På videnskabens nuværende standpunkt regner man med, at det skulle kunne lade sig gøre efterhånden at nå frem til 8-9 praktisk anvendelige blodgruppesystemer.

Fra begyndelsen var videnskabsmændene klar over, at AB0-systemets blodtypeegenskaber nedarves efter visse regler, og at iagttagelsen derfor måske kunne få betydning for afstamnings-sager. Men det voldte vanskeligheder at finde ud af arvereglerne, som er mere komplicerede end de, der gælder fx for de langt senere fundne MN- og P-systemer. Det blev en matematiker, der gav den forklaring, der bragte orden i iagttagelserne vedrørende arvegangen, og den er siden verificeret gennem utallige nye. Det var også en matematiker, der gav den tydning af Rhesus-syste-met og dets arvegang, som nu formodes at være den rigtige.²³⁾

Blodtypebestemmelse til brug for afstamningssager er centrali-seret på Universitetets retsmedicinske Institut. Rutineundersøgel-ser foretages for tiden efter 4 systemer 1) AB0 med A-gruppens deling 2) MN 3) P og 4) Rh. Foretrækker man af pædagogiske grunde at kalde A₁ A₂-systemet for et særligt system, bliver der 5.

Indenfor det oprindelige AB0-system er der 3 blodtypeanlæg, der betegnes som A, B og 0, og 4 fænotyper (∴ fremtonings-præget) A, B, AB og 0. MN-systemet er enklere med kun to blodtypeanlæg M og N og 3 fænotyper M, N og MN. Fæno-type og genotype (∴ anlægspræget, der er bestemmende for arven, men ikke lader sig direkte iagttage) dækker hinanden ved dette system. P-systemet er næsten lige så simpelt med inddeling i P+, der har P-anlægget, og P⁻, der ikke har det.

Rh-systemet er lidt mere kompliceret. Der er 6 blodtypeanlæg C, D, E, c, d og e samt nogle meget sjældne, som der her må ses bort fra. Man fandt først egenskaben D, og det er dennes til-stedeværelse eller ikke tilstedeværelse, der er afgørende for, om man siger, at vedkommende er rhesus-positiv eller rhesus-negativ. Retsmedicinsk Institut foretager på nuværende tidspunkt altid Rh-bestemmelse med anvendelse af de fire almindelige antistoffer anti-C, anti-D, anti-E og anti-c. Når der ikke kan foretages rhesus-udelukkelse i en afstamningssag, angiver instituttet blot

²³⁾ Agglutinationsreaktionen: Landois i 1875. AB0: Karl Landsteiner i 1900, der også har andel i opdagelsen af MN og P i 1927 og Rh i 1940. Arvegangen indenfor AB0: Bernstein i 1924; indenfor Rh: Fisher i samarbejde med Race i midten af 1940'erne.

den pågældende som rhesus+ eller rhesus÷, men kan der ske udelukkelse af en mand på grundlag af rhesus-systemet, er angivelserne mere detaljerede, idet det med + eller ÷ anføres, hvorledes blodprøven reagerer ved undersøgelsen for de forskellige egenskaber fx C+, D+, E÷, c÷.

Blodtypebestemmelsernes betydning for afstamningssager beror på blodtypernes konstans og arvelighed, der er fastslået gennem talrige familieundersøgelser og undersøgelser af moder-barn og enæggede tvillinger. Som følge af blodtypeforskningens internationale karakter foreligger der nu et meget omfattende erfaringsmateriale, først og fremmest med hensyn til det gennem mere end et halvt århundrede kendte AB0-system, men også med hensyn til MN-, P- og Rh-systemerne.

Den arvebiologiske regel, som man bygger på i afstamnings-sager, går ud på, at et barn modtager et blodtypegen (÷: arveanlæg) vedrørende ethvert af blodtypesystemerne såvel fra sin fader som fra sin moder. De arvelige egenskaber er knyttet til de ultraviolette gener i cellekernens kromosomer, og enhver arvelig egenskab er betinget af tilstedeværelsen af mindst eet genpar. Ved kønscellernes dannelse adskilles hvert enkelt af de talrige genpar i to gener, og ved ægcellens befrugtning forenes påny to gener til et par således, at det ene gen stammer fra faderen og det andet fra moderen. Den arvelige egenskabs udvikling afhænger af den opståede genkombination.

Anvendt fx på MN-systemet fører denne arvegangsregel til, at et barn, hvis fader og moder begge har blodtypen M eller N, må blive M respektive N.

Er faderen M og moderen N, bliver barnet MN.

Er begge forældre MN, kan barnet få alle tre typer.

Den, der fra begge sine forældre har modtaget samme blodtypeanlæg, er i denne henseende homozygot ÷: har fået to ens arveanlæg spændt under samme åg eller er, som man også udtrykker det, »ren« blodtype eller har typen »i dobbelt dosis«. Den, der har fået forskelligt anlæg fra fader og moder, er heterozygot ÷: har fået to uens anlæg spændt under samme åg. Fænotypen M dækker kun over genotypen MM og tilsvarende gælder N.

Anvender man derefter synspunktet på AB0-systemet, kan man slutte, at forældre af ren 0-type altid må få børn af ren 0-type, for fænotypen 0 svarer til genotypen 00. Man kunne yderligere tro, at en A-fader og en A-moder også kun kunne få et barn af typen A, men her kompliceres arvegangen af to forhold. Det ene er, at fænotype A dækker over såvel genotype AA som genotype AO, fordi A-anlægget dominerer over eller »trykker« 0-anlægget, når de optræder sammen. 0-anlægget er ofte til stede ved siden af A-anlægget, men videnskaben har ikke hidtil kunnet finde frem til at angive en metode, hvorefter man kan skelne mellem homozygote og heterozygote A-er. Ganske det samme gælder

B-anlægget i kombination med 0-anlægget, hvorimod A og B kombineres som AB. Det andet forhold er, at det få år efter AB0-systemets opdagelse viste sig, at A-gruppen ikke er en enhed, men kan deles i flere selvstændige undergrupper. De vigtigste er A_1 og A_2 , men der er påvist også A_3 , A_4 og A_5 grupper.

I retssager om afstamning ser man imidlertid ikke så meget arvegangsreglen fra denne synsvinkel, hvor det givne er forældrenes blodtype og det, der skal findes, barnets. Udgangspunktet er barnets og moderens type, og det, der skal findes, faderens mulige type. Til dette brug kan arvegangsreglen omformuleres således: *et barn kan ikke have en blodtypeegenskab, som ikke findes enten hos dets fader eller hos dets moder.*

Heraf kan der for P-systemets vedkommende udledes, at et P-positivt barn ikke kan have et P-negativt forældrepar. Hvis et P-positivt barn har en P-negativ moder, må det have en P-positiv fader, der kan have givet det P-egenskaben. Følgelig kan enhver P-negativ udelukkes som fader. Indenfor P-systemet er dette den eneste udelukkelsesregel, der kan opstilles.

For MN-systemets vedkommende fører synspunktet fx til, at et MN-barn, som har en M-moder, ikke kan have en M-fader, for han kan ikke have afgivet det N-gen, som barnet kun kan have fået fra sin fader. Et MN-barn, som har en MN-moder, kan have en fader af alle tre typer.

Indenfor ABO-systemet kan man slutte fx, at et barn af type A_1 eller B med en moder af type 0 ikke kan have en fader af type 0. Fænotypen 0 svarer jo til genotypen 00, der ikke kan afgive blodtypeanlægget A_1 eller B til barnet. Er barnet og moderen begge fænotype B, vil en mand af enhver type kunne være fader. Moderen kan være både B0 og BB, og dette kan kombineres med alle fænotyper således, at der fremkommer B0 eller BB. Hvis man kunne adskille heterozygote A-er og B-er fra homozygote, ville systemet i langt flere tilfælde kunne føre til udelukkelse og være endnu nyttigere.

Anvendt på Rh-systemet fører sætningen til, at et barn, som har en af egenskaberne C, D, E eller c, ikke kan have forældre, som begge mangler denne egenskab. Den må findes enten hos moderen eller hos faderen. En mand, der er C^- , kan udelukkes som fader, hvis barnet har denne egenskab, og moderen mangler den. Tilsvarende gælder for egenskaberne D, E og c. Har man det typiske tilfælde (D^+ , D^-) for øje, kan man formulere sætningen således:

når et barn har en af egenskaberne C, D, E eller c, medens moderen ikke har den, må den have den fra sin fader, og mænd, der ikke har den, må fra et biologisk synspunkt afvises som fader.

Hvis man kender parternes genotype, vil man have yderligere mulighed for udelukkelse. Fx kan man som en konsekvens af de anførte synspunkter opstille en regel om, at *kontrær homozygoti er udelukket*. Et barn, der er homozygot med hensyn til et anlæg, kan ikke have en fader, som er homozygot med hensyn til det anlæg, der alternerer dermed. Et barn, som er M, kan derfor ikke have en fader, som er N. Han kan til barnet kun have afgivet N, og det har barnet ikke i sin type. Og et barn, som er N, kan ikke have en fader, som er M. Et barn, som er homozygot med hensyn til rhesus-anlægget C, kan ikke have en fader, som er homozygot med hensyn til det anlæg, der alternerer dermed, c. Udtrykt i symbolerne: $C+c\div$ kan ikke have en fader, der er $C\div c+$. Af serumtekniske grunde har de dermed korresponderende regler vedrørende D og E for tiden ingen praktisk betydning.

Ud fra den antagelse, at Rh-systemets 3 arveanlæg er »koblet«, har man endelig opstillet en tredje udelukkelsesregel ved Rh, der går ud på, at *den givne genkombination overføres uspaltet fra hver af forældrene*. Mulighederne for variation hos børnene begrænses som følge heraf stærkt. De konsekvenser, som denne arveangsregel vil få for afstamningssager, kan blive ret vidtrækkende. Verifikationen af hypoteserne er i gang.

De andre blodtypesystemer, som kan få praktisk betydning, hedder Lutheran-, Kell-, Duffy-, Kidd- og Lewis-systemerne, men Retsmedicinsk Institut er for tiden ikke i stand til at anvende disse ved rutineundersøgelserne. Desuden findes der indenfor MN-systemet en såkaldt S-faktor (»S-systemet«), og man står overfor at kunne udvide rutineundersøgelserne til dette system.

Mellem Lewis-systemer og »udskiller-ikke-udskiller« egenskaben er der en vis forbindelse. At et menneske er udskiller, vil sige, at der i hans spyt, mavesaft mv kan påvises de stoffer fra ABO-systemet, som danner antistoffer. 75 à 80 % af menneskene er udskillere. Egenskaben er arvelig, og det antages, at den nedarves efter lignende regler som P-typen. Lewis-negative er med visse sjældne undtagelser udskillere, medens Lewis-positive er ikke-udskillere. Endelig har man længe vidst, at evnen til at smage phenyl thiocarbamid er arvelig, men der er heldigvis nogen usikkerhed, som gør, at denne prøve ikke kan inddrages i rutineundersøgelsen. Den ville ellers kunne ødelægge de biologiske

bevismidlers praktiske anvendelse. Hvorledes afgøre, hvad et spædbarn kan smage?

Blodtypesystemer i almindelighed se R R Race and R Sanger: Blood Groups in Man, 1950 (2 udg under forberedelse), Tage Kemp: Genetics and Disease, 1951, s 152-79, P H Andreasen: Menneskets Blodtyper, 1948 (forældet med hensyn til Rhesus), K Henningsen i Juristen 1953 s 17-31. Om kobling se Jan Mohr: A Study of Linkage in Man, 1954.

Retsmedicinsk Institut har lige udsendt en for sagførere og dommere beregnet omfattende redegørelse for blodtypeundersøgelsernes øjeblikkelige stilling med oversigter over undersøgelsesmateriale, udelukkelseskemaer osv, se UfR 1954 B s 173f.

Prøv at afsige dom i følgende to sager:

1) I en ægtebarnssag er det erkendt, at såvel ægtemanden som K har haft samleje med hustruen i avlingstiden. Blodtypebestemmelsen viser følgende:

Moder		A ₁	N	P+
Barn		A ₁	MN	P÷
Ægtemand		O	N	P÷
K		A ₁	M	P+

Ægtemanden nedlægger påstand om, at det anerkendes, at barnet ikke er ægtebarn. Kan der gives ham medhold?

2) I en anden ægtebarnssag er det erkendt, at hustruen i det kritiske tidsrum har haft samleje såvel med ægtemanden som med X og Y. Blodtypebestemmelsen viser følgende:

Moder		O	M	P+	C÷	D+	E+	c+
Barn		O	M	P÷	C+	D+	E÷	c+
Ægtemand	..	A ₁	MN	P+	C÷	D+	E+	c+
X		O	M	P÷	C+	D+	E÷	c÷
Y		A ₁ B	MN	P÷	C+	D+	E÷	c+

Ægtemanden nedlægger påstand som i 1). Kan der gives ham medhold? Kan også X og Y udelukkes?

Den første dom, hvori Højesteret benyttede en blodtypeudelukkelse som et af sagens bevismidler, er fra 1928, kort tid efter, at bevismidlet var taget i brug i Østrig, Tyskland, Sverige og Norge. Højesterets afgørelse i denne såkaldte *positivspillersag* gik ud på, at erklæringen om, at ægtemanden efter ABO-systemet ikke kunne være fader til det af hustruen i separationsperioden inden samlivets genoptagelse avlede barn, sammen med sagens øvrige oplysninger »med styrke« pegede hen på, at ægtefællernes forklaring om, at de ikke

havde haft samleje i de kritiske måneder, var sand. Blodtypeudelukkelsen og den psykologiske usandsynlighed fik i forening samlejepræsumtionen til at falde bort.²⁴⁾ Ud fra denne tankegang kunne man sondre imellem tilfælde, hvor blodtypeerklæringer får samlejepræsumtionen, og tilfælde, hvor de får faderskabspræsumtionen til at falde bort.

Herved får man dog næppe fat i noget væsentligt. Domstolene er siden gået videre og har accepteret, at en erklæring i forbindelse med andet bevis kan berøve et barn ægtebarns status, selvom det er oplyst, at ægtefællerne har haft seksuelt samkvem i de kritiske måneder. Sondringen er ikke relevant. Der arbejdes på tværs af den, og det er logisk. Det, som blodtypebestemmelsen kan sige noget om, er faderskabet og kun faderskabet.

Sætningen om, at en blodtypebestemmelse kan få faderskabspræsumtionen til at falde bort, må dog undergives een vigtig begrænsning. *Den gælder kun, når det gennem hustruens indrømmelse eller på anden måde er godtgjort, at hun har begået ægteskabsbrud.* Den vigtigste sondring er sondringen mellem 1) sager om faderskab til børn udenfor ægteskab + de ægtebarns- og skilsmissesager, hvor ægteskabsbrud er indrømmet eller sandsynliggjort gennem andet end blodtypebestemmelsen, og 2) de ægtebarns- og skilsmissesager, hvor blodtypeudelukkelsen står alene.

I sager om *børn udenfor ægteskab* har domstolene længe anerkendt, at erklæring om faderskabs uforenelighed med ABO-systemet medfører frifindelse for ethvert krav, selvom tertius har indrømmet seksuelt samkvem med moderen i de kritiske måneder. Efterhånden som MN- og A₁ A₂-systemerne var tilstrækkeligt gennemarbejdet og sikre, inddrog man udelukkelser efter disse systemer. Praksis har længe gået ud på, at domstolene så at sige frasorterer ved hjælp af erklæringer om uforenelighed med ABO-, MN- og A₁ A₂-systemerne.²⁵⁾ Denne praksis er velbegrundet i promiscuitetssager, men

²⁴⁾ UfR 1928 s 706 H.

²⁵⁾ ABO: UfR 1931 s 1043, 1930 s 115, 296, 421, alle H.

MN: UfR 1946 s 7 H og 1944 s 259 H. Jfr UfR 1952 s 661, 1936 s 1144, 1933 s 558.

A₁ A₂: UfR 1953 s 312, 1944 s 17 og 61, 1936 s 91, alle H.

Fra svensk praksis, som ligger tæt op til den danske, se fx følgende domme af Högsta Domstolen i NJA: ABO 1935 s 307, 1934 s 507, 1930 s 218. MN 1944 s 568, 1939 s 64, 1937 s 118. A₁ A₂ 1950 s 305, 1937 s 430.

domstolene går vistnok af og til lovlig summarisk frem i andre sager om børn udenfor ægteskab. Er der tale om faste samlivsforhold, kan der være grund til at anlægge synspunkter, der ligger tæt op ad dem, der gælder for ægtebørnssagerne.

Endvidere er der i de senere år afgivet mange erklæringer om faderskabs uforenelighed med arvegangen indenfor Rh-systemet. Erfaringerne vedrørende dette system er allerede nu så omfattende, at der ikke er grund til at gøre større forskel på udelukkelse efter dette system og de klassiske, når der er oplyst andre fadermuligheder. I sager om børn udenfor ægteskab har underretterne i nogle år arbejdet med Rh-bestemmelserne, og de har vistnok stort set behandlet dem på samme måde som andre udelukkelseserklæringer.²⁶⁾ Sammenholder man Rh-erklæringerne og den vejledning, som Retsmedicinsk Institut siden maj 1954 giver om sikkerheden for arvelovene efter Rh-systemet, med dem, der i sin tid blev lagt til grund for afgørelserne om AB₀, MN og A₁ A₂, kan man slutte, at også de overordnede instanser i sager om børn udenfor ægteskab vil sidestille Rhesus med de ældre systemer.²⁷⁾

P-blodegenskabens styrke varierer stærkt, og det er en af grunnerne til, at Retsmedicinsk Institut forholdsvis sjældent afgiver erklæring om et faderskabs uforenelighed med P-systemet. Der er her et særligt usikkerhedsmoment. Har instituttet afgivet erklæring om P-udelukkelse, er muligheden for faderskab fjern. I sager om børn udenfor ægteskab vil domstolene formentlig sidestille P-udelukkelse med udelukkelse efter de andre systemer.²⁸⁾ Den svenske Högsta Domstolen har allerede indtaget dette standpunkt.²⁹⁾ Herfor taler også, at Højesteret i en dom har frifundet for bidragspligt på grundlag af erklæring om, at faderskab var uforeneligt med arve-

²⁶⁾ Juristen 1950 s 199.

²⁷⁾ UfR 1953 s 51 H og s 925 ØLD. 1952 s 849 (kombineret med A₁ A₂). NJA 1953 s 177 H (genoptagelse på grundlag af Rh-udelukkelse) og 1949 s 144 (kombineret med antropologisk). Norge se udtalelser i NRt 1953 s 295 og 418 om, at typebestemmelse også bør ske efter Rh- og P-systemerne.

²⁸⁾ Cfr VLD i UfR 1947 s 627, men se ØLD i UfR 1951 s 911 (ægtebarnssag, hvor ægtefællerne benægtede s i de kritiske måneder. Til-lige antropologisk måling).

Den nøjagtige formulering af Retsmedicinsk Instituts erklæring om sikkerheden ved en P-udelukkelse se UfR 1954 B s 175.

²⁹⁾ NJA 1948 s 327.

gangen efter Lewis- og »udskiller-ikke-udskiller« systemerne og derfor kun en fjerntliggende mulighed.³⁰⁾

I størstedelen af *ægtebørnssager* vil ægtemandens udelukkelse efter et af de 5 systemer få den samme virkning, og barnet vil få status som barn udenfor ægteskab. Ægtebørnssager er eksklusive sager, ca 20 om året, og sag bliver som regel kun rejst, når der gennem hustruens indrømmelse eller på anden måde foreligger oplysning om, at hun har begået ægteskabsbrud. De fleste af sagerne er rutine-sager, der er udløbere af skilsmisssager, og i halvdelen af tilfældene mister barnet ægtebarns status. Det usikkerhedsmoment, der knytter sig til disse biologiske bevismidler, er så lille, at der kan og må ses bort derfra, når der er oplyst anden fadermulighed. Og faderskabspræsumptionen falder bort trods oplysning om, at hustruen også har haft eller kan have haft samleje med ægtemanden i de kritiske måneder. Der er fast domspraksis herfor, højesteretsdomme for MN- og A₁ A₂-systemerne og nu også for Rh-systemet, omend foreløbig kun i et tilfælde, hvor der tillige forelå en antropologisk måling, landsretsdom for AB0-systemet. I denne situation er der ikke grund til at gøre forskel på Retsmedicinsk Instituts udelukkelseserklæringer.³¹⁾

Det vanskelige spørgsmål er blodtypeudelukkelsens bevisværdi i en *ægtebarnssag eller skilsmisssag, hvor hustruen benægter ægteskabsbrud, og blodtypen står alene som bevis*, en uhyre sjælden situation.³²⁾

Fra visse sider har man været inde på, at blodtypeudelukkelsen i disse tilfælde må have »absolut« bevisværdi : uden nærmere undersøgelse lægges til grund for domsafgørelsen. Efter de for den

³⁰⁾ UfR 1951 s 1026 H med citat af erklæringer om Lewis- og »udskiller-ikke-udskiller« systemerne. Samtidig forelå der erklæring om, at det var overvejende sandsynligt, at manden var avleudygtig.

³¹⁾ MN: UfR 1945 s 54 H. A₁ A₂: UfR 1949 s 1100 H. ABO: UfR 1945 s 914, hvor ægtemanden var udelukket vedr den ene tvilling og slap for faderskabet til begge. UfR 1933 s 824 og 1928 s 840. Rh: UfR 1954 s 16 H og 1952 s 439. Se om tvillinger iøvrigt UfR 1944 s 623, 1939 s 130 og 416. Teoretisk kan toæggede tvillinger have hver sin fader.

³²⁾ Borum indledte i Juristen 1952 s 277 en diskussion om bevisværdien i straffesager, fortsat med en række indlæg i 1952 og 1953 i Juristen og nu i UfR 1954 B s 21-29 mit indlæg »Den såkaldte absolutte bevisværdi af visse blodtypebestemmelser«, 141-42 indlæg af afdelingsleder dr Henningsen og s 143-44 af Knud Illum samt s 187f svar herpå »Talmagi i afstamningssager«.

teoretiske statistik gældende grundsynspunkter er standpunktet næppe holdbart, og det har ikke fået tilslutning fra de skandinaviske domstole, hverken ved udelukkelse efter $A_1 A_2$ -, Rh- og P-systemerne³³⁾ eller ved udelukkelse efter de klassiske systemer ABO og MN.

I skilsmisssager og ægtebarnssager foreligger der ingen højesteretsdom, der accepterer læren om visse blodtypeudelukkelsers absolute bevisværdi. Spørgsmålet har været aktuelt i flere af Østre Landsret pådømte sager. I en ægtebarnssag med MN-udelukkelse, Alice-sagen, hvor der ikke forelå andet bevis for hustruens ægteskabsbrud end blodtypebestemmelsen, nægtede to dommere at følge udelukkelseserklæringen, medens den tredje ville have sagen hjemvist til underretten til fortsat behandling. De sagkyndige erklæringer i denne sag synes tildels modstridende og uklare.³⁴⁾ I Norge er domstolene oftere gået mod blodtypebestemmelse.

Et beslægtet spørgsmål har været fremme i en dom om steriliteitsbeviset, der som biologisk bevismiddel kan komme ud for en lignende prøve i en ægtebarnssag som blodtypebestemmelsen. De erklæringer, der afgives om sterilitet, er ofte uanvendelige som grundlag for retsafgørelser i ægtebarns- eller skilsmisssager, fordi de lyder på *nedsat* avledygtighed på *undersøgelsestidspunktet*, medens de skulle lyde på *avleudygtighed* på *avlingstidspunktet*.³⁵⁾ Beviset betyder derfor ofte kun noget, når det lægges sammen med andet bevis.³⁶⁾ Den erklæring, der var afgivet af Retslægerådet i den omtalte sag på grundlag af en undersøgelse ved en svensk specialist, gik ud på, at det måtte antages, at ægtemanden på grund af medfødt misdannelse var *avleudygtig og altid havde været det*. Hustruen

³³⁾ UfR 1938 s 33 H kan tages til indtægt herfor, idet der udover $A_1 A_2$ -udelukkelse forelå antropologisk måling og oplysninger, der pegede i retning af ægteskabsbrud. 4 af 9 dommere ville dog ikke anse dette for bevist. Den schweiziske Bundesgericht har godkendt, at Rh-udelukkelse kan tilintetgøre faderskabspræsumptionen ved ægtebørn, men under fremhævelse af, at der må være ført bevis på anden måde for, at barnet er avlet af tertius. BGE 1953 II s 17f.

³⁴⁾ UfR 1952 s 945. 1937 s 868 om MN er nu uden interesse i denne gruppe.

³⁵⁾ UfR 1952 s 302 ledende nyere H (5-4). 1945 s 1056 H. Arnholm s 68-69 om, at de norske domstole har være lidet tilbøjelige til at acceptere bevis for manglende forplantningsevne.

³⁶⁾ UfR 1950 s 228. Se dog 1934 s 110 og den noget tvivlsomme landsretsdom i 1934 s 209 om den 71-årige ægtemand.

bestred ægteskabsbrud, og da der ikke var fremkommet andet, der berettigede til forkastelse af hendes stadig fastholdte benægtelse, end den biologiske undersøgelse, satte landsretten sig ud over lægeerklæringerne og forkastede mandens påstand.³⁷⁾

I modsat retning går nogle landsretsdomme i straffesager om falsk forklaring i sager om børn udenfor ægteskab, hvor beviset måske kun har bestået i ABO- eller MN-udelukkelse.³⁸⁾ Landsrettens domme er blevet kritiseret, og de dømte blev omgående benådet. Om praksis vil blive opretholdt, er tvivlsomt, og det er mindre sandsynligt, at der fremtidig vil blive rejst tiltale, hvis udelukkelseserklæring skønnes at være eneste bevis.

I dansk-norsk retsvidenskab er man hidtil gået ud fra, at en blodtypeudelukkelse ikke er et absolut bevismiddel. Det er den anskuelse, der er lagt til grund for den danske højesteretsdom i positivspillersagen, og den synes ikke senere opgivet i ægtebarns- og skilsmissesager. Den blev nogle år senere accepteret af den norske højesterets flertal i en sag, hvor det eneste bevis for hustruens ægteskabsbrud var en udelukkelse efter ABO-systemet.

³⁷⁾ UfR 1950 s 907. I en erklæring af 1953 trykt Årvdabalk s 253 har Retslægerådet udtalt, at erfaringerne viser, at konception kan finde sted i tilfælde, hvor mandens avledytighed efter foretagne undersøgelser er endog stærkt reduceret.

Hvis domstolene fastholder den strenge kurs med hensyn til steriliteitsbevis – og hvorfor skulle de ændre den? –, synes det såkaldte inseminationsproblem at forsvinde eller dog at blive betydningsløst. Har der været tale om homolog insemination (♂: ægtemanden er donor), kan barnets ægtebarnsstilling ikke anfægtes. Der er intet problem for retsanvendelsen. Men selv om det drejer sig om heterolog insemination (♂: fremmed donor), vil barnet blive ægtebarn, medmindre det ved blodtypebestemmelse eller sikkert steriliteitsbevis godtgøres, at ægtemanden ikke kan være fader. Og under forudsætning af, at ægtemanden har samtykket, må han være ansvarlig for barnets forfølgelse, hvilket resultat man end kommer til i en statussag.

Betragtningen s 14 øverst i den i 1953 afgivne »Betænkning om en særlig Lovgivning om kunstig Befrugtning« om, at barnet omfattes af pater est præsumptionen, men ikke af ægtebarnsdefinitionen i ægtebørnslovens § 1, lader sig næppe opretholde. Definitionen er jo kun en gengivelse af bla § 2, stk 1. Distinktionen synes logisk uigennemførlig, så vidt jeg kan vurdere. Det rigtige er, at barnet omfattes af præsumptionen og på forhånd går for at være ægtebarn.

Det ses ikke, at kommissionen har godtgjort, at der er nogen trang til den foreslåede lovgivning. Efter de af kommissionen givne oplysninger har man ikke noget sted inddraget sådanne spørgsmål under lovregler. Det er l'art pour l'art. Hvorfor skal Danmark lægge for?

Se om spørgsmålet også fx den engelske betænkning Artificial Human Insemination, 1948, Walin s 22–23, E Rønne-Petersen: Inseminationen, 1953, med 20 videnskabsmænds og specialisters indlæg om heterolog insemination.

³⁸⁾ UfR 1952 s 1105, 1108, 1109.

met.³⁹⁾ Schweizisk praksis har været endnu forsigtigere end den dansk-norske. I vesttysk praksis er man derimod for nylig gået ind for læren om AB0- og MN-udelukkelsers absolutte bevisbetydning, forudsat at de er foretaget på betryggende måde.⁴⁰⁾

Indtil der foreligger en dansk højesteretsdom, der frakender et barn ægtebarnsstatus eller giver skilsmisse alene på grundlag af en AB0- eller MN-udelukkelse, kan synspunktet, at disse har absolut bevisværdi, ikke anses for gældende ret. Det er i strid med hidtidig retsopfattelse. Jeg skal pege på nogle forhold, der taler for, at man fastholder denne.

Der er først mutationsrisikoen.⁴¹⁾ Hvor stor den er, kan man ikke beregne, men kun gætte på. En del tyder på, at blodtypegener er stabile gener, der ikke muterer ofte, men man synes dog at måtte regne med, at to à tre af de børn, der årligt fødes, har fået blodtype ændret ved mutation. Den norske arvebiolog, der stod bag det norske Justitsdepartements vejledning af 1941 om blodtypebestemmelsen, anså mutationsrisikoen for så stor, at den hindrede blodtypeudelukkelsens absolutte bevisværdi.⁴²⁾

Dernæst må det understreges, at blodtypeudelukkelse er et biologisk bevismiddel, og at bevismidler af denne art aldrig kan give udtryk for absolutte sandheder. *Biologerne understreger selv dette i deres erklæringer.* Den svenske stats retskemiske laboratoriums udelukkelseserklæringer lød tidligere for *alle* systemers vedkommende på, at det på videnskabens *nuværende* standpunkt tør anses åbenbart, at NN ikke er fader.⁴³⁾ Biologien er en videnskab, der befinder sig i en fortsat udvikling, og den gør stadig opdagelser, som supplerer vor viden og af og til modificerer tidligere opstillede synspunkter. Det betyder ikke noget, når der er andet bevis, men det afskærer, at man lader en retsafgørelse hvile alene på en udelukkelse. Et eksempel herpå er opdagelsen indenfor MN-systemet af den snævre gruppe N₂. Et andet eksempel er opdagelsen indenfor AB0-systemet i løbet af en snes år

³⁹⁾ Svein-Erik dommen i NRt 1939 s 672 (3-2), Arnholm s 32, Borum I s 50. Ved diskussionen om dommen synes det hidtil overset, at der er fejl i »hovedet«, idet der kun er tale om enkelt udelukkelse, ikke dobbelt.

Norsk praksis i blodtypesager er stadig ret forbeholden overfor bevisværdien.

⁴⁰⁾ Entsch B 2/6.

⁴¹⁾ Det »Haselhorst«ske tilfælde anses nu af de fleste for en mutation.

⁴²⁾ UfR 1954 B s 26. Jfr Retslægerådets erklæring i RÅ 1951 s 135 i en påtænkt straffesag med AB0-udelukkelse »muligheden for afvigelse gennem mutation eller af anden årsag ikke principielt kan afvises«. Herefter blev der ikke rejst tiltale. Det lader sig ikke gøre at indtage det standpunkt, at udelukkelse har absolut bevisværdi i civile sager, men ikke i straffesager, selv om lægerne vist ville foretrække en sådan mellem løsning.

⁴³⁾ Bengt Jonsson hos Walin s 575.

af, at A-gruppen er mange grupper, A₁, A₂, A₃, A₄ og A₅. Man har engang fundet et A, hvor egenskaben var så svag, at man var ved at overse den, A_x. Hvad der kan ske een gang, kan selvsagt gentage sig. For kort tid siden har man i England fundet en menneskelig »blodtype-kimære« α : et menneske med to blodtyper A₁ og 0.

Endvidere må det ved en vurdering af *bevisets* sikkerhed erindres, at den påvirkes ikke blot af 1) arvelovens sikkerhed og 2) undersøgelsesteknikens sikkerhed, men også af 3) om de sager, der kommer for domstolene, kan antages at være et *repræsentativt udsnit af den befolkning, som arvebiologernes iagttagelser angår*. Forholdet gør sig ikke gældende ved andre beviser end de biologiske.

Dette sidste er vigtigt for bevisvurderingen. Betydningen illustreres bedst gennem loven om de brune øjne. Der er 99 % chance for, at blåøjede forældre får blåøjede børn, *men derfor kan dommeren ikke i en retssag konkludere, at brune øjne hos et barn er bevis for hustruens utroskab af størrelsesorden 99*. Hvad der spiller ind er, at dommeren ikke vil få indsigelsen forelagt i de 99 % tilfælde, hvor øjnene er blå, men kun i enkelte af de tilfælde, hvor de er brune, og han er uden støtte i andet bevis ude af stand til at skønne over, om årsagen til, at øjnene er brune, er normal afvigelse fra arveloven eller utroskab. Chancerne for, at det i retssagen præsenterede tilfælde er en normal afvigelse, er måske 50 mod 50, måske 75 mod 25, vi kan kun gætte, medmindre vi kan kombinere beviset med noget andet. Dette er en anvendelse af elementære synspunkter fra den teoretiske statistik.

Det samme forhold gør sig – mere eller mindre – gældende ved ethvert biologisk bevismiddel også blodtypebestemmelsen. Man kan ikke uden videre slutte fra forekomsten i *befolkningen* til sikkerheden i *retssager*. Antallet af ægtebørnssager overstiger ikke ca 20 om året, og mutationsrisikoen, som ikke betyder noget for fordelingen i befolkningen, er derfor en faktor, man ikke kan se bort fra i en ægtebarnssag uden andet bevis end blodtypebestemmelsen. Den har juridisk en anden størrelsesorden end biologernes 0.01 %, fordi den skal sættes i relation til noget andet end fødslerne.

At sikkerheden ved undersøgelsestekniken også kan diskuteres, fremgår med al tydelighed af nogle sager om AB0- og MN-udelukkelse, der er pådømt i 1953 af den norske højesteret.⁴⁴⁾ Tek-

⁴⁴⁾ Se NRT 1953 s 277, 415 og 595. I den første dom omtales et tilfælde, hvor en svag M-egenskab synes overset ved en af undersøgelserne. Ægtebørnssagernes antal se UfR 1951 B s 282 noten. Herefter er jeg tilbøjelig til at sætte antallet af »hard cases« til højst en om året eller mindre

niken er meget indviklet, og usikkerhedsmomentet er vistnok størst ved Rh-systemet. Her er visse sera så knappe, at der må økonomiseres ved undersøgelserne. Og at selv gentagne undersøgelser ikke garanterer mod fejl, er blevet tydeligt demonstreret i de norske sager.

Alt dette svækker ikke bevisværdien, når udelukkelsen virker sammen med andet bevis, men det minder domstolene om, at de i deres overvejelser over bevisværdien af den enkeltstående udelukkelse må regne med, at der kan findes nye arvelige smågrupper, måske begrænset til enkelte familier, nye enkeltstående afvigelser, nye mutationer,⁴⁵⁾ nye kimærer osv. Det er ikke noget brud på blodtypebestemmelsens »princip«, at domstolene kasserer en enkeltstående udelukkelse som fuldt bevis. Det svarer kun til, at de ved vurderingen af den længst mulige svangerskabsperiode og af beviset for sterilitet tolker in favorem matrimonii.⁴⁶⁾

IV. *Beviskravets lempelse, når barnet forbliver ægtebarn.*

Kan ægtemanden ikke udelukkes gennem blodtypebestemmelse, tyer man undertiden til en antropologisk undersøgelse, en såkaldt polysymptomatisk lighedsprøve mellem barnet, ægtemanden og tertius, hvor der også tages hensyn til ligheden mellem moder og barn. Herved sammenstilles alle de små arvelige ejendommeligheder som hoved- og ansigtsformen, hårets form og farve, ørets form, størrelse og stilling, papillærliniernes forløb (fingeraftryk), lemmernes form, hudens farve og særpræg, øjenspaltens form og retning og regnbuehindens farve. Sammenholdes disse ejendommeligheder med, hvad der iøvrigt foreligger af bevis i sagen, vil det af og til kunne fastslås, at ægtemanden ikke kan være barnets fader.

Efter hvilke regler disse træk nedarves, ved man ikke, og selv arvelovene for så forholdsvis pålidelige arvelige træk som øjenfarve og fingeraftryk kendes ikke. Særlig om øjenfarven, som kan spille

end mutationsrisikoen. Om den formulering, som Retsmedicinsk Institut for tiden følger i sine erklæringer se UfR 1954 B s 174f.

Om fejl ved en typebestemmelse på Retsmedicinsk Institut se Knud Sand i UfR 1951 B s 203, Alice-sagen i UfR 1952 s 945 samt UfR 1954 s 489.

⁴⁵⁾ I 1953 er der på Retsmedicinsk Institut konstateret en mutation indenfor MN-systemet. Moderen er M, barnet N. Se K Henningsen og T Jacobsen i Acta Patologica Scandinavica for 1954. Wiener har berettet et tilfælde, hvor moderen er A₂ og barnet A₁ B.

⁴⁶⁾ Med hensyn til faderskab uforeneligt med A₁ A₂-systemet af den grund, at en af parterne er A₂ B, medens det ville være muligt, hvis vedkommende havde været A₁ B, lyder erklæringerne ikke på udelukkelse. Deres bevisværdi er svagest, men erklæringen kan i kombination med andet få samme virkning som en almindelig udelukkelse. Tilfældet er sjældent.

en stor rolle under drøftelse af bevis, bemærkes, at hvis begge ægtefæller har blå regnbuehinder uden brunt pigment, er der kun ca 1 % mulighed for, at regnbuehinderne hos deres børn vil indeholde brunt pigment i påviselig mængde: blåøjede ægtefællers børn bliver sjældent brunøjede. Har en blåøjet kvinde, der er gift med en blåøjet mand, fået et barn med brune øjne, *og har hun haft et fast forhold til en mand med brune øjne*, vil sandsynligheden for, at ægtemanden ikke er fader, vurderet alene efter øjenfarven være på ca 99 %. Der skal herefter ikke meget andet bevis til, før der efter reglen om multiplikation af sandsynligheder foreligger fuldt bevis. Men det må fremhæves, at ingen af ægtefællernes regnbuehinder må indeholde brunt pigment, og at det kræver særlig sagkundskab at afgøre, om denne forudsætning er opfyldt.⁴⁷⁾

Anvendt med en vis forsigtighed kan en antropologisk undersøgelse foretaget af en kyndig arvebiolog være et ganske godt bevis, som kan være bedre end det, der accepteres ved domfældelse i straffesager. En ulempe er det, at undersøgelsen, der er ret bekostelig, ofte først vil sige noget afgørende, når barnet er over 5 år, og at den største sikkerhed nås, når barnet er voksen. Så længe kan en retsafgørelse ikke udskydes. I 1930'ernes slutning blev antropologisk undersøgelse anvendt i ret stor udstrækning, men i 1940 faldt der nogle højesteretsdomme, hvori retten så helt bort fra foretagne undersøgelser. Man var kommet ind på at bruge disse undersøgelser i tide og utide, og den polysymptomatiske lighedsprøve var ved at

⁴⁷⁾ Om øjenfarve se den udførlige diskussion mellem de mange sagkyndige i den svenske barneforbytnings sag NJA 1949 s 144 H. To af de svenske sagkyndige (Dahlberg og Romanus) anså øjenfarvebeviset for sikkert, medens den danske sagkyndige, Tage Kemp, i resultatet fulgte Rønnes erklæring i UfR 1936 s 212: et par procent mulighed for afvigelse. Da der yderligere forelå kontrær homozygoti efter Rh-systemet (der da ikke var gennemprøvet), og Kems polysymptomatiske lighedsprøve klart gik i samme retning, statue-rede Högsta Domstolen forveksling.

Kemp anskueliggjorde under sagen sandsynligheden med billedet med terningkastet. Chancen for en sekser med een terning er $1/6$, for to seksere med to terninger $1/6 \times 1/6 = 1/36$, og for tre seksere med tre terninger $1/6 \times 1/6 \times 1/6 = 1/216$.

Sagen UfR 1936 s 212 er afgjort ud fra anerkendelseslæren og kan derfor ikke tages som udtryk for, at danske domstole ikke tillægger øjenfarveindiciet betydning.

Om antropologiske målinger se Retslægerådets erklæring af 1953 trykt Årvdabalk s 251–53, RÅ 1934 s 210f, E Sjövals promemoria af 1946, trykt s 155 i Årvdabalksakkunnigas Förslag till Föräldrabalk, 1946, Jan Mohr: A Study of Linkage in Man, 1954 s 34–35.

få Barselsstuepræg. Efter disse domme har man i praksis været noget mere tilbageholdende, og domstolene har været ved at svinge for meget til den anden side.

Et flertal i Højesteret har imidlertid for få år siden afgjort en ægtebarnssag af en bestemt, ret karakteristisk type på grundlag af en antropologisk undersøgelse og ægtefællernes forklaring om hustruens impotentia coeundi ad hunc. I denne dom og nogle ældre landsretsafgørelser har man nu en ganske god støtte for at tillægge antropologisk undersøgelse bevisbetydning, når det valg, som domstolene stilles overfor, ikke går ud på, om barnet er ægtebarn eller barn udenfor ægteskab, men på, *om barnet skal henføres til det ene eller det andet af hustruens ægteskaber*. Sagen var anlagt som faderskabssag mod dødsboet efter ægtemand nr 2, og konsekvensen af, at barnet erklæredes for født udenfor ægteskab nr 1, ville efter ægtebørnslovens § 5, stk 1, om legitimation per matrimonium subsequens være, at det uden videre blev ægtebarn i ægteskab nr 2.⁴⁸⁾

Ofte vil afgørelsen om barnets status i første omgang blive truffet under en af ægtemand nr 1 anlagt ægtebarnssag. Hvis afgørelsen i den derpå følgende faderskabssag kommer til at gå ud på bidragspligt og ikke faderskab, vil barnet ikke være legitimeret ved selve indgåelsen af det nye ægteskab, men ved nr 2's anerkendelse af barnet som sit, § 5, stk 2. Efter det tilgrundliggende synspunkt synes det i så fald at være en forudsætning for bevislempelsen, at ægtefælle nr 2 afgiver erklæring om, at han anerkender barnet som sit, så at legitimationsgrundlaget er i orden, inden barnet berøves status som ægtebarn i ægteskab nr 1.

Under denne forudsætning synes der at være god grund til at slække på kravene til bevis mod pater est. De strenge krav stilles i barnets interesse for at undgå, at det bliver, hvad man i middelalderen kaldte filius nullius eller filius populi, og her er virkningen kun, at barnet henføres til et andet ægteskab. Barnets ideelle inter-

⁴⁸⁾ UfR 1949 s 331 H, jfr ØLD 1934 s 617, 1935 s 1013, 1937 s 964. I 1935 s 194 var der kun tale om at henføre barnet til et forestående ægteskab, men retten lagde undersøgelsen til grund.

Dommene fra 1940 se UfR 1940 s 267, 344, 432 og især 501 (4-3). Jeg tror, at man nu må anse denne sidste dom for overruled, og at Højesterets afgørelse idag ville blive dissensens. Det tyder stemmerne i 1949 s 331 på.

Om antropologisk undersøgelse iøvrigt se fx UfR 1953 s 883, 1951 s 615, 1947 s 625, 1938 s 403, 1937 s 192.

BGB bestemmelsen er § 1591.

esse i at blive behandlet som ægtebarn i ægteskab nr 2 på lige fod med senere søskende opvejer som regel den økonomiske ulempe, der kan opstå ved, at det nu ikke har arveret efter og krav på forsørgelse af ægtefælle nr 1. Således som § 2, stk 1, er formuleret, kan situationen skilles ud til særbehandling. Man bruger i pater est reglen kun ordene, at det må »godtgøres, at han *ikke kan være* fader til barnet«, og ikke den mindre heldige tyske version, at det skal være »offenbar unmöglich«. Den smidigere danske formulering åbner mulighed for en lempelse af beviskravet i særlige situationer, når reale grunde taler derfor. Det gør de efter praksis, når grunden til, at kvinden i avlingstiden har haft et erotisk forhold til to mænd, ikke er promiscuitet, men at hun har været på vej fra havn til havn.

Bevislempelsen kan gives på anden måde end ved godtagelse af antropologisk undersøgelses resultat fx ved avlingstidens fastsættelse, så den kommer til at svare til de to måneder, der næsten altid fastsættes i faderskabssager. Den kan bestå i accept af en erklæring efter et nyt endnu ikke helt gennemprøvet blodtypesystem om, at man, når anden fadermulighed er oplyst, praktisk kan se bort fra nr 1 som fader. Og den kan endelig gives derved, at man bruger en blodtypestatistisk beregning, som man ikke ville synes om at anvende til at frakende et barn status som ægtebarn, til sammen med det iøvrigt i sagen oplyste at henhøre barnet til ægteskab nr 2.

Rhesus-systemet har endelig forøget mulighederne for, at man i særtilfælde kan føre et bevis, der næsten tør kaldes et positivt bevis for faderskab.⁴⁹⁾ Man har fx for nylig i en underretssag været ude for, at både barnet og den udpegede mand, men ikke moderen havde Rhesus-egenskaben D^u. Den er relativ sjælden, og konstellationen indenfor de andre systemer var en sådan, at der ikke kunne være fornuftig tvivl om, at den pågældende, som *indrømmede* samleje, men blot ikke i avlingstiden, virkelig var fader. En anden måde, hvorpå der kan føres positivt bevis, er ved påvisning af, at barnet ikke er racerent, eller at det og den udpegede har visse arvelige sjældne sygdomme eller defekter.⁵⁰⁾ Forudsætningen for

⁴⁹⁾ Walin s 479 medio.

⁵⁰⁾ UfR 1928 s 951 om raceren neger og barn af ren nordisk type (udenfor æ.). I Norge havde man i 1921 et tilfælde, hvor barnet og den udpegede havde defekten brachyphalangi. Se fra dansk praksis desuden 1945 s 193, skelen kombineret med øjen- og hårfarve.

disse slutningers rigtighed er dog, at dommerne har sikkert overblik over promiscuitetsgraden. Er moderen Nyhavnspige, kan man fra et barn med negroide træk intet slutte om hendes herboende negerkærestes faderskabssandsynlighed, hvis der på avlingstiden har været amerikansk flådebesøg, hvorimod man kan udelukke enhver raceren hvid. Og har pigen været husassistent på en egn, hvor der lever en slægt med en arvelig defekt som brachyphalangi (o: fingrene mangler et led), tør man ikke slutte ret meget om faderen alene ud fra den omstændighed, at barnet har denne defekt.

De antropologiske undersøgelser og de blodtypestatistiske beregninger⁵⁴⁾ hovedområde vil derfor sikkert også fremover være de ægtebarnssager, hvor kvinden går fra et ægteskab over i et andet, og visse sager om børn udenfor ægteskab.

Under drøftelserne om beviskravet ved pater est reglen har jurister hæftet sig meget ved, hvor stor matematisk sikkerhed de forskellige metoder byder, og forlangt oplyst bestemte procenter om sikkerheden. Dette kan Retsmedicinsk Institut ikke give pålidelig oplysning om. Forholdet er yderligere i de vanskeligere ægtebørns-sager dette, at der er tale om en hel *bevismosaik*. Parternes forklaringer om samlejeforhold og samlejetidspunkter, antropologiske undersøgelser, blodtypestatistiske beregninger og dommernes vurdering af parternes troværdighed og hustruens stabilitet smelter sammen i sagens afgørelse på en sådan måde, at det ikke lader sig gøre at sige, med hvor stor vægt hvert enkelt moment indgår i vurderingen. Der er derfor ikke noget som helst i vejen for, at dommere under visse omstændigheder ud fra bl a en blodtypestatistisk beregning kan slutte, at det, når valget står mellem ægtefællen fra første og andet ægteskab, er godtgjort, at det er nr 2, der er fader. Inddragningen af det differentierede Rhesus-system i rutineundersøgelserne giver grundlag for i enkelte tilfælde at fremsætte sådanne udtalelser.

I Sverige har man i 1950 lempet pater est reglen, så domstolene står ret frit, *når det er godtgjort*, at hustruen har haft samleje med en anden end ægtemanden. Formålet med ændringen har bl a været

⁵⁴⁾ Du dommen i Juristen 1953 s 125. Om blodgruppestatistisk sandsynlighedsberegning i afstamningssager se fx artikel i SvJT 1953 s 14f og Retslægerådet i Årvdabalk s 249–50. Fra svensk praksis NJA 1951 s 744 (TfR 1952 s 437). Sagen er uden synderlig interesse, da A₂ er en meget almindelig blodtype (ca 15 %), og der var gået 10 år inden sagens rejsning. Se nu også vejledningen i UfR 1954 B s 175–76.

at åbne mulighed for en smidigere løsning af dette særtilfælde.⁵²⁾ Således som § 2, stk 1, er affattet, kan de danske domstole nå hertil uden lovændring. Højesteretsdommen fra 1949 tyder på, at man vil gå denne vej.

V. *Anerkendelse og anfægtelse af anerkendelse.*

Har en ægtemand, skønt han ved eller har grund til at tro, at hustruen i avlingstiden også har haft samleje med en anden eller andre, anerkendt barnet som sit og tilladt, at det får hans navn, og i det hele behandlet barnet som sit, kan han ikke senere anlægge ægtebarnssag.

Denne lære om, at en anerkendelse, der afgives med kendskab til, at der kan være tvivl, afskærer ægtemanden fra at anfægte barnets ægtebarnsstilling, er gammel. Den har hidtil haft størst betydning, når det drejer sig om at afgøre, om visse børn født før ægteskabet er legitimeret per matrimonium subsequens. Allerede kanonisterne blev stillet overfor det spørgsmål, om ægteskabs indgåelse legitimerer ikke blot børn født af en konkubine, men også børn af en letlevende kvinde (meretrix), som i avlingstiden har haft samleje med mange andre end den senere ægtemand. I og for sig er det ikke ubetænkeligt at udstrække legitimationsvirkningen også til disse børn, men man er af retstekniske grunde nødt til at gøre det. Dog kræves det, at manden har vedkendt sig barnet som sit. Når manden er *klar over situationen og dog anerkender barnet*, bliver det hans ægtebarn, selvom det har en anden biologisk fader. Disse regler har længe⁵³⁾ været dansk ret, og de har nu fundet udtryk i ægtebørnslovens § 5, stk 2, og § 4, men der ligger ikke heri, at de ikke også finder anvendelse ved børn, der omfattes af § 2.

Efter ældre ret var der ved bedømmelsen af anerkendelsens virkning ikke grund til at gøre forskel mellem det tilfælde, at ægtemanden anerkender et før, og det tilfælde, at han anerkender et under ægteskabet født barn. Reglerne var sikre, og der er derfor få domme af overordnede instanser om anerkendelse og dennes

⁵²⁾ Walin s 33f.

⁵³⁾ »Sed ex jure canonico hodie legitimantur etiam ex damnato coitu nati veluti spurii.« »Hodie hoc modo legitimantur spurii h e ex stupro nati quod evidenter textus juris canonici evincunt.« Böhmer s 282. Böhmers værk var Højesteret bekendt, hvad man kan se af erklæringer fra retten. Se også Ørsted s 269.

anfægtelse. Når de drejer sig om børn født før ægteskab eller børn avlet før, men født i ægteskab, skyldes det, at *pater est reglen indtil blodtypebevisets fremkomst havde en sådan bredde, at der ikke var grund til at procedere på anerkendelsessynspunktet* i de tilfælde, hvor barnet kunne være avlet af manden. I kraft af *pater est* præsumtionerne var manden fader, *hvad enten han anerkendte barnet eller protesterede*. Efter blodtypebevisets tagen i brug kan der føres bevis alene mod faderskabspræsumtionen, og man må derfor nu skille anerkendelseslæren ud fra *pater est* læren.

Indenfor et snævert område er anerkendelseslæren stadig velbegrundet. Hvis man ikke antager, at en anerkendelse fra mandens side, og hvad dermed må ligestilles, i visse tilfælde tilintetgør den ham ved § 3 tillagte beføjelse til at anlægge ægtebarnssag, udsætter man mange mennesker for at blive berøvet en ægtebarnsstatus, som de har haft gennem en lang årrække. Man kommer ved en logisk gennemførelse af grundsætningen om, at det juridiske faderskab skal svare til det biologiske, til resultater, som ingen kan acceptere. De fremskridt, som man til stadighed gør indenfor arvebiologien, kan uden videre tages i brug ved opklaringen af afstammingsforholdet for *nyfødte* børn, men der vil kunne opstå stor usikkerhed og forvirring, om man tillader, at den finere teknik tages i brug til undersøgelse af faderskabet til *personer, som forlængst har fået deres status fikseret*, og som gennem en årrække er blevet behandlet som ægtebørn både af ægtemanden og omgivelserne.

Uden en anvendelse af den klassiske anerkendelseslære er det ikke muligt at komme til fornuftige synspunkter i afstamningssager. Man tænke sig blot den situation, at en mand dør efterladende sig enke og et voksent fællesbarn, med hvem hustruen nu skal skifte, fordi hun vil gifte sig igen. Hvis hustruen nu hævder, at barnet ikke er mandens, og der gennem blodtypebestemmelse og på anden måde kan føres et sikkert bevis for, at barnet må have en anden biologisk fader, skal hun så kunne sætte sig ud over både sin egen og mandens anerkendelse af barnet gennem 25–30 år? Man kan ikke have en tilstand, hvorefter en person, der gennem nogen tid har haft en bestemt status i kraft af omgivelsernes anerkendelse, berøves denne. Virkningerne heraf er så indgribende, at man ud fra friere overvejelser må afvise, at det kan ske, bortset fra tilfælde af grov svig fra hustruens side, hvor manden må kunne anfægte i en vis tid. Barnet mister krav på forsørgelse, navn og arv. Er moderen ud-

lænding og ægtemanden dansk, vil det efter den nye indfødsretslov af 1950 også tabe dansk statsborgerret. I mange tilfælde vil barnet blive ringere stillet end de fleste børn udenfor ægteskab, da det efter længere tids forløb ikke vil kunne bevises, hvem der så skal anses som dets fader. For at *bevare stabilitet i familieforholdene* er det nødvendigt at have grænser for *ægtemandens* adgang til at anlægge ægtebarnssag, og hertil sigtende bestemmelser findes i de vesteuropæiske lande, hvor man arbejder med blodtypebestemmelse. Lige så vigtigt er det at begrænse *hustruens* adgang til at anfægte barnets stilling som ægtebarn, og den beror flere steder på hendes anerkendelse af barnet som sit.

Anerkendelseslæren får som konsekvens, at et barn kan have en anden juridisk fader end den biologiske. Det er et forhold, som altid har været accepteret, navnlig ved de børn, som nu går ind under § 5, stk 2, jfr § 4 in fine. Og det er *et forhold, som man stadig affinder sig med selv i de lande, hvor blodtypebestemmelse er taget i brug*. Både den svenske, norske, schweiziske og tyske lovgivning indeholder regler om, at ægtemanden fortaber retten til at anlægge sag, hvis han ikke har gjort det inden en forholdsvis kort frist. Dette resulterer i uoverensstemmelser mellem det legale og det biologiske faderskab.

I den svenske og den schweiziske lov har man desuden optaget bestemmelser om, at en anerkendelse i visse tilfælde afskærer fra sagsanlæg. Tanken om, at de to slags faderskab altid skal falde sammen, er utopisk. Hensynet til den gennem en vis tid stabiliserede situation kræver en begrænsning af adgangen til anfægtelse.

Efter reglen i kap 2 § 1 i den svenske föräldrabalk skal ægtemanden, når barnet omfattes af pater est reglen, anlægge sag inden tre år fra det tidspunkt, da han fik kundskab om barnets fødsel. Sag kan ikke rejses, når manden har fået kundskab om, at moderen har haft samleje med en anden på en sådan tid, at barnet kan være avlet derved, og han så efter barnets fødsel anerkender det som sit.

Reglen i ZGB art 253 går ud på, at ægtemanden kun kan anfægte i løbet af tre måneder regnet fra hans kendskab til fødslen. Fristen gælder ikke, hvis manden »arglistig« er bevæget til ikke at anlægge sag, men der løber da en ny frist fra opdagelsen af, at der er anvendt »Arglist«. Dommeren kan desuden tillade anfægtelse efter fristens udløb, når forsinkelse undskyldes af vigtige grunde. Art 257 forudsætter, at en udtrykkelig eller stiltiende anerkendelse udelukker sagsanlæg. Det bestemmes, at

anerkendelse kun kan anfægtes, når det er bevist, at den klageberettigede »arglistig« er bevæget til at anerkende.

Efter BGB § 1594 som ændret i 1938 kan manden ikke rejse sag, når der er forløbet et år regnet fra det tidspunkt, da han fik kendskab til de omstændigheder, der taler for, at barnet ikke er ægtebarn og tidligst fra fødslen. Reglerne i §§ 1598–99 om anerkendelse og dennes anfægtelse er nu ophævet, men det betyder kun, at spørgsmålet om anerkendelsen og dens anfægtelse nu må afgøres ud fra friere overvejelser og ikke, at anerkendelse ikke er et moment af betydning.⁵⁴⁾

I § 428 i den norske lov af 1915 om rettergangsmåden for tvistemål er fristen for ægtemandens adgang til at anlægge sag kun 6 måneder fra kendskab til fødslen. Der er ingen bestemmelser i denne eller andre love om anerkendelse og anfægtelse af anerkendelse, og behovet herfor er ikke så stort, når fristen er så kort. Anerkendelsessynspunkterne kommer dog også frem i norsk teori ved behandlingen af den i den danske ægtebørnslov § 5, stk 2, omhandlede situation.⁵⁵⁾

En anerkendelse behøver ikke at være udtrykkelig, men kan fremgå af ægtemandens handlinger, og det samme gælder moderens anerkendelse af, at ægtemanden skal anses som fader. Anmeldelse til ministerialbogen og tilladelse til dåb med mandens efternavn er handlinger, som man i domspraksis altid har hæftet sig meget ved.

Har ægtemanden ikke været bekendt med de omstændigheder ved hustruens adfærd eller barnets fødsel, der gør det tvivlsomt, om han er fader, kan han anfægte sin anerkendelse, og det samme gælder, hvis han er blevet vildledt. En anerkendelse kan også anfægtes, hvis der er anvendt tvang eller den er afgivet af en person, der manglede fornuftens brug. Hensynet til barnet taler for, at der under alle omstændigheder er en fast grænse for, hvor længe der kan anlægges sag, men en regel af denne art kan vanskeligt indføres uden gennem en lovændring. I praksis har domstolene af og til grebet til den udvej at stramme kravet til bevis mod pater est reglen, jo længere tid der er gået, inden sag er rejst.⁵⁶⁾ Herved har man på en effektiv, men ikke rationel måde undgået altfor stødende resultater i enkelte sager.

⁵⁴⁾ Lehmann s 170 øverst. Se også UfR 1949 s 1049.

⁵⁵⁾ Arnholm s 34–35.

⁵⁶⁾ Se fx UfR 1936 s 212 (barn udenfor æ), 1940 s 432 H, 1940 s 501 H og måske 1952 s 945 samt HKK i UfR 1953 s 769.

VI. *Hvem kan anfægte et barns status som ægtebarn?*

Ægtebørnslovens § 3 giver ægtemanden, barnets moder og barnet selv eller dets værge adgang til at rejse ægtebarnssag, men siger ikke, at alle andre er afskåret fra at rejse en sådan sag om barnets almindelige retsstilling. Bestemmelsen må fortolkes således, at kompetencen hertil er eksklusiv og kun afledes af § 3. Den tilkommer ikke arvinger eller kreditorer. Efter lovens forhistorie⁵⁷⁾ er denne fortolkning sikker. En tilføjelse til § 3 i det i Folketinget først forelagte forslag om, at arvinger efter en ægtefælles død inden en vis frist kunne anlægge ægtebarnssag, blev strøget i det følgende forslag. Praksis stemmer hermed.

§ 3 knytter sig kun til § 2 $\circ$: ægtebørnssager efter pater est reglen og supplementet i stk 2 om fraseparerede og faktisk adskilte. Der står intet om, hvem der kan rejse en sag vedrørende de af §§ 4 og 5 omfattede børn. En retsafgørelse kan selvsagt også her forlanges af ægtemanden, barnets moder, barnet selv eller dets værge, og efter retsplejeloven kan barnets moder altid gå den vej at få rejst en faderskabssag. I § 4 og § 2, stk 2-situationen kan til-lige ægtemanden få rejst faderskabssag.⁵⁸⁾ Men kan i §§ 4-5 til-fældene en retsafgørelse også kræves af en medarving, når et dødsbo skiftes? Og kan i § 2-situationen arvinger⁵⁹⁾ i et dødsbo bestride, at en medarving er afdødes ægtebarn, så at de, selv om de ikke kan rejse ægtebarnssag efter § 2, dog kan få skifterettens afgørelse af spørgsmålet i den relation, hvor det har interesse for dem?

Motiverne til lovforslaget forudsætter, at skifteretten under bo-behandlingen præjudicielt kan tage stilling til, om en arving er afdødes ægtebarn, og en tilsvarende forudsætning støder man på mange andre steder.⁶⁰⁾ I motiverne anføres det desuden, at skifte-rettens præjudicielle afgørelse i en sådan sag ingen indflydelse har på barnets familieretlige stilling i andre henseender. Dette ræsonne-ment synes at være sofistisk. Når en skifteret efter grundige under-søgelser og overvejelser efter parternes procedure under en disput kommer til det resultat, at en, der påstår, at han er arving, slet ikke

⁵⁷⁾ RT 1934-35 till A sp 2675, B sp 2729-30 sammenholdt med RT 1935-36 till A sp 2409. Colov-Herfelt s 65.

⁵⁸⁾ Rpl § 456 d, jfr § 456 q, stk 2 og fx UfR 1953 s 51. Ægtemandens ret se § 456 q, stk 1.

⁵⁹⁾ $\circ$: de, der vil være arvinger, hvis vedkommende ikke er ægtebarn.

⁶⁰⁾ Fx Sven Edling i Festskrift tillägnad Birger Ekeberg, 1950, s 148 om äldre svensk ret.

er (ægte)barn af afdøde og derfor ikke skal have arv, kan andre, der har interesse deri, påberåbe sig afgørelsen i andre relationer, og den vil her i hvert fald have betydning som bevis. Man tænke sig fx, at det under en skiftedisput af retten fastslås, at et 3-års barn af en udenlandsk moder og dansk ægtemand ikke er mandens barn, hvorfor der ikke skal afsættes arv. Er det ikke ægtebarn, er det efter de nye regler om indfødsret ikke dansk statsborger.⁶¹⁾ Dette vil og kan andre myndigheder ikke overse, og efterhånden forsvinder barnets ægtebarnsstilling i *alle* relationer. Betragtningen i motiverne er en pendant til en klassisk betragtning til forsvar for domstolenes revisionsmyndighed overfor love, denne, at domstolene kun tilsidesætter loven »i et enkelt tilfælde«.⁶²⁾

Læren om, at det under bobehandling præjudicielt kan afgøres, at en arving ikke er afdødes barn, har af flere grunde ikke den betydning, som man kunne tro. Den må ses i sammenhæng med læren om dommes retskraft og anerkendelsens betydning for et barns status. Herved reduceres mulighederne for at røre ved et barns ægtebarnsstilling så stærkt, at de praktiske tilfælde bliver det posthume barn og det barn, der er født kort før ægtemandens død, så at han ikke har haft anledning til at rejse ægtebarnssag.

Efter res judicata læren har dommen i en afstamningssag (∴ ægtebarns- + faderskabssag) res judicata virkning, når den er upåankelig. Ny sag om det samme afvises, og dommen lægges uprøvet til grund i alle relationer, hvor vedkommendes status er af betydning. Efter sagens natur må *domme i afstamningssager have retskraft-virkning erga omnes*. Grundsætningen har ofte fundet udtryk i fremmede proceslove, fx den norske lov om rettergangsmåden for tvistemål og den tyske Zivilprozessordnung. Antager man, at retskraft-virkningen er begrænset til parterne, må man erindre, at også parternes successorer er bundet, og så forsvinder arvingernes muligheder for at røre ved visse domme blot med en anden begrundelse. De må søge om tilladelse til genoptagelse, og når arvinger ikke selvstændigt kan anlægge en ægtebarnssag, kan der vel heller ikke gives dem tilladelse til at videreføre en afsluttet sag.⁶³⁾

⁶¹⁾ Lov nr 252 af 27 maj 1950 om dansk indfødsret.

⁶²⁾ Alf Ross og Ernst Andersen: Dansk Statsforfatningsret II, 1948, s 87.

⁶³⁾ Norsk lov af 1915 § 432, jfr St. Hurwitz: Tvistemaal, 1941, s 271-72, og Colov-Herfelt s 65. ZPO § 643 »für und gegen alle«, jfr herom A. Nikisch: Zivilprozessrecht, 1950, s 570-71.

Personer, der er blevet berøvet ægtebarnsstatus, må på samme måde søge om genoptagelse, og det nytter ikke, at de kommer til skifteretten og forlanger, at den på grundlag af nye beviser skal skønne over, om en upåankelig dom, måske en højesteretsdom, er rigtig.⁶⁴⁾

Herved løses en række af de til §§ 4–5 knyttede problemer, for når der er en dom i en faderskabssag, er spørgsmålet, om legitimation har fundet sted, kun afhængigt af ægteskabs indgåelse og eventuelt tillige en anerkendelse. Det, der bliver tvivlsomt, er, om anerkendelsen kan anfægtes, og om man altid kan få en faderskabssag genoptaget, når barnet er blevet legitimeret i henhold til §§ 4–5.⁶⁵⁾

Endelig vil en rimelig anvendelse af anerkendelseslæren gøre læren om, at skifteretten præjudicielt kan fastslå, at et barn ikke er ægtebarn, praktisk ret betydningsløs. *Det kan ikke antages, at arvinger* – herunder ægtefællen i et nyt ægteskab – ved hjælp af blodtypebestemmelse, hustruens erklæring om utroskab på avlingstiden og tredjemands indrømmelse, *kan sætte sig ud over, at mand og hustru fra barnets fødsel og til mandens død har anerkendt barnet som sit* ved en uafbrudt kæde af akter. Reale grunde taler for, at at en sådan anerkendelse må være uanfægtelig, og der foreligger så vidt vides heller ikke praksis, der går mod denne opfattelse. I svensk og schweizisk ret og antagelig også i mange andre landes ret udelukker mandens anerkendelse arvinger fra at anfægte.⁶⁶⁾ Sagen vil iøvrigt som regel strande på, at forklaringer efter længere tids forløb ikke tør tages som bevis, og at der ikke kan skaffes gentagen blodtypebestemmelse af ægtemandens blod. Uden gentaget prøve er blodtypeudelukkelse ikke bevis for noget som helst. Der kan

⁶⁴⁾ Den i Juristen 1953 s 53 refererede afgørelse, hvor børn, der – ganske vist kun med 4–3 – var frakendt ægtebarnsstatus af Højesteret ved den i UfR 1938 s 33 trykte dom, forsøgte at få skifteretten til at censurere dommen, kan ikke anses for rigtig.

⁶⁵⁾ Jfr s 107–11.

⁶⁶⁾ Efter föräldrabalk 2 kap 2 § kan medarvinger kun få et barn frakendt ægtebarnsstatus, når manden ikke har anerkendt barnet som sit. Se Walin s 30. Barnets arvinger kan ikke anlægge sag Walin s 32, jfr Malmström i SvJT 1954 s 93. Efter ZGB art 256 er arvingers adgang til at anlægge ægtebarnssag begrænset til den situation, at ægtemanden er død, blevet sindssyg m v inden den korte forældelsesfrists udløb, og det antages, at mandens anerkendelse afskærer arvinger fra at bestride, at barnet er ægtebarn, se Josef Föhn: Das aussereheliche Kind einer Ehefrau, 1951 s 14f.

fejles på flere måder (forveksling, for gammelt blod, temperaturforhold).

Præjudicielt kan skifteretten komme ud for at skulle tage stilling til en påstand om, at en person ikke er barn af den *kvinde*, hvis bo behandles. Da man havde de strenge regler om hemmeligholdelse af navne på mødre, der fødte på Rigshospitalet, kunne skifteretterne blive stillet overfor situationer, hvor man ved sammenlægning af mange små træk kunne konkludere, at påstanden var rigtig.⁶⁷⁾ Nu er disse regler fuldstændig ophævet, og spørgsmålet har ikke stor praktisk betydning.

§ 6. LEGITIMATION

Et barn kan opnå ægtebarns stilling ved legitimation α : en vedkendelse under visse betingelser. Vedkendelsen kan være udtrykkelig eller ligge i situationen.

Legitimation kan både angå børn, der er *født* før ægteskab, og børn, der er født i, men *avlet* før ægteskab. Drejer det sig om børn født før ægteskabet, siger man, at de legitimeres per *matrimonium subsequens* α : ved det senere ægteskab. Denne legitimationsgrund-sætning stammer fra den yngre romerret. Det er Konstantin den Store, der første gang har anerkendt synspunktet, men han accepterede kun princippet som en engangsforanstaltning, og hans formål var at bekæmpe konkubinatet. Justinian gjorde reglen permanent og anerkendte desuden, at ægtebarns status kan opnås ved bevilling, per *rescriptum principis*. Legitimationsreglerne er således formentlig ældre end *pater est reglen* i teknisk forstand.¹⁾

Kanonisk ret overtog fra romerretten begge disse legitimationsmåder, og når man både i de yngre af Valdemarstidens retsbøger og i Jyske Lov har accepteret legitimation ved senere ægteskab, foreligger der påvirkning fra kanonisk ret. Man sporer en brydning mellem forskellige synspunkter, og i de ældste retsbøger går reglen endnu ud på, at kun børn, der bliver avlet, efter at kvinden er »gift og gulfæstet«, er ægtebørn.²⁾ Reglerne om børns stilling var

⁶⁷⁾ Se navnlig JU 1858 s 335 H, jfr 1856 s 388 og UfR 1892 s 558 H om Herold Martin Møller.

De processuelle regler se Hurwitz 1 c s 297–311.

¹⁾ Schulz s 145 og 148, Buckland s 79–80, Esmein II s 38–47.

²⁾ Skånske Lov kap 60, de udførlige oplysninger i kap 24 i Anders Sune-sens parafrase af Skånske Lov og Valdemars sjællandske Lovs ældre redak-

af interesse både efter gejstlig og efter verdslig ret, og det må derfor have været nødvendigt at smelte dem sammen.

Da reglen om legitimation per matrimonium subsequens ved kirkens formidling først var trængt ind i dansk ret, forsvandt den ikke igen. Den har fundet udtryk i reglen i DL 5-3-32 om, at ægtebørn er de, som er født af forældre, der er ægte viede med hinanden, om endskønt de kunne være født, førend forældrene var kommet sammen i ægteskab. Påvirkningen fra kanonisk ret var så vidtgående, at børn ikke blev legitimeret ved ægteskabet, såfremt forældrene på undfangelsestidspunktet ikke kunne have indgået et lovligt ægteskab. Var den ene af forældrene gift, eller var de for nær beslægtet eller besvogret, blev børnene børn udenfor ægteskab. Ægtebørnslovens § 5 indeholder intet om, at ægteskabs indgåelse i disse tilfælde ikke legitimerer, og det lader sig ikke gøre ad fortolkningsvejen eller ved fri skabende virksomhed at opstille sådanne regler. Baggrunden mangler.³⁾ Forældrenes mellemkommende ægteskab med andre kan heller ikke, som man også tidligere har været inde på, udelukke legitimation ved senere ægteskab.

I landskabslovene findes også reglen om, at en mand uden at indgå ægteskab med moderen ved kuldlysning kan give et slegfredbarn en vis ligestilling med ægtebarn.⁴⁾ Kuldlysningens virkninger er ikke, at barnet bliver ligestillet med ægtebarn i enhver henseende, og hvis man henfører kuldlysning under legitimationsmåderne, må man derfor sondre mellem legitimation med fuld og legitimation med begrænset ægtebarnsvirkning. Det kuldlyste barn får en begrænset arveret efter fader og fædrene frænder, men hvad virkningerne derudover går ud på, har været anset for tvivlsomt. I DL 5-2-70 in fine siges, at det kuldlyste barn må ingen vræge, at det jo holdes for ægtebarn. Arveretligt er det kuldlyste barns stilling den, at det i princippet får fuld arveret efter fader og fædrene frænder, men er der ægtebørn, får det halv lod og kun halv lod mod ægtebørn.

tion kap 185 sammenholdt med Eriks sjællandske Lov I-50 og Jydske Lov I-25. Se Erik Kromann og Stig Juul: Danmarks gamle Love, 4-5, 1948 s 15-16 og sagregistret under »slegfredbarn«.

³⁾ I engelsk ret har man først godkendt legitimation per matrimonium subsequens ved Legitimacy Act, 1926. De to grupper børn legitimeres ikke, se lovens § 1, stk 2, hvor der dog lægges vægt på forholdene i fødselsøjeblikket, Eversley s 324-25, Arnold s 17.

⁴⁾ Scheels vidtløftige diskussion s 473-507 om kuldlysning og dens virkninger kan endnu være af interesse.

Gennem praksis udviklede der sig endvidere regler om legitimation ved kongelig bevilling. Hvornår den første legitimation per scriptum principis har fundet sted, er ikke klarlagt, men man kan se, at legitimationsmåden har været i brug i begyndelsen af det 18 årh. Den blev brugt fx for at give et barn fuld arveret mod ægtebørn i tilfælde, hvor legitimation gennem ægteskab var udelukket ved moderens død.

Endelig kunne et barn også tidligere legitimeres ved, at forældrene indgår ægteskab efter barnets avling, men inden dets fødsel. Dette har altid været den vigtigste legitimationsmåde. Om man her skal aflede barnets ægtebarnsstilling af pater est reglen eller føre situationen ind under legitimationssynspunktet, er lidt af en smagssag, og man finder i fremmed ret forskellige løsninger af denne situation.⁵⁾ Efter indholdet af ægtebørnslovens § 4 må forholdet henføres under legitimationsreglerne, og det, der legitimerer, er ægteskabs indgåelse + den omstændighed, at der ikke rejses en faderskabssag. Dette at en mand gifter sig med en kvinde *vidende* om, at hun er gravid, er det stærkeste indicium, som man efter almindelig psykologisk erfaring kan have, for, at han kan være barnets fader. Forholder han sig passiv overfor handlinger fra moderens side som barnets indførelse i ministerialbogen med hans navn og anden optræden, der viser, at barnet overfor omverdenen henføres til ham, nytter det ikke noget, at han senere gør gældende, at det er en anden, der er den virkelige fader. Passivitet tages i denne situation som en anerkendelse og får en anerkendelses virkninger, medmindre den kan anfægtes på grund af grov svig fra moderens side. Således så man efter ældre ret på dette praktisk meget vigtige problem.⁶⁾

Med vedtagelsen af reglen om, at det udenfor ægteskab fødte barn har arveret efter fader og fædrene frænder og også i visse andre henseender sidestilles med ægtebarn, når faderskabet er anerkendt eller fastslået ved dom, bortfalder behovet for regler om kuldlysning og legitimation ved bevilling. De kan begrænses, så de kun gælder tidligere fødte børn. Med denne undtagelse gennemfører man nu den grundsætning, at et barn ikke kan legitimeres alene

⁵⁾ I engelsk ret synes man her at arbejde med en kombination af pater est reglen og anerkendelsessynspunktet, Eversley s 317.

⁶⁾ UfR 1899 s 414. Se også 1920 s 225 H og 1929 s 1139. Scheel s 464-65, Bentzon, 1916, s 273.

gennem en erklæring af dets fader eller ved en administrativ bevilgning, men kun i forbindelse med ægteskabs indgåelse.

Hermed er der ikke taget afstand fra, at anerkendelse kan være af betydning for et barns ægtebarnsstilling, når det kan henføres til et ægteskab. På dette område har anerkendelseslæren virket i det skjulte og haft den funktion at afskære fra sagsanlæg om et barns status i visse tilfælde, hvor det undtagelsesvis kan bevises, at ægtemanden uanset samleje med hustruen i avlingstiden ikke kan være dets fader. Speciel anvendelse af anerkendelseslæren er gjort i § 5, stk 2, om børn, der er født før ægteskabet, og hvortil ægtemanden er kendt bidragspligtig, og § 4 in fine, hvor der henvises til § 5, stk 2.

De kendsgerninger, som legitimationsvirkningen knyttes til i § 5, giver sig for så vidt af sig selv, som man altid blandt børn udenfor ægteskab vil have en modsætning mellem dem, der er født af kvinder, der har etableret et fast ægteskabslignende samlivsforhold med en mand (konkubine, kæreste, forlovet), og dem, der er frugten af løsere forbindelser.⁷⁾ Når man antager, at også børn fra denne sidste gruppe kan legitimeres per matrimonium subsequens – hvad kanonisterne kun gjorde med stor betænkelighed –, må legitimationsvirkningen knyttes til en særlig akt fra mandens side, en foregående eller efterfølgende handling, hvorved han har anerkendt barnet som sit.⁸⁾ I ældre tid skete anerkendelsen på den måde, at forældrene tog børnene med i kirken ved brylluppet.

Det er sprogligt muligt at fortolke § 5, stk 2, enten således, at den legitimerende akt ved bidragsbørn er ægteskabet + den derpå følgende anerkendelse, eller således, at det er ægteskabet + anmeldelsen af anerkendelsen. Reale grunde taler for, at det må være anerkendelsen, som er den legitimerende akt, og at anmeldelsen til ministerialbogen kun har den funktion at underrette omverdenen om barnets statusændring.⁹⁾ Det er den nedarvede regel, og der er intet, der tyder på, at man har villet ændre den. At det er anerkendelsen, der er retsstiftende, synes forudsat ved reglen i § 31,

⁷⁾ *Liberi naturales stricto sensu i modsætning til spurii (vulgo concepti, filii nullius, filii populi).*

⁸⁾ Anerkendelseslæren er atter en af de gamle kanonistdoktriner, som går over i den ældste protestantiske ægteskabsret. Den har sikkert været dansk ret gennem århundreder. Se Scheel s 464 med citat af bl a en kanonisk fra 1816 og fx UFR 1885 s 610 H.

⁹⁾ Borum I s 57.

stk 2, i loven om børn udenfor ægteskab, hvor det hedder, at hvis manden i medfør af ægteskabslovens § 5, stk 2, anerkender – ikke anmelder – barnet som sit, bortfalder ved flere bidragspligtige definitivt samtliges bidragspligt, der suspenderedes ved ægteskabets indgåelse og barnets medtagelse til forsørgelse i det fælles hjem. I almindelighed er man heller ikke tilbøjelig til at fortolke forskrifter af denne art som formforskrifter i streng forstand.

Ved at læse § 5, stk 2, på denne måde undgår man flere vanskelige fortolkningsproblemer, som lovkoncipisterne ikke synes at have forudset eller dog ikke har løst, fx om ægtemanden, som har anerkendt barnet, også kan anmelde det som sit efter dets død, og om moderen efter faderens død kan fremsende hans anerkendelse med den virkning, at barnet betragtes som legitimeret fra anerkendelsen og ikke fra anmeldelsen at regne. Er faderen død mellem anerkendelse og anmeldelse, hvilket er meget praktisk, når man antager, at anerkendelsen ikke behøver at være udtrykkelig, men kan ske i gerning ved, at manden behandler barnet som sit, ville det ikke få arveret efter ham, hvis man ikke regnede legitimationsvirkningen tilbage til anerkendelsen eller analogiserede fra posthume børn eller fandt på andre hjælpekonstruktioner for at nå til det resultat, som dommere sikkert gennemgående vil ønske at komme til.

Ulemperne ved fortolkningen er, at man ikke kan hæfte retsvirkningen til en let iagttagelig kendsgerning, men i visse tilfælde må ind på en vurdering af det tilgrundliggende forhold, men det bør ikke være afgørende. Er anerkendelsen ikke bragt i orden overfor ministerialbogen inden mandens død, kan man altid henvise moderen til at søge fastsættelsesdom for, at barnet er anerkendt som ægtebarn.

Har ægtemanden ikke anerkendt barnet som sit før dets død, må han være afskåret fra at anerkende det. Formålet med anerkendelse kan da vanskeligt være andet end at beskære moderens arveret eller, hvis hun er død, at ophæve den hendes slægt tilkommende legale arveret efter barnet. Man antager, at der, når et udenfor ægteskab født barn er afgået ved døden, ikke kan foretages kuldlysning med virkning efter DL 5-2-70. De grunde, der taler for denne fortolkning, taler også for at afskære adgangen til anerkendelse efter § 5, stk 2.¹⁰⁾

Når man fortolker § 5, stk 2, således, at det er ægteskabets indgåelse + den stedfindende anerkendelse, der er den legitime-

¹⁰⁾ UfR 1873 s 76, jfr Scheel s 480.

rende kendsgerning, har man en regel, hvorefter man kan løse det af § 5 ikke afgjorte spørgsmål, om et barn kan legitimeres per matrimonium subsequens, når der hverken er en fader eller en bidragspligtig i lovens forstand. Det er en situation, der kan komme til at foreligge fx, når overøvrigheden har givet moderen fritagelse for at oplyse, hvem der kan være fader til et af hende født barn, eller når moderen i forståelse med faderen har undladt at opfylde sin oplysningspligt. Da anerkendelsen i § 5, stk 1, må læses som anerkendelse til politimesterens protokol eller til retsbogen, går tilfældet hverken ind under stk 1 eller stk 2 i § 5. Det er ulovbestemt, og må løses ud fra friere overvejelser, der synes at føre til, at også et sådant barn legitimeres ved ægteskab og senere anerkendelse.

Ægtemandens anerkendelse efter § 5, stk 2, kan ikke anfægtes, fordi det på et senere tidspunkt ved en antropologisk undersøgelse, en sterilitetspåvisning eller en blodtypebestemmelse viser sig, at han næppe er fader. Er dommen i faderskabssagen endt med, at flere mænd er kendt bidragspligtige, kan det ikke komme overraskende, at han ikke er fader i biologisk forstand. *Når det i § 5, stk 2, overhovedet tillades, at et barn, som flere mænd kan være fader til, legitimeres af en enkelt af dem, kan man ved lovens gennemførelse ikke have lagt synderlig vægt på den biologiske side af sagen.* Legitimationsadgangen er indrømmet i barnets interesse, fordi man af samfundsmæssige hensyn lægger vægt på at begrænse antallet af børn udenfor ægteskab mest muligt, og ud fra disse hensyn kan man ikke tillade, at ægtemanden får lov til at gå fra sin anerkendelse, når der ikke foreligger grov svig imod ham. Det vil praktisk taget aldrig være tilfældet. Muligvis har moderen besnakket manden til at anerkende barnet som sit ved at drage analogier fra hans fysiognomi til barnets, men da der ved flere bidragspligtige ikke er noget objektivt grundlag for mandens eventuelle tro, må anerkendelsen stå fast,¹¹⁾ også selvom en blodtypebestemmelse efter et af de nyere systemer går ud på udelukkelse.

Tanken om, at et barn kan legitimeres per matrimonium subsequens i ægteskaber med flere af de bidragspligtige, har intet grundlag, når det er anerkendelsen efter ægteskabets indgåelse, der legitimerer. Her gælder et almindeligt prioritetsprincip. Den er bizar.

¹¹⁾ Borum I s 57 med afstandtagen fra den s 67 note 6 hos Colov-Herfelt udtrykte opfattelse.

og når den har kunnet dukke op, skyldes det formentlig, at anerkendelseslæren er gået i glemmebogen.

Skulle dommen i faderskabssagen gå ud på enebidragspligt, ligger der i nægtelsen af faderskab en tilkendegivelse af, at moderens adfærd i de kritiske måneder efter en udenforståendes vurdering giver grund til at tvivle om, hvorvidt ægtemanden er den virkelige fader. Alligevel tillader man legitimation ved anerkendelse ud fra samfundsmæssige betragtninger over, hvad hensynet til barnet til-siger. Det ses ikke, at der kan være grund til i dette tilfælde at give ægtemanden en anden stilling, end hvor der er flere bidragspligtige. *En anerkendelse efter § 5, stk 2, har den virkning, at det er slut med at efterforske, hvem der er barnets biologiske fader, i den forstand, at retsmaskineriet ikke kan bruges hertil.*

En anfægtelse af anerkendelsen vil desuden strande på, at man under alle omstændigheder må kræve den tilgrundliggende dom ændret, før det kan drøftes, om ægtemanden kan anfægte. Ændring kan kun ske i overensstemmelse med reglerne om genoptagelse i rpl § 423, jfr § 456 n, stk 4. Den specielle regel i § 456 n, stk 3 om genoptagelse, når manden godtgør, at han er kommet til kundskab om omstændigheder, der kan antages at ville have givet sagen et andet udfald, er kun anvendelig, når der er dømt til faderskab. Den hyppigt oversete regel i rpl § 456 n, stk 5, om en to-års frist for genoptagelse ved samme ret gør, at det ofte bliver Højesteret, der skal afgøre, om betingelserne for genoptagelse efter § 423 er til stede. Gennem disse stramme regler har lovgiveren vist sin manglende interesse for de bidragspligtiges muligheder for at få sagen taget op påny. Den betingelse i § 423, der går ud på, at omstændighederne *i høj grad* taler for bevilgelse af andragendet, vil i betragtning af barnets som regel modgående interesser praktisk talt aldrig være opfyldt.

Er legitimationen sket automatisk ved ægteskabets indgåelse efter § 5, stk 1, kan der indenfor to-års fristen ske genoptagelse efter § 456 n, stk 3, dersom faderskab er fastslået ved dom. Er faderskab anerkendt til politimesterens protokol, er det et spørgsmål, om ikke den senere anerkendelse ved erklæringen om ægteskabets indgåelse afskærer fra anvendelse af adgangen til anfægtelse efter § 15, stk 1, i loven om børn udenfor ægteskab. Barnet er ikke mere barn udenfor ægteskab, men ægtebarn i kraft af en dobbelt anerkendelse. Det forekommer mig, at der herefter skal foreligge en ganske særlig situation, før man tør tillade anfægtelse. Ud fra friere overvejelser er det tilladeligt at afgøre denne kollision mellem reglerne om ægte-

børn og børn udenfor ægteskab, som man ved lovens vedtagelse ikke synes at have tænkt nærmere over, således at § 15 viger, idet *legitimation per matrimonium subsequens afskærer anfægtelse*. Hvad man har antaget i underretternes praksis, er uklart, men de resultater, som et lille flertal i Højesteret er kommet til ved en for kort tid siden afsagt dom, er så stødende, at man tør håbe, at retten vil underkaste spørgsmålet fornyet overvejelse ud fra anerkendelseslærens synspunkter. Man frakendte et barn en ægtebarnsstatus, som det havde haft i 12 ½ år.¹²⁾

Det må i hvert fald være udelukket, at ægtemanden kan fragå sin dobbelte anerkendelse i de tilfælde, hvor han i forståelse med moderen ved afhøringen hos politimesteren i strid med sandheden har forklaret, at der ikke er grund til at tro, at moderen har haft samleje med andre mænd i avlingstiden. Han får da kun lov til at anerkende faderskab på grund af den overfor myndighederne anvendte svig. Havde der ikke foreligget *collusio*, var sagen gået til retten, barnet var sandsynligvis blevet bidragsbarn, og mandens senere anerkendelse efter § 5, stk 2 havde være uanfægtelig uanset udfaldet af senere blodtypebestemmelse. *Den bevidst urigtige forklaring bør ikke give manden en adgang til senere at slippe for forørgelsespligt*. Her kan anerkendelseslæren anvendes som grundlag for at nå til fornuftige resultater.¹³⁾

Selv om ægtemanden herefter frifindes for faderskabet, må han eventuelt være forørgelsespligtig overfor barnet i kraft af aftale-synspunkter ud fra lignende betragtninger, som fører til, at den, der overtager forældremyndighed i henhold til godkendt aftale, ofte eo ipso overtager forørgelsespligten overfor barnet.

¹²⁾ UfR 1953 s 51 med dissens H.

¹³⁾ Forudsætningen er, som fremhævet af Ørsted s 269, at manden *kan* være fader o: at han formodes at have haft samleje med moderen i avlingstiden, og at man ikke har benyttet en svigagtig anerkendelse efter § 15 til at gennemføre en adoption uden bevilling. Formodningen for samleje bør efter en anerkendelse være af samme styrke som efter pater est reglen, og man bør ikke uden videre acceptere ægtefællernes forklaringer. Har de løjet før, kan de fremture, og deres motiver til at lyve er ofte uigennemskuelige. Mange af disse ubehagelige sager om statusændring for barnet kan klares ved at stille meget strenge krav til bevis med henvisning til, at ægtefællerne allerede een gang har ført myndighederne bag lyset.

Se iøvrigt Thorkil Haagens artikel i Juristen 1951 s 79-80 og Min Tid 1949 s 103 om, at et barn født af en gift kvinde ikke i overensstemmelse med ægtefællernes ønske kan anmeldes som født i ægteskab, når forholdet er det, at manden i de kritiske måneder var indsat til afsoning af straf.

Efter reglen i § 4 om børn, der fødes kort efter vielsen, må man sondre mellem tilfælde, hvor der ikke rejses faderskabssag i forbindelse af fødslen, og tilfælde, hvor dette sker. Spørgsmålet om at drage grænsen mellem pater est reglen og reglen i § 4 hører næppe til de praktisk alt for betydningsfulde. Er der tvivl om, hvorvidt barnet er avlet før eller efter vielsen, går barnet ind under pater est formodningerne. Svangerskabstidens længde må også her afgøres ud fra et skøn over barnets udviklingsgrad ved fødslen, og man kan i særlige tilfælde komme ned under 7 måneder.¹⁴⁾

Når der ikke foranlediges rejst sag, tolkes den anmeldelse, som ægtemanden foretager til ministerialbogen – eller som hustruen foretager med hans samtykke – om, at han er fader, hans tilladelse til, at barnet døbes med hans efternavn og hans derpå følgende behandling af barnet som sit som en legitimerende anerkendelse. Den kan anfægtes i tilfælde af, at hustruen ved svig har bevæget ham til ikke at rejse faderskabssag. Men har manden været klar over, at der forelå andre fadermuligheder og dog undladt at rejse sag om faderskabet, må hans optræden tolkes som et afkald på at lade foretage en undersøgelse af, om barnet ikke i virkeligheden er barn udenfor ægteskabet. Manden *tager bevidst på sig risikoen* for, at der er en anden biologisk fader. I mange tilfælde kunne man med det samme konstatere, at han er udelukket ved blodtypebestemmelse fra at kunne være fader i biologisk forstand, men det ønsker manden slet ikke at få undersøgt. Han vil leve i den illusion, at barnet er hans, og tanken om, at det er en anden, der er fader, interesserer ham ikke, før ægteskabet havarerer, og man begynder at drøfte spørgsmålet om underholdsbidrag.

Herefter må manden være afskåret fra at anfægte barnets ægtebarnsstilling.¹⁵⁾ Man kan ikke indrette retsreglerne således, at man-

¹⁴⁾ Efter tabellen til Retslægerådets vejledning er svangerskabsperioden for et barn, der vejer 1 kg ved fødslen, 198 dage. Herfra den sædvanlige måned.

¹⁵⁾ Byretsdom i Juristen 1950 s 48 (kun antropologisk undersøgelse). ØLD i UfR 1939 s 216 er refereret så kortfattet, at man ikke kan se, hvad der var bevist. VLD 1954 s 134 går næppe mod teksten, da det, der bestredes, var, at manden havde haft samleje med den senere hustru i avlingstiden.

Colov-Herfelt vil s 66 anvende analogien af § 15 i loven om børn udenfor ægteskab i de tilfælde, hvor manden har anerkendt barnet som sit ved anmeldelse til ministerialbogen. I mange tilfælde fører dette til samme resultater. I UfR 1954 s 134 tager landsretten afstand fra analogien.

den år efter¹⁶⁾ kan begynde at trævle forholdene på barnets avlingstid op med det resultat, at et stort barn pludselig på grundlag af en blodtypebestemmelse mister sin ægtebarnsstatus.

Har der efter fødslen være rejst en faderskabssag, som ender med, at manden anses som fader,¹⁷⁾ er barnet at betragte som legitimeret fra ægteskabets indgåelse at regne. Bliver han kendt bidragspligtig, kan han anerkende barnet som sit med de virkninger, som en anerkendelse efter § 5, stk 2, har, også i retning af at udelukke fornyet genoptagelse.

Et bortadopteret barn legitimeres ikke ved forældrenes senere ægteskab. Gifter moderen sig med en bidragspligtig, kan han ikke give det ægtebarnsstilling gennem anerkendelse. Antog man ikke, at adoption udelukker legitimation, ville der enten foreligge en særlig i adoptionsloven uomtalt ophørsmåde for adoption, eller også ville man anerkende en i ægtebørnsloven uomtalt legitimation uden de sædvanlige retsvirkninger.

§ 7. ADOPTION

I. *Indledning.*

Et ægtebarnslignende forhold kan efter adoptionsloven stiftes ved en offentlig akt, en adoption (*optio* = valg).

Moderne rets regler har udviklet sig under en vis påvirkning af romersk rets regler om *arrogatio* og *adoptio* i snævrere forstand.¹⁾ *Arrogatio* går tilbage til tiden før de 12 tavlers love. Ved *arrogatio* blev der i henhold til en beslutning af *Comitia Curiata* foretaget adoption af en person, der var *sui juris*, en *paterfamilias*, og formålet har antagelig oprindeligt været at forhindre en familie i at uddø. *Adoptio* i snævrere forstand må være fra et noget senere tidspunkt, da det synes skabt ved interpretation. Skikken med at antage en anden i barns sted har dog ikke været særegen for romerne, men har været kendt også hos germanske og orientalske folk.

¹⁶⁾ Se navnlig referatet i UfR 1953 s 51 om, hvad der skete 14 (!) år, før den endelige dom. Afgørelsen støder mange.

¹⁷⁾ I ethvert tilfælde, hvor et barn er født før ægteskab, skal der rejses faderskabssag. Ægtemanden må derfor møde på politikontoret og i overensstemmelse med § 6 i loven om børn udenfor ægteskab anerkende faderskabet. Det har de ofte svært ved at indse det rimelige i. Min Tid 1939 s 276.

¹⁾ Schulz s 143-48, Buckland s 74-79.

I løbet af middelalderen går adoption af brug og dukker først op igen i slutningen af det 18 årh i enkelte lande. Hvorfor det forsvinder, og hvornår det sker, er dunkelt. Det er sandsynligt, at der er sammenhæng med kirkens kamp mod konkubinatet og bestræbelser for at få ægteskab anerkendt som eneste lovlige kønsforbindelse. Den kølige indstilling overfor adoption må være en virkning heraf. Man så en fare for ægteskabet deri, at man ikke behøvede at gifte sig for at få ægte afkom, men kunne skaffe sig det gennem en retsakt. Det ansås for umoralsk og naturstridigt, at forældre skilte sig af med kødeligt afkom, og at rige kunne købe fattiges børn. Uviljen mod en ordning, hvorefter en familieformue kan gå i arv til et barn af ukendte forældre, og standsfordomme i de toneangivende kredse har sikkert også spillet ind. De gode sider havde man ikke blikket åbent for. Alt dette forklarer, at en adoptionslov i England først kom i 1926.

Man kan spore betragtninger af denne art under drøftelserne i Frankrig i årene mellem revolutionen og Code Napoléon. En genoplivelse af romerrettens adoptio hørte med til revolutionens lovgivningsprogram. Det, man tænkte sig, var ikke den Justinianske adoptio minus plena ∴ adoption med stærkt begrænset familieskifte, men den klassiske adoptio plena ∴ adoption med fuldt familieskifte. Konventet gik i spidsen og adopterede et barn, som havde mistet sin fader under politiske uroligheder, men da man hverken havde givet regler om form, betingelser eller virkninger, fik de første adoptioner mere symbolsk end praktisk betydning på samme måde som den stats»adoption« af forældreløse, der fandt sted under forrige verdenskrig (pupilles de la Nation).

I det udkast til civillovbog, der blev forelagt Conseil d'État, fastholdt man med Bonapartes tilslutning adoption med fuldt familieskifte, men forslaget faldt, og det skulle vare næsten halvandet hundrede år, før det blev gennemført ved den såkaldte légitimation adoptive. I stedet fik man ved Code Napoléon et forbud mod adoption af mindreårige, som blev den væsentlige hindring for et livskraftigt og hensigtsmæssigt adoptionsinstitut, samt tre typer adoption. De to fik overhovedet ingen praktiske virkninger. Reglerne har haft betydning ved udarbejdelsen af adoptionsreglerne i BGB, ZGB og de skandinaviske love, men mange blev ikke efterlignet, navnlig ikke forbudet mod adoption af mindreårige. I Frankrig blev det først hævet i 1923.

I Sverige er adoption indført under forrige verdenskrig, og samtidig gennemførtes en norsk lov. For Norges vedkommende

blev der givet enkelte bevillinger, medens det var forenet med Danmark, men senere gik de af brug. I Danmark er adoption indført i slutningen af det 18 årh, ikke gennem en forordning, men ved at Kancelliet gik over til at nedlægge forestilling om udfærdigelse af enkelte bevillinger. I de ældste bruges ikke udtrykket adoption, men fastslås, at en person, som ikke er barn af ansøgeren, skal have ægtebarns stilling i forhold til ham. Den første er fra 1790, og efter tidspunktet er det ikke usandsynligt, at der er forbindelse med de tanker, som gjorde sig gældende under revolutionen. Noget sikkert vides ikke, og forbilledet kan have været ældre lignende afgørelser. Man kender en af Frederik 2 i 1560 udstedt bevilling til adoption, og det er muligt, at der er andre. Frederik 2's bevilling er givet til borgmester Jacob Ovesen i Hjørring, som med sin hustrus samtykke havde lyst et fremmed barn, Niels Poul, i kuld og køn. Han fik tilladelse til, at barnet måtte anses som hans »barn og rette arving« med forpligtelse til at respektere hans allerede oprettede testamente og til at være ham hørig og lydig som et barn sin fader.

Hullet mellem 1560 og 1790 er så stort, at man har vanskeligt ved at tro, at bevillingen har været benyttet som paradigma, men da formen i alt væsentligt er den samme, er der måske forbindelse gennem mellemliggende bevillinger. Af Kancelliets Brevbøger og af stikordsfortegnelserne i registre og rotuli synes man dog at kunne slutte, at der ikke kan have været mange. Man har i praksis kunnet nå omtrent det samme gennem aftaler om plejebarnsforhold med overdragelse af forældremagt og oprettelse af testamente. I en tid, hvor navneregler ikke fandtes eller ikke overholdtes, har man på flere måder kunnet skabe et surrogat for adoption.

Bevillingen af 1790 er atypisk. Den går ud på at give adeligt navn og tilladelse til adeligt våben samt ægtebarns stilling til en sekondløjtnant, som en norsk generalløjtnant von Zepelin havde adopteret ved privat overenskomst for at sikre slægten mod at uddø : adoption af myndig. Efter formålet svarer bevillingen til arrogatio, der vedrørte en paterfamilias. Ved adoptio i snævrere forstand blev en filiusfamilias overført fra en familie til en anden. Fra 1796 foreligger der en typisk stedbarnsadoption til en borger i Hillerød gående ud på, at hustruens barn udenfor ægteskab måtte anses for hans eget og nyde ægtebarns rettigheder. I 1804 gives der to bevillinger vedrørende børn af fremmede. Herefter fortsætter bevillingspraksis uden afbrydelse op til nutiden, men ikke uden visse ændringer af bevillingernes typiske indhold.

Se register på alle landene, 1559–61 nr 156 b, jfr Nye Danske Magasin, 6 bd 1836, s 166. Danske Kancelli, rotuli 1790 s 76. Sjællandske registre 1796 nr 691. 2 departements forestillinger 1804 s 165 og 879. Se endvidere 1808 s 576 og 580, 1809

s 155, 1810 s 305 og 579, 1811 s 235, 1813 s 335. Arnholm s 76.

I hvilket omfang der har været tale om fransk og romerretlig påvirkning, må stå hen. Kancelliet accepterede ikke tanken om, at mindreårige ikke kan adopteres. Retsinstitutet har fra slutningen af det 18 årh haft samme hovedformål som nu: at skaffe ægtefæller mulighed for at give et barn, som de ønsker at tage til sig og opdrage som deres eget, ægtebarns stilling. Der er også en væsentlig forskel i den praktiske anvendelse. I Danmark kom adoption til at betyde noget allerede i det 19 årh.

Medens 5-10 bevillinger var det normale årlige antal i tiden mellem Napoleonskrigenes slutning og den fri forfatnings indførelse, stiger antallet ret hurtigt efter 1864 for ved århundredskiftet at ligge ved 3-400 om året. Omkring 1920 var det oppe på 7-800, og nu ligger det på ca 2000. En kort periode var det oppe omkring 2500.

I ca 2 % af tilfældene er den adopterede over 18 år (plejebørn). Der er relativt få nyfødte. Ægtebørnsadoptionernes antal er ca 40 % af det samlede antal og overstiger, hvad man ville tro. Forklaringen må være, at indgåelsen af ægteskab i en del af tilfældene er formel. Parterne lader sig omgående separere for hurtigst muligt at blive skilt. Sker dette blot i 1 % af tilfældene af ægteskab, betyder det 400.

Med det stigende antal blev spørgsmålet om en vis kontrol aktuelt, og det førte til loven af 1 april 1914 om adgang til medvirken ved anbringelse af børn. Efter denne kræves der tilfaldelse af Justitsministeriet til at optræde som mellemmand ved anbringelse i pleje eller ved adoption af børn under 14 år. Den, der optræder uden autorisation, kan eventuelt straffes efter straffelovens § 131.²⁾ Særlig autorisation er ikke nødvendig, når det er en offentlig myndighed som et børneværnsudvalg eller en mødrehjælpsinstitution, der foretager anbringelsen.

Baggrunden for loven er, at »efterspørgslen« efter børn længe har oversteget »udbudet«, og at der derved skabes muligheder for at drive Geschäft som mellemmand. Det er dette, der skal sættes en stopper for. Formålet er ikke at ramme den sagfører, læge eller præst, der hjælper to parter, som henvender sig til ham, med at ordne en adoption. At optræde som mellemmand vil sige at udvise en aktiv på adoptioners tilvejebringelse direkte rettet optræden fx ved indrykning af avertissementer.³⁾ Om der kræves vederlag for arbejdet, er ikke afgørende.

På grundlag af disse regler er ordningen af de fleste fremmedadoptioner : adoption af børn af fremmede gået over til mødre-

²⁾ UfR 1937 s 1131.

³⁾ UfR 1919 s 256 (sagfører). I Justitsministeriets praksis er det en fast regel, at sagførere ikke autoriseres om mellemmand.

hjelpsinstitutioner, plejehjemsforeninger, forstanderinder for spædbørnshjem og overlæger på fødselsanstalter. I de senere år har det oftest været mødrehjælpsinstitutionerne, der har formidlet fremmedadoptioner, og de har også den bedst egnede organisation.⁴⁾ Det antal, der ordnes direkte, er dog stadig forholdsvis stort. Efter den engelske Adoption Act, 1950, er det forbudt såvel en moder at avertere, at hun ønsker at bortadoptere, som en person at avertere, at han ønsker at adoptere et barn. Herved ledes fremmedadoptioner på en lempelig måde over til de sociale institutioner. De adoptioner, der ordnes gennem avertissement, falder erfaringsmæssigt ofte uheldigt ud.

Når mødrehjælpsinstitutioner og plejehjemsforeninger nu ordner de fleste fremmedadoptioner, beror det også på, at man i administrativ praksis har indtaget det standpunkt, at kun de personer og institutioner, der er anerkendt som mellemmand, kan medvirke ved ordningen af anonyme (unavngivne) adoptioner. Den anonyme adoption har en betydningsfuld funktion ved fremmedadoptioner, medens familieadoptioner : adoption af et barn af ægtefællen eller et barn af egen eller ægtefællens slægtning i reglen er navngivne : samtykkeerklæringerne angiver adoptantens navn. Når der er tale om et barn af fremmede, går adoptanternes ønske ud på, at forbindelsen med dets naturlige forældre skæres helt over. De ønsker, at moderen ikke senere kan opsøge barnet og blande sig i spørgsmålet om dets opdragelse eller øve indflydelse på forholdet mellem dem og barnet.

Fra et etisk synspunkt kan man kritisere denne indstilling. Den synes at være i strid med dybtliggende menneskelige følelser og med gængse anskuelser om forholdet mellem blodsbeslægtede. Hvor et fremmed nyfødt barn skal bortadopteres, er den en kendsgerning, som man må regne med. Hvis man ikke gør det muligt at afbryde forbindelsen, vil interessen for fremmedadoptioner dale betydeligt, og det er dem og ikke familieadoptionerne, som interesserer samfundet. Indstillingen er en følge af adoptanternes ønske om at få et barn og rive det ud af dets milieu, og der kan anføres en del til forsvar for den. Det er betegnende, at man aldrig i love om adoption støder på bestemmelser om en samkvemsret mellem de naturlige forældre og barnet i lighed med den, der findes i skilsmisse- og separationssituationen. En sådan to-mødre ordning ville neutralisere lysten til at adoptere.

Anerkendelsen af, at en adoption kan være anonym, forklarer den stærke stigning i adoptionernes antal i Danmark som i andre lande. I praksis har man bøjet sig for adoptanternes *conditio sine qua non* og anerkendt, at der kan gives in blanco samtykke

⁴⁾ Ifølge Justitsmin cirk nr 128 af 16 juni 1951 kan mødrehjælpsinstitutioners afhøringer af attestanter og vandelsattestanter i almindelighed erstatte politiafhøring.

til bortadoption, når forældre og andre overlader til anerkendt mellemmand at udpege adoptant og give endeligt samtykke på deres vegne. En sagfører kan på egen hånd kun ordne en adoption som navngiven.⁶⁾ Også i Sverige arbejder man nu med anonyme adoptioner, i hvert fald i storbyerne,⁶⁾ og de bruges også i Norge.

I svensk teori har man kritiseret de anonyme adoptioner ud fra den opfattelse, at påbudene om samtykke naturligt læses således, at samtykke skal angive, hvem der adopterer. Forældre kan ikke overlade en så vidtgående bestemmelse som udpegning af adoptant til andre. Hverken de svenske⁷⁾ domstole, der skal give tilladelse til adoption, eller de danske, som kan tage stilling til adoptionernes gyldighed under en retssag, har erklæret de anonyme adoptioner for stridende mod adoptionsloven. Når man skaber garantier for, at afgørelsen kun træffes efter omhyggelig undersøgelse af adoptanternes forhold og egnethed til at opdrage, har betragtningen om, at de, der bortadopterer, selv skal sikre sig, at barnet kommer under gode forhold, ingen slagkraft. Gennemgående har mødrehjælpsinstitutionerne større muligheder for at bedømme dette end de naturlige forældre, og de har især større muligheder for at finde frem til et egnet hjem, fordi de, der ønsker at adoptere, melder sig hos dem.

En vægtigere indvending imod de anonyme adoptioner synes det at være, at man på denne måde gør barnets arveret efter dets naturlige forældre og slægt og vice versa illusorisk. Fra alle sider gør man, hvad man kan for at hindre den i at blive aktuel. Normalt er denne arveret kun en skueret, og fra et de lege ferenda synspunkt forekommer den meningsløs, fordi barnet tillige har legal arveret efter adoptanten. I mange tilfælde er den i strid med såvel barnets som moderens interesser. Så længe loven ikke ændres, er det dog ikke helt ubetænkeligt, at myndighederne går i spidsen med hensyn til undertrykkelse af rettigheder efter loven. Moderen kan senere være blevet velstillet gennem ægteskab, og desuden er der arveretten efter hendes slægt, i visse tilfælde også efter faderen og faderens slægt.

De anonyme adoptioner anvendes også i Schweiz,⁸⁾ Frankrig og England. I Frankrig og England har man draget konsekvenserne og

⁶⁾ Justitsmin cirk nr 259 af 26 okt 1949 angående udfærdigelse af adoptionsbevillinger under II B 2), jfr ændring ved cirk nr 300 af 10 dec 1949. Anonymitetsprincippet kendtes før adoptionsloven.

⁶⁾ Walin s 69.

⁷⁾ NJA 1940 s 690.

⁸⁾ Egger II s 37.

indført adgang til adoption med fuldt familieskifte. I arveretlig og i de fleste andre henseender tages barnet ud af den tidligere familie og føjes ind i den nye.

Udviklingen begyndte i Norge i 1930'erne ved gennemførelse af en ændring gående ud på, at arveretten mellem adoptivbarnet og naturlig slægt efter begæring kan ophæves. Man har to slags adoption, en med omtrent de samme virkninger som efter den danske adoptionslov og en med fuldt familieskifte i arveretlig henseende. Arveretten udstrækkes også til adoptantens slægt med reciprocitet. I praksis gennemføres ca 90 % af adoptionerne med de stærkere virkninger.

Derefter vedtoges der en ændring i Code civils adoptionsregler, der muliggør både adoption med bevarelse af slægtsbåndet, adoption med ophævelse af slægtsbåndet og légitimation adoptive, der har de videstgående virkninger. Ca 95 % af de franske adoptioner gennemføres nu som legitimationsadoptioner, som man kan oversætte det lidet heldige udtryk til.

Endelig har man i 1949 vedtaget en ændring i den engelske adoptionslov, der med ældre love om adoption nu er sammenfattet i Adoption Act, 1950, en lovteknisk revision af adoptionsreglerne. Med denne har man indført den videstgående ligestilling mellem adoptivbørn og ægtebørn, som man har kendt siden den klassiske romerretts dage. Efter 150 års forløb er Bonapartes idé om en gennemgribende reform af adoptionsinstituttet, så det kommer til at svare til nutidens forhold, blevet realiseret i England under aktiv og interesseret medvirkning af Overhuset. Loven går videre end den franske, idet den adopterede også får engelsk statsborgerret. Beskyttelsen mod misbrug består i, at det er domstole, der skal bevilge adoption, og i, at det kun er mindreårige, der kan adopteres. Heri ligger også en beskyttelse for det offentliges interesser i, at adoptionsinstituttet ikke misbruges til at spare arveafgift.⁹⁾

⁹⁾ Norsk lov fra 1935, jfr Arnholm s 85, Harbou i UfR 1944 B s 181f med kritik af de danske regler om arv og Trolle l c s 189f. Franske love fra 1939 og 1941, der ændrer Code civil art 343ff, jfr Planiol I s 565-84. De engelske love kan efterses fx i The Twentieth Century Statutes, bd 46 og 47, parlamentsforhandlingerne i Parliamentary Debates. Forslaget blev indbragt privat af Basil Nield på grundlag af en betænkning afgivet juni 1947 af Gamon komitéen In loco parentis. Det fik støtte fra alle sider, navnlig regering og Overhus. Om adoptions virkninger anføres det s 18 i betænkningen, at »everything possible should be done to ensure that, apart from

Hverken i Tyskland, Sverige¹⁰⁾ eller Danmark er man endnu kommet bort fra det tidligere dominerende tofamilieprincip, men reglerne adskiller sig væsentligt fra Justinians, idet forældremyndigheden går over til adoptanten. Arveretligt har barnet stadig tilknytning til to familier. En ophævelse af arveretten mellem naturlig slægt og adoptivbarn skulle ikke være så vanskelig at få gennemført. Om man så skal give det legal arveret efter adoptantens slægt efter norsk-engelsk eller fransk mønster, er fra et praktisk synspunkt ikke noget stort spørgsmål. Problemet er, om man skal have en enstregen eller tostrengt ordning,¹¹⁾ og hvor vidt man skal gå i visse relationer. Den i Frankrig indførte mangestrengede ordning er for kompliceret og har givet anledning til kritik.

I Danmark er udviklingen med hensyn til ordningen af det arveretlige forhold siden ca 1820 stadig gået ud på at svække adoptivbarnets stilling, men dette har ikke hæmmet adoptionsinstituttet i dets vigtige samfundsmæssige funktion, som er at yde et bidrag til løsningen af spørgsmålet om opdragelse og forsørgelse af udenfor ægteskab fødte børn. Opdragelse vil for disse børn altid være det primære, arv det sekundære.

Afgørelsen af et adoptionsandragende hører under administrationen, medens den i udlandet efter den senere romerrets forbillede i reglen er henlagt til domstole som en del af *jurisdictio voluntaria*. Fordelen er, at man opnår stærk decentralisation. I Norge har bevillingskompetencen længe været henlagt til fylkesmanden. Inden adoptionsloven var afgørelsen i Danmark centraliseret, men med hjemmel i § 1 har Justitsministeriet efterhånden ladet behandlingen af rutinesager gå over til amterne. Nærmere regler herom findes i

the accident of birth, the relationship between the adopters and their adopted child should be identical with that between natural parents and their child». Disse synspunkter er accepteret i betænkning af sept 1953 af Joint UN/WHO Meeting of Experts on the Mental-Health Aspects of Adoption s 4.

I lovens § 3, stk 3, og § 4, stk 1, forudsættes det, at anonyme adoptioner er lovlige.

¹⁰⁾ BGB § 1764, 1757, 1759. Walin s 74-75. Justinians *adoptio minus plena*, hvorefter barnet blev i sin familie, men fik legal arveret i den nye, se I 1, 11, 2 og C 8, 47 (48), 10.

I feb 1954 har en svensk kommission fremsat forslag om bl a nye svenske adoptionsregler se *Ärvidabalk* s 96f, 165f, 215f. Der foreslås en tostrengt ordning. Udviklingen i fransk-engelsk ret synes kommissionen ubekendt og omtales ikke.

¹¹⁾ Mod tostrengede ordninger Trolle i *UfR* 1944 s 193-94.

adoptionscirkulærer, for tiden et fra 1949. Skønt kongen ikke siden 1923 har underskrevet nogen bevilling, fremtræder de stadig som kongelige. Dette er en anomali.

II. *Familieadoptioner* er hyppige, ca $\frac{1}{4}$ af tilfældene. Problemerne er ikke de samme som ved fremmedadoption.

Det mest almindelige tilfælde har altid været *mandens adoption af hustruens udenfor ægteskab fødte barn*. Afgørelsen kan træffes af overøvrigheden, selvom den naturlige fader protesterer eller kræver fritagelse for bidragspligt for at give tilslutning. Det sætter man sig ud over. Da stedfaderen efter § 2, stk 3, i loven af 1937 om børn udenfor ægteskab under forudsætning af, at moderen har forældremyndigheden, med hendes samtykke kan anmelde til ministerialbogen, at barnet skal bære hans og ikke moderens familienavn, er adoption i og for sig ikke nødvendig, for at det kan skjules, at barnet er født udenfor ægteskab. Motivet vil gerne være ægtefællernes ønske om videst mulig ligestilling med børn, der er eller bliver født i ægteskabet. Dette har man altid accepteret som fyldestgørende grund til adoption.

En anden gruppe er en *ægtefælles adoption af den andens barn af tidligere ægteskab*. Er ægtefællen død, er bevillingstilfældet kulant. Er ægteskabet opløst ved skilsmisse, og samtykker ægtefællen, vil barnets interesser efter den nuværende adoptionslov, hvor det bevarer arveret efter naturlig slægt, som regel være forenelig med adoption. Protesterer ægtefælle nr 1, kan bevilling kun gives af Justitsministeriet, som efter adoptionslovens § 6 har den formelle kompetence til at give bevilling. Faderen skal ikke samtykke, kun høres. En tilsvarende regel er almindelig i fremmed ret.

Spørgsmålet, om bevilling *bør* gives, er vanskeligt, da situationerne er meget forskellige. Nægter nr 1 at samtykke med den begrundelse, at sagen er ham uvedkommende, da han er overbevist om, at barnet ikke er hans, men nr 2's, eller har han under en retssag indtaget det samme standpunkt, kan bevilling forventes. Har han i princippet erklæret sig villig til at samtykke, men stiller betingelser, fx at han slipper for at betale de restancer, der er, eller at barnets værge giver arveafkald med autoriteternes samtykke, synes der heller ikke at være grund til at nægte bevilling. I visse tilfælde af grov forsømmelse overfor barnet fx mishandling, der har foranlediget den forudgående separation, eller grov og forsætlig tilsidesættelse af forsørgelsespligten, vil det også være rimeligt at sætte sig ud over hensynet til den fraskilte og alene se på, hvad barnets interesser tilsiger. Det samme må vist gælde, når skilsmisse er givet på grund af, at den fraskilte har stræbt ægtefællen efter livet eller begået strafbare handlinger af yderst grov karakter som manddrab eller voldtægt. I sådanne tilfælde vil der

også kunne opstå spørgsmål om barnebarnsadoption eller anden familieadoption trods protest.

I andre tilfælde vil det gerne være betænkeligt at give bevil-
ling. Andragendet er ofte en udløber af striden mellem ægtefæl-
lerne og har til formål at afskære den fraskilte fra forbindelsen
med barnet. Som motiv henvises der til det ønskelige i, at bør-
nene fra begge ægteskaber bærer samme navn og stilles ens, og
til nr 2's interesse for barnet. Men den kan til dels varetages
gennem oprettelse af testamente. Det, ægtefællerne tilstræber, er
ofte at ophæve den ret, som den fraskilte har efter myndigheds-
lovens § 26 til at få forældremyndigheden, når den anden dør,
og navnlig samkvemsretten efter § 27.¹²⁾

Forudsætningen om, at den lovhjemlede samkvemsret falder
bort ved en adoption, der gives mod protest, er dog måske ikke
rigtig. Sker adoption med samtykke fra den i forældremyndig-
heden delagtige fader eller moder, er det rimeligt, at der ikke
længere anerkendes en samkvemsret, hvis den ikke er forbeholdt
ved bevillingens meddelelse ved en aftale mellem parterne eller
i en resolution fra øvrigheden. Adoptionsloven har ingen bestem-
melse om en samkvemsret for de naturlige forældre, og ud fra
friere vurderinger vil man her kræve hjemmel for at anerkende
den. Den bortfalder, hvis der »savnes hjemmel« til den. I det fore-
liggende tilfælde støttes samkvemsretten på en udtrykkelig lov-
bestemmelse, og det er ikke uden videre givet, at den falder bort
også ved en adoption, der meddeles mod protest fra den fraskilte
ikke i forældremyndigheden delagtige. Kan der ikke bebrejdes
den fraskilte noget i hans forhold til barnet, vil det være en
hård løsning at bortfortolke hans samkvemsret også i protest-
situationen. Den kan som i andre tilfælde ophæves af overøvrig-
heden efter § 27, men det er noget andet end at antage, at den
automatisk falder bort. Kan disse betragtninger følges, vil spørgs-
målet om adoption i disse tilfælde ofte slet ikke blive rejst.¹³⁾

Er barnet fyldt 14 år, så det selv skal samtykke, kan det
måske i visse tilfælde være rimeligt at tage noget mindre hensyn
til den fraskilte ægtefælle, men det er vanskeligt at afgøre, om
barnet ikke er under pres. Ændres adoptionsloven, vil det på
grund af de arveretlige konsekvenser kunne blive meget betænke-
ligt at tillade ægtebarnsadoptioner efter skilsmisse.¹⁴⁾ I praksis

¹²⁾ NJA 1952 s 293 og 521, to tilfælde, hvor den svenske højesteret
nægtede tilladelse til adoption. Engelsk praksis er på linje hermed se Hitch-
cock v W B, 1952 2 QB 561.

¹³⁾ Bentzon i UfR 1930 B s 57-63, Borum I s 151-53, Cc art 347,
Adoption Act § 3. Efter BGB § 1747 er samtykkekravet ufravigeligt ved
ægtebørn, selv efter skilsmisse, Palandt s 1478 øverst.

¹⁴⁾ Trolle i UfR 1944 B s 191-92.

har Justitsministeriet været yderst tilbageholdende med at give bevilling mod protest.

En tredje gruppe er en *mands adoption af sit barn udenfor ægteskab*. En kvinde kan ikke adoptere sit barn udenfor ægteskab, men en mand kan få tilladelse til at adoptere sit, § 1 in fine. Reglen er ikke udtrykkeligt ophævet ved børnelovene af 1937, og i administrativ praksis antager man, at der stadig kan gives bevilling, selvom faderskabet er fastslået, og barnet således allerede har arveret og ret til at bære faderens navn. Efter den norske adoptionslov er det i dette tilfælde udelukket at give bevilling.

Når man til støtte for denne forskel har henvist til, at retstillingen ændres ved mandens, men ikke ved kvindens adoption, er udgangspunktet rigtigt, men slutningen formel. Spørgsmålet er, om der efter børnelovens ikrafttræden stadig *bør* gives en mand bevilling til adoption i faderskabstilfældet. Ved adoption får faderen forældremyndighed og værgemål, men det kan han få uden adoption enten efter reglen om, at han kan få forældremyndigheden efter moderens død, hvis det er foreneligt med barnets tarv, eller ved overførelse efter en godkendt aftale med moderen efter den almindelige regel i myndighedslovens § 30. I begge tilfælde bliver han tillige værge. Er betingelserne for adoption tilstede, vil betingelserne for at få forældremyndigheden også være det. I faderskabssituationen er der kun begrundelse for at gå den besværligere adoptionsvej, hvis det skal skjules, at der er tale om eget barn udenfor ægteskab. Denne begrundelse for adoption blev for kvinders vedkommende kasseret ved adoptionslovens § 1. Forholdet ligger noget anderledes, dersom der er tale om en mands adoption af et barn, som han kun er bidragspligtig overfor. Sådanne adoptioner er sjældne.

Den kommission, der forberedte adoptionsloven, havde foreslået, at mand og kvinde blev ligestillet, og at de begge fik adgang til at adoptere eget barn udenfor ægteskab. Dette blev reglen i Sverige-Finland, men ikke i Danmark-Norge. Det danske regeringsforslag begrænsede tilladelsen til manden, og det blev den endelige regel. Spørgsmålet gav anledning til megen debat under rigsdagsforhandlingerne, og det har også andetsteds givet anledning til mange og indgående diskussioner i tidens løb, især i Frankrig. Ved Code Napoléon havde man ladet spørgsmålet stå åbent, og der findes stadig ikke en udtrykkelig regel i lovbogen. I 1840'erne erklærede Cour de Cassation først adoption af eget barn udenfor ægteskab for lovlig, derefter for ulovlig og derefter igen for lovlig. Efter denne dobbelte overruling er man blevet stående på det standpunkt, at det er lovligt. Samme stilling indtager man i Tyskland og England, og det er den klassiske romerrets standpunkt. Senere indførte man et forbud, og dette standpunkt har fundet udtryk i noveller i Corpus juris civilis, hvor der

henvises til sømmelighedshensyn »quoniam castitatem non perfecte consideravit«. ¹⁵⁾ Idag kan man ikke tillægge dette betydning, og betragtningen kan under ingen omstændigheder bære et alene mod kvinder rettet forbud.

Hvad der taler for at ophæve forbudet, er det menneskelige hensyn, at en adoption kan gøre det lettere for en ældre kvinde – men ikke for en yngre –, der får et barn udenfor ægteskab, at beholde det hos sig. Mod reglens ophævelse taler, at man løber en risiko for en devaluering af adoptionsinstituttet, hvis det bliver meget almindeligt med kvinders adoption af eget barn udenfor ægteskab. Bevillingerne kan let blive for kurante. Det er ikke muligt at gøre standsforskel. Slutninger fra fransk-tysk ret er usikre, da adoptionsalderen her altid har ligget langt højere end i Danmark, hvilket forringer risikoen for devaluering.

I England hævdes disse adoptioner at spille en stor rolle, men man har på grund af tradition her et andet problem end i Danmark-Norge. Når man i Norge ikke er gået til en ophævelse af forbudet, er det vistnok ikke tilrådeligt at gøre det hos os, men i så fald må man ophæve mandens adgang til at adoptere sit.

Hvis en *gift kvinde* ønsker at adoptere *mandens barn udenfor ægteskab*, hvilket sker, vil administrationen altid forlange, at manden optræder som medadoptant. ¹⁶⁾

Blandt de andre familieadoptioner nævnes *barnebarnsadoptionen*, der er ret hyppig, idet den bruges – eller brugtes – til at skjule, at en ugift datter har fået et barn, og efter visse skilsmisssituationer. Endelig møder man også *ægtefællens adoption af den andens adoptivbarn*. ¹⁷⁾ Denne er praktisk uigennemførlig, hvis barnet er adopteret af ægtefæller, som senere er skilt, jfr forbudet i § 4, stk 2, mod flere samtidige adoptionsforhold. Kun hvis adoptionen hæves i forhold til den fraskilte tidligere ægtefælle, kan den finde sted, men betingelserne vil sjældent foreligge. Er den tidligere ægtefælle død, er der intet til hinder.

III. Betingelser.

Den vigtigste uomtalte betingelse er, at den, der ønskes adopteret »enten ønskes opfostret hos adoptanten eller har været opfostret hos ham, eller der foreligger anden særlig grund til adoptionen«, og at der er grund til at tro, at adoption vil være til gavn for den pågældende, § 8.

Opfostringssynspunktet svarer til, hvad der altid har været dansk praksis, men var, da man skrev udkastet til lovforslaget, noget nyt, som hverken harmonerede med Code civil eller med

¹⁵⁾ Nov 74, c 3, 89, c 7, 11 § 2. Planiol I s 571. Adoption Act § 1, stk 3, og § 2, stk 1, c). Palandt s 1472.

¹⁶⁾ Adoptionscirk under III A.

¹⁷⁾ I c.

BGB. Det var uundgåeligt, at adoptionsloven i visse henseender blev påvirket af de synspunkter, der var lagt til grund for kodifikationerne. Englænderne har fra begyndelsen konsekvent lagt opfostringssynspunktet til grund for deres love om adoption. Titlen på den første er Adoption of Children Act, og efter den nugældende kan kun infants 3: personer under 21 år adopteres.

Således som § 8 er formuleret, er det ikke udelukket, at der kan gives tilladelse til adoption af en myndig, men i adoptionskommissionens betænkning går man ud fra, at det kun vil finde sted, fx når det beror på en forglemmelse, at der ikke er blevet søgt om tilladelse til at adoptere et plejebarn, eller der er tale om en ægtefælles adoption af den andens barn. Afgørelsen beror på justitsministerens skøn. Der er fast praksis for næsten aldrig at tillade adoption af myndige. Formålet hermed vil være at spare arveafgift, der efter en adoption beregnes efter den billigste takst, men dette er ikke fyldestgørende grund. Ansøgere rykker i almindelighed ikke ud med dette formål, men fremfører i stedet sådanne forhold som ønsket om at hindre en familie i at uddø eller ønsket om at føre et navn videre. Det stemmer derimod med adoptionens formål at tillade adoption af plejebørn uden anden motivering end den, at vedkommende er blevet opfostret hos adoptanten, og de fleste adoptioner af 18–21 årige drejer sig om sådanne tilfælde. Bevillingen er kurant. Arveafgiftsbesparelsesmotivet spiller her ingen større rolle, da der i arveafgiftsloven er hjemmel til at nedsætte afgiften af arv til plejebørn.

Hvis man tillader adoption af myndige, vil man, som erfaringerne andetsteds viser, komme ud i store vanskeligheder og mis-kreditere adoptionsinstituttet. Det lader sig ikke gøre at sondre mellem tilfælde, hvor motivet alene er at spare arveafgift, og hvor adoptionen er ugyldig som stridende mod »die guten Sitten«, eller fordi der siges at foreligge »fraude fiscale«, og tilfælde, hvor motiverne er legitime, og hvor ansøgeren kun glæder sig over, at han også sparer afgift. Enten må man nægte at gå med til adoption af personer over en vis alder, eller også må man, som man har været inde på i Frankrig, ændre arveafgiftsreglerne og beregne afgift uden hensyn til stedfunden adoption, i hvert fald hvis denne har fundet sted efter fx den adopteredes 21 år.

I praksis har Justitsministeriet i årene 1906–15 været inde på at tillade adoption af myndige på den måde, at man tog forbehold i bevillingerne om, at der skulle svares samme arveafgift, som der bortset fra bevillingerne ville være at erlægge. Dette var i strid med arveafgiftslovgivningen, og forbeholdet blev i en retssag erklæret for ugyldigt. Men derefter har man været klogere.¹⁸⁾

Når opfostring er adoptionens hovedformål, er det nødvendigt, at der føres kontrol. Ved siden af kontrollen med mellemmand

¹⁸⁾ UfR 1930 s 372. PlanioI I s 566.

er der dels det almindelige plejebørnstilsyn efter forsorgsloven, der efter omstændighederne kan udvides til adoptivbørn under 14 år, når adoptanten undtagelsesvis har modtaget eller modtager vederlag for adoptionen, herunder underholdsbidrag, dels en forudgående grundig prøvelse af, om man tør betro ansøgeren opdragelsen af et barn.¹⁹⁾

Herved kan man som regel få formel sikkerhed for, at ansøgerne er ustraffede, og at de ikke lever under dårlige eller uordnede økonomiske kår. Lige så vigtigt er det, at de har evnen til at opdrage børn, og at det er sandsynligt, at barnet vil passe ind i hjemmet. Et barn af svagtbegavede må ikke anbringes i et milieu, hvor boglige sysler anses for det eneste rigtige at kaste sig over, og der må også vises omtanke, når et barn fra et bohêmehjem skal adopteres bort. En vurdering af, om adoptionen er rigtig og hensigtsmæssig, lader sig ikke foretage på grundlag af en politibetjents rapport, men kræver undersøgelse over nogen tid ved mennesker, der har fået erfaringer på dette område.²⁰⁾

Adoption kan tillades, selv om ansøgeren i forvejen har *livsarvinger*. Der findes vel i § 8, stk 2, en regel om, at bevilling i så fald ikke »bør« meddeles, medmindre der kan anføres vægtige grunde derfor. Men dette er en af de bestemmelser, der er påvirket af kodifikationerne,²¹⁾ og den har i praksis ikke haft nogen betydning. Efter ældre praksis blev der ofte givet adoptionsbevilling i sådanne tilfælde. Den vage formulering har gjort forbudet betydningsløst. Efter praksis er der vægtig grund, når barnet i forvejen har opholdt sig hos adoptanten i længere tid eller er beslægtet med denne eller som stedbarn besvogret. Justitsministeriet har forsøgt at få bestemmelsen ophævet, men da forslaget var koblet sammen med en udvidelse af adgangen til at få adoptionsforholdet ophævet, strandede det på rigsdagen. I Norge og Sverige er reglen nu ophævet.

Opfostringssynspunktet fører til, at adoptionsalderen 3: den alder, der kræves af adoptanten, sættes lavt. De, der skal opdrage børn, bør ikke være for gamle. 25 års alderen er fælles for de skandinaviske lande og England.²²⁾ Ved stedbørnsadoptioner er det vigtigt at have en lav grænse. I kodifikationerne ligger alders-

¹⁹⁾ Forsorgslovens § 110, stk 2, jfr bkg nr 475 af 31 aug 1946. Adoptionscirk under II C, jfr I 8) og 9).

²⁰⁾ Socialpolitisk Forenings småskrifter nr 15: Adoption, 1953, navnlig Vera Skalts s 3-17.

²¹⁾ Se stadig BGB § 1741 og ZGB art 264.

²²⁾ Adoption Act, § 2, stk 1, har lavere grænse ved adoption af slægtninge og ingen ved eget barn udenfor ægteskab. Der kræves en aldersforskel på 21 år mellem adoptans og adoptandus. Code civils 50 år, der er uændret i BGB (dispensabelt), er nu nedsat til 40 år, i visse tilfælde 35. ZGB har 40 år.

grænsen en del højere, og man har regler om en aldersforskel mellem adoptant og adoptivbarn.

Synspunktet fører endvidere sammen med ligestillingssynspunktet 3: tanken om, at adoptivbarnet skal ligestilles med ægtebarn, til reglen om, at den, der er gift, når bortses fra tilfælde af adoption af ægtefællens barn, altid skal adoptere sammen med sin ægtefælle,²³⁾ og reglen om, at kun ægtefæller kan optræde som samadoptanter. Ført ud i de yderste logiske konsekvenser ville synspunkterne føre til, at man nægter den, der ikke har været gift, ret til at få bevilling, men sådanne betragtninger kan ikke være afgørende ved lovgivningens udformning. Man kan jo heller ikke føre familieskiftesynspunktet til bunds, men må give op ved ægteskabsindgåelse og straf for visse kønsforbindelser. I dansk praksis forekommer det i ca 3 % af tilfældene, at ugifte adopterer. Det er næsten altid kvinder over en vis alder.

Hvis den, der ønskes adopteret, er under 21 år – hvad han i praksis altid vil være –, skal der gives samtykke fra forældrene. Er den ene af forældrene uden del i forældremyndigheden eller sindssyg, er den andens samtykke tilstrækkeligt, og er begge uden del i forældremyndigheden, skal værgerne samtykke.

Det samtykke, der udkræves, skal således ikke gives af indehaveren af forældremyndighed. Forskellen imellem, om det er indehaveren af forældremyndighed eller forældre-værge, der skal samtykke, kommer ved ægtebørn især frem 1) når forældremyndigheden er overført til andre og 2) når forældremyndigheden er frataget forældrene efter forsorgslovens § 130, stk 1. Det er da ikke indehaveren af forældremyndighed, der skal samtykke, men værgerne, og det vil i princippet være faderen som født værge. Vil faderen ikke samtykke, vil man i fratagelsestilfældene, men som regel ikke i overførelsestilfældene også kunne fratage ham værgemålet efter myndighedslovens regler og beskikke en værge ad hoc, der kan samtykke i adoption. Børneværnsudvalget skal ikke i sin egenskab af indehaver af forældremyndighed samtykke i adoption.

Fra den af forældrene, der er uden del i forældremyndigheden, skal der efter § 6, stk 2, om muligt indhentes erklæring, altså navnlig fra faderen til barn udenfor ægteskab og den fraskilte, som er uden del i forældremyndighed.²⁴⁾

²³⁾ I praksis har man tilladt en 61-årig mand, hvis hustru var sindssyg, at adoptere sin husbestyrerindes barn, som han var fader til. Hjemmelen findes i §§ 1 og 3. Teoretisk kan fraseparerede ægtefæller få bevilling sammen, og det hænder, at de søger (forsoningsbarn). De får naturligvis afslag, jfr Arnholm s 78.

²⁴⁾ Om forholdet til forældremyndighed nærmere s 157f. Reglen i § 6 er meget irrationel. At der ikke kræves samtykke fra forældremyndighedens indehaver, men fra forældre-værge kan teoretisk resultere i, at den, der har fået overdraget forældremyndighed til sig med godkendelse efter myndig-

§ 6, stk 2, om indhentelse af erklæring fra den af forældrene, hvis samtykke ikke behøves, fortolkes i praksis således, at der ved børn udenfor ægteskab skal indhentes erklæring også fra den eller de bidragspligtige. Da begrebet fader i lovgivningen ikke omfatter bidragspligtige og endnu mindre *de* bidragspligtige, må det være tilladeligt at fortolke loven således, at det ikke er påbudt, at der skal indhentes erklæring fra bidragspligtige. Det udelukker ikke, at der indhentes erklæring, når myndighederne eller den sagfører, der ordner sagen, anser det for rimeligt, fordi den bidragspligtige har vist interesse for barnet. I de fleste tilfælde er forholdet mellem den bidragspligtige og barnet af en sådan karakter, at det vil være uden betydning, hvad den bidragspligtige siger. Når man på forhånd har gjort sig klart, at det vil være uden betydning, om den bidragspligtige protesterer, hvis hans motiv til at sige nej er hans utilfredshed med, at nyordningen ikke medfører økonomisk fordel for ham, og når man altid vil formode, at hans motiv til nej er denne utilfredshed, kan man lige så godt fortolke loven således, at den bidragspligtige ikke omfattes af begrebet »forældre« i § 6, stk 2. Er der flere bidragspligtige, synes det meningsløst at behandle dem, som om de alle var fædre.

Tages et samtykke tilbage, inden bevilling er meddelt, kan man spørge, om bevilling *bør* meddeles, og om den gyldigt *kan* meddeles. Den hyppigste situation er, at det er moderen til et barn udenfor ægteskab, der tilbagekalder, og grunden kan være, at hun nu er blevet eller kan blive gift med faderen, eller at hun mener, at hun alligevel selv bør og kan påtage sig at forsure og opdrage barnet. Men motivet kan også være jalousi eller pengetrang.

I første omgang foreligger andragendet efter den danske ordning til administrativ afgørelse. Administrationen må danne sig sit selvstændige skøn over, om det nu kan siges at være til gavn for barnet, at bevilling gives. Formodningen er for, at det ikke er tilfældet. Har de, der ønsker at adoptere, ikke haft barnet hos sig eller dog kun haft det ganske kort tid, må andragendet afslås. Hvad de ønsker, er at adoptere et barn. For moderen eksisterer der – følelsernes ægthed forudsat – kun eet barn. Har de haft barnet hos sig gennem nogen tid eller endog gennem længere tid, fx fordi det har været deres plejebarn, eller fordi adoptionssagens behandling har trukket i langdrag, kan man ikke altid gå ud fra, at det vil være til gavn for barnet, at bevilling nægtes. Moderen

hedslovens § 30, bagefter må se roligt på, at faderen qua født værge samtykker i bortadoption til en tredje.

Efter § 5 skal den, der ønskes adopteret, selv samtykke, hvis han er over 14 år. Reglerne i §§ 2, 6, stk 3, og 7 har liden interesse,

²⁵⁾ Adoptionscirk under I 4 og Min Tid 1923 A s 224. Borum har s 151 acquiesceret ved praksis.

kan leve under sådanne forhold, at hun ikke bør have lov til at opdrage et barn, og hendes motiv kan være, at hun vil forsøge at slå mønt af ansøgerne. Har forældremyndigheden i henhold til myndighedslovens § 30 været hos plejeforældre, og har de haft barnet hos sig gennem en del år, kan det også være lidt hårdt, om adoptionen ikke skulle kunne fremmes, fordi moderen på grund af en eller anden uoverensstemmelse med plejeforældrene trækker sit samtykke tilbage, inden bevillingen er udfærdiget.

Hvis justitsministeren efter at have overvejet alt, hvad der taler for og imod at give bevilling, beslutter sig til at give den, kan han da gyldigt gøre det, eller bør samtykkereglerne i adoptionsloven fortolkes således, at samtykke skal foreligge i selve det øjeblik, bevilling meddeles på samme måde som ved separation efter ægteskabslovens § 52 eller en skilsmisse efter § 54, 1 punktum?

Svaret bør vistnok være, at Justitsministeriet har den formelle kompetence til at give bevillingen, selv om moderen har trukket samtykket tilbage. Det er nødvendigt at have et sværd i beredskab til at klare en tvist mellem to mødre om et barn.²⁶⁾ I givet fald må moderen – og andre – kunne holdes fast på det engang frivilligt givne samtykke. Nogen fare for, at en parlamentarisk minister vil misbruge denne kompetence, som han og hans embedsmænd højest sandsynligt tror, at han egentlig ikke har efter adoptionsloven, kan der ikke være, og det vil være meget sjældent, at den vil blive brugt. I princippet må den anerkendes i børnenes og afledet deraf i andragernes interesse. Ellers åbnes der for store muligheder for afpresning under en adoptionssags gang.

Så vidt ses, har spørgsmålet om den fri tilbagekaldelighed ikke foreligget for Højesteret, men der synes at være en god analogi i Højesterets tidligere praksis om aftaler om overdragelse af forældremyndighed, hvor der ikke anerkendtes fri tilbagekaldelighed.²⁷⁾ I BGB har man afskåret tvivl ved udtrykkeligt at bestemme, at samtykkeerklæringer er uigenkaldelige. Fra engelsk praksis foreligger der en appelretsdom *In re Hollyman* fra tiden lige før gennemførelsen af Adoption Act, hvori det antages, at der ikke kan gives adoptionstilladelse, når moderen trækker sit samtykke tilbage. Herfra kan man dog af flere grunde ikke drage nogen slutning om, hvad forholdets natur tilsiger. Når det som i England er domstole, der skal give disse tilladelser, vil grænsen mellem det, der *bør* tillades, og det, der *kan* tillades, let blive forskudt. Som regel bør tilladelsen ikke gives. I denne sag var der desuden tale om at bortadoptere et *ægtebarn* på 4 år, og moderen

²⁶⁾ 1 kongebog 3, 24.

²⁷⁾ UfR 1915 s 271 H.

påstod, at manden havde tvunget hende til at give samtykke. Afgørende er det, at man i en anden bestemmelse i Adoption Act har det sværd, der skal til for at klare den vanskelige konflikt mellem interesser, der kan forekomme lige værdige til beskyttelse. Domstolene kan tillade en adoption trods manglende samtykke fra moderen bl a, når »consent is unreasonably withheld«.²⁸⁾

Vederlag til adoptanten fra moderen, ved ægtebørn fra forældrene, er på grund af den stigende lyst til at adoptere ikke aktuelt, og frygten for, at adoption skal blive en forretning, som har ført til kontrolreglerne i § 9, har i øjeblikket ingen baggrund.

Efter motiverne omfatter »vederlag« i § 9 også den affindelse, som faderen til et barn udenfor ægteskab betaler efter godkendt overenskomst med adoptanten. Det forekommer, at man benytter en adoption som anledning til at bringe mellemværendet ud af verden. Ved de anonyme adoptioner sker der som regel det, at faderen slipper helt.

I praksis gøres bevillingens meddelelse altid afhængig af, at det beløb, som ikke anvendes til tøj mv til barnet,²⁹⁾ indbetales til Overformynderiet. Det kan efter adoptionsloven sikres på anden måde fx ved, at der købes en ved barnets 18 år ophørende livrente, og denne fremgangsmåde vil det formentlig blive nødvendigt at følge, dersom man ændrer de arveretlige regler. Hidtil er man sjældent gået denne vej.

Hvis der ikke er bestemt noget særligt i den tilgrundliggende overørighedsresolution, er der fast og langvarig administrativ praksis for at anse kapitalen for barnets ejendom. Den er ikke blevet ændret, selvom der i adoptionslovens § 9 ved en uheldig redaktion er kommet til at stå »ydes der *adoptanten* vederlag«. Der oprettes en konto på barnets navn, og adoptanten kan da qua værge få midler frigivet til barnets fornødenheder på samme måde som ved andre umyndige.

Ved adoptivbarnets fyldte 21 år udbetales den resterende kapital til barnet. Dør det inden, udbetales den til dets bo : hvis den ikke kan udbetales til den, der har afholdt udgifterne ved begravelsen, bliver det typisk moderen, og ikke adoptanten, der får den udlagt som arv. At dette ikke er en rationel ordning, og at det ofte vil være ubehageligt for moderen at blive indkaldt til skiftesamling i barnets bo, er ubestrideligt. Men frygten

²⁸⁾ BGB § 1748. Adoption Act § 3, stk 1. In re Hollyman findes i Weekly Notes for 1945 s 41 og 1945 All E R 290. Hvor forsigtige de engelske domstole er med hensyn til udnyttelsen af deres beføjelse, ses af In re Adoption Act, 1950, In re »K« (an infant), 1953 1 QB 117, hvor appelretten anerkendte, at moderen kunne trække samtykke til ægtebarns bortadoption tilbage, skønt det antagelig var i strid med barnets velfærd.

Arnholt antager s 81, at der efter norsk ret ikke kan gives bevilling, når samtykke er trukket tilbage. Der synes ikke at være norske domme.

²⁹⁾ Adoptionscirk under I, 5).

for, at adoptanten skal fristes til at efterstræbe adoptivbarnets liv for at få fat i vederlaget, som overalt har spillet en så stor rolle i diskussionen om adoptionsinstituttet, forsvinder med denne ordning.³⁰⁾

IV. *Virkninger.*

Som hovedregel har en adoption ægtebarnsvirkning 3: den adopterede stilles, som om han var adoptivforældrenes ægtebarn. En konsekvent gennemførelse af ligestillingssynspunktet (*adoptio naturam imitatur*), så at den adopterede i *alle* henseender behandles, som om han er født i ægteskabet, er ikke mulig. I relation til forbud mod visse ægteskaber og kønsforbindelser kan den adopterede ikke behandles som løsgjort fra sin naturlige slægt. Når man bruger begreberne enfamilieprincip og tofamilieprincip, fuldt familieskifte og begrænset familieskifte, *adoptio plena* og *minus plena*, ligestillingsgrundsætning, ægtebarnsprincip osv, har man tendenser for øje. Der kan kun være tale om en mere eller mindre fuldstændig gennemførelse af et tofamilieprincip.

Forestillingen om, at en adoption efter sit formål bør have ægtebarnsvirkning, møder man både i Frederik 2's bevilling af 1560 og i den bevillingsrække, der begynder året efter den franske revolution. Hvad virkningerne skal gå ud på, tilkendegives gennem bevillingernes udtryk om, at den adopterede skal være »barn og rette arving«, »nyde ægtebarns rettigheder«, have »samme fordele og rettigheder, som om hun var deres eget barn«, eller have »*alle* ægtebarns rettigheder«, som det hedder i en kabinetsordre fra Frederik 6 om udfærdigelse af en bevilling. Synspunktet har fundet udtryk i adoptionslovens § 15 om, at adoptivbarnet får retsstilling som adoptantens ægtebarn, og er lagt til grund for udformningen af mange andre lovbestemmelser.

Loven løser ikke alle problemer om adoptions virkninger. I § 15 siges det, at det kun er »i forhold til adoptanten«, at den adopterede får ægtebarnsstilling, og det tilføjes, at det er »med de i nærværende lov nævnte indskrænkninger og nærmere bestemmelser«. I den

³⁰⁾ Borum I s 157-59 og Min Tid 1930 A s 133.

Vederlag *fra* adoptanten falder udenfor § 9. I visse oversøiske lande skal den store lyst til at adoptere have skabt et adoptions »black market«, se herom United Nations' Study on Adoption of Children, 1953. Beretningerne om barnet, der adopteres for at blive opdraget som gøgler eller brugt i den hvide slavehandel, er vandrefortællinger.

umiddelbart efterfølgende paragraf opstilles derefter det princip, at adoption ikke gør nogen forandring i de ved forholdet mellem adoptivbarnet og dets slægt begrundede rettigheder og pligter.

Disse grundlæggende principper, som uden væsentlige ændringer er hentet fra BGB og Code civil, er ikke klare. Man turde ikke optage dem i samme skikkelse i den norske og heller ikke i den svenske adoptionslov. Først opstiller man ægtebarnsgrundsætningen 1: princippet om, at den adopterede hører til adoptivforældrene med en begrænsning i relation til adoptivforældrenes slægt, og så kommer en grundsætning om, at den adopterede også hører til sin naturlige slægt. I princippet hører han til både sin gamle og sin nye familie 2: tofamilieprincippet er det bærende princip.

På enkelte områder kan det være naturligt at behandle den adopterede som hørende til to familier fx med hensyn til beregning af arveafgift, hvor man kan lade barnet slippe efter den lave takst for ægtefælle og børn både ved arv efter naturlige forældre og deres ascendens og ved arv efter adoptivforældre. Det er en begunstiggelse, men det er en ikke unaturlig konsekvens af adoptionslovens arveretlige konstruktion, og det har ikke større finansiel betydning, om der regnes med den lave takst i forhold til naturlig slægt. Der er heller ikke noget urimeligt i at anvende bestemmelsen i retsplejelovens § 170, stk 1, om retten til som vidne i en borgerlig sag at nægte at besvare spørgsmål, når svaret vil udsætte vidnets forældre for tab af borgerlig agtelse eller velfærd eller for et væsentligt formuetab, både i relation til adoptivforældre og til naturlige forældre. Men i mange tilfælde kan det ikke accepteres, at barnet henføres til to familier, fx ved beregningen af en statstjenestemandes lønning eller ved beregningen af børnefradrag ved personbeskatningen, og der giver §§ 15–16 ikke nogen løsning. Når man som regel vil anvende grundsætningen i § 15 og se bort fra § 16, skyldes det friere vurderinger og betragtninger over, hvad der er rimeligt.

Meningen med § 15 var at give en rettesnor for, hvorledes der i andre forhold end »privatretlige« skal ses på adoption, så man i de specielle love kan slippe for den stadige stillingtagen til, om adoptivbarnet skal ligestilles med naturlige børn eller have særbehandling.³¹⁾ Regler om børn skal i kraft af § 15 uden videre omfatte adoptivbørn. Men ved at tilføje »i forhold til adoptanten« og ved

³¹⁾ Fam kom II s 40.

umiddelbart derefter at give en regel, der synes at sige det modsatte, er tankegangen blevet uklar. Betænkningens ledende synspunkt har ikke fået den lovtekniske betydning, som det kunne have fået, om man havde haft en lykkeligere hånd ved formuleringen og ikke havde begrænset sig til at recipere romanistiske grundsætninger. Slår man efter i nyere love, støder man stadig ofte på tilføjelsen »derunder adoptivbørn«, hvorved barnets stilling bliver kortlagt i de enkelte relationer.

Adoptionens vigtigste virkning er, at *forældremyndighed*, *værgemål* og *forsørgelsespligt* går over til adoptanten. De naturlige forældres tilsvarende rettigheder og pligter falder definitivt bort og vågner ikke op igen ved adoptantens død. Kun såfremt adoptionsforholdet ophæves på et tidspunkt, hvor den adopterede endnu er under forældremyndighed, vil de naturlige forældre ex lege påny få forældremyndigheden, og det samme gælder ved værgemål og forsørgelsespligt. Dette kan ikke motivere terminologien subsidiær forældremyndighed, forsørgelsespligt og værgemålsret for de naturlige forældre (faderen).

Med hensyn til forsørgelsespligten overfor det offentlige fastholdt fattigloven af 1891, at den påhviler adoptanten, og i lovforslagets motiver gik man ud fra, at det var gældende ret. Samtidig sikrede man sig for alle tilfælde skyld de naturlige forældre som subsidiært forsørgelsespligtige overfor det offentlige, og i denne relation opretholdt man tofamilieprincippet ved adoptionslovens § 12 og forsørgsloven af 1933.

Nu har man også i forhold til forsørgelsespligten overfor det offentlige gennemført enfamilieprincippet og henført barnet til adoptanten. Ved en i 1948 foretaget ændring af forsørgsloven har man slettet de naturlige forældres subsidiære forsørgelsespligt. Socialministeriet begrundede ændringen med, at formålet med adoption er at afbryde forholdet mellem barnet og dets naturlige forældre. En fuldstændig ligestilling i forsørgelsesmæssig henseende af adoptivbørn og ægtebørn er derfor naturlig.³²⁾

Ved specielle lovbestemmelser er enfamilieprincippet med barnets henførelse til adoptanten gennemført i en række andre relationer, der tangerer forældremyndighed og forsørgelsespligt. En enkes og en enkemands ret til børnehjælp fra det offentlige gælder både ægte-

³²⁾ Lov nr 67 af 9 april 1891 om det offentlige fattigvæsen §§ 3 og 7, lov nr 256 af 9 juni 1948 § 1, jfr FT 1947-48 till A sp 6325.

børn og de under ægteskabet adopterede børn, og bidrag til forældreløse ægtebørn kan udbetales, når adoptivforældrene er døde, selvom de naturlige forældre lever. Børnepension til tjenestemænds fader- eller moderløse børn gives også til adoptivbørn, og i kapitlet om efterindtægt tager definitionen af uforsørgede børn adoptivbørnene med. Ved indkomst- og formuebeskatningen henføres adoptivbørn til adoptivforældre og ikke til naturlig slægt. Adoptanten får børnefradrag, adoptivbørn ansættes særskilt, og deres indkomst og formue medtages ved adoptantens ansættelse ganske som ved ægtebørn.³³⁾

Er der tale om at anvende ikke lovfæstede retsregler, der har relation til forældremyndighed, fx reglen om forældres ansvar for børn, vil enfamilieprincippet med henførelse til adoptanten gerne give sig af sig selv.

Ud fra reglerne i adoptionslovens §§ 11 og 15 og særlovgivningen må man kunne opstille det almindelige fortolkningsprincip for love, der har relation til forældremyndighed og forsørgelsespligt, at adoptivbørn er »børn« i relation til adoptivforældre. Når det fx er bestemt, at sygekassemedlemmers børn under en vis alder omfattes af medlemmets forsikring og har ret til sygehusbehandling for nedsat takst, må dette også gælde adoptivbørn i relation til adoptant.³⁴⁾

I en enkelt, praktisk vigtig relation fastholder man stadig den forsørgelsesmæssige tilknytning til den naturlige familie uanset adoption, nemlig når der er tale om et udenfor ægteskab født barn. Her indtræder adoptanten i moderens krav på faderen (den bidragspligtige), men adoptantens krav er fra adoptionen at regne et selvstændigt krav, som ikke kan bringes til ophør fx ved en godkendt aftale mellem moderen og faderen eller ved, at moderen gifter sig med faderen. Adoptanten indtræder i kravet, som det foreligger, og moderen og hendes færd er fremtidig uden betydning for kravets beståen.

Antager man ikke dette, vil følgen bl a blive, at adoptantens krav bortfalder ved moderens ægteskab med faderen. Det ville være en

³³⁾ Forsorgslovens §§ 219 og 229 (bidraget udbetales dog ikke til de virkelige forældre). Tjenestemandsloven nr 301 af 6 juni 1946 §§ 69 og 81. Statsskatteloven nr 149 af 10 april 1922 § 7, stk 2 og 3, og § 15. Finansmin bkg nr 344 af 22 dec 1953 § 4, stk 2, og § 17.

³⁴⁾ Bkg nr 218 af 11 juli 1953 § 6, stk 5, og § 16, stk 5. Tilsvarende ved børnetillæg til invalide- og aldersrentenydere, § 40, stk 5. Børnetillæg ved arbejdsløshedsunderstøttelse må ved adopterede børn skulle udbetales til adoptant, bkg nr 43 af 18 feb 1952 § 15, stk 4.

besynderlig regel. Barnet vender jo ikke som følge af ægteskabet tilbage til de naturlige forældre, og moderens forældremyndighed og forsørgelsespligt vågner heller ikke op igen, så lidt som faderens bidragspligt omsættes til fuld forsørgelsespligt, eller faderen får del i forældremyndighed. Barnet legitimeres ikke ved ægteskabet, men bliver hos adoptanten, og adoptanten har stadig forældremyndigheden og forsørgelsespligten, ganske som før moderen giftede sig. Løsningen ville være særlig hård overfor de mindrebemidlede, for hvem faderens bidrag spiller en rolle. De adopterer undertiden i tillid til, at faderens bidrag kan gøre det lettere at overkomme barnets forsørgelse, og stoler på, at de gennem reglerne om forskudsvis udbetaling har sikkerhed for, at beløbet vil indgå. Gruppen er næppe særlig stor, men den er ikke uvigtig, og man bør ikke tvinge mindrebemidlede til at tænke sig om to gange, inden de adopterer, hvad de vil være nødt til, hvis faderens bidrag falder bort efter hans ægteskab med moderen. Det er ikke ualmindeligt, at forældrene gifter sig, efter at barnet er bortadopteret.

I administrativ praksis fra tiden før ægtebørnslovens § 5 har man ud fra forestillinger om, at adoptantens ret til bidrag afledes af moderens ret, antaget, at kravet bortfalder ved ægteskabet.³⁵⁾ Nogen domsafgørelse herfor foreligger der, så vidt ses, ikke, og det er usandsynligt, at domstolene vil fortolke reglerne i adoptionsloven og ægtebørnsloven, specielt adoptionslovens § 12 på denne måde. Efter almindelige fortolkningssynspunkter er der intet til hinder for, at de kommer til det resultat, at kravet fortsat består.

Bestemmelsen i § 12 stammer fra en tid, hvor det endnu kunne være vanskeligt at finde gode hjem til adoption, medmindre barnet blev adopteret bort »for faderens bidrag«. Nu er den i de fleste tilfælde ikke så påkrævet som før. De anonyme adoptioner har på et meget stort felt gjort den illusorisk, for her vil adoptanterne ikke have bidraget. De lægger vægt på, at heller ikke barnefaderen ved, hvor barnet er, idet han kan sætte moderen på sporet.³⁶⁾ Og da barnefædre sjældent er i stand til på een gang eller i løbet af kort tid at betale op til 18 års kapitaliserede bidrag, hvad der efter

³⁵⁾ Justitsmin's utrykte skr af 11 sep 1924 og den i Min Tid 1934 A s 90 trykte skr.

³⁶⁾ Adoptanten kan dog, når han får bidraget forskudsvis udbetalt af det offentlige, tilkendegive, at han ikke ønsker navn og bopæl oplyst overfor den pågældende. Det respekteres, Min Tid 1942 s 504.

§ 25, stk 2, i loven af 1937 om børn udenfor ægteskab i princippet forlanges, for at en forligsmæssig ordning kan godkendes, sker der i praksis det, at de gerne slipper helt. Bortset fra den situation, at adoptivfaderen dør eller fx kommer ud for langvarig arbejdsløshed, undlader adoptivforældre at opkræve faderens bidrag.

Så længe der ikke foreligger et af overøvrigheden udtrykkeligt godkendt afkald på faderens bidrag, kan forpligtelsen påny gøres effektiv uden særlig overøvrighedsresolution. Selv om afkald er godkendt, kan overøvrigheden efter lovens § 25, stk 1, senere efter adoptivforældrenes begæring træffe anden afgørelse, når forholdene væsentligt har forandret sig.

I administrativ praksis gik man tidligere ud fra, at et af adoptivforældre under sagen givet afkald var bindende uden speciel godkendelse. Nu har et flertal i Højesteret fortolket § 25, stk 1, således, at der kræves udtrykkelig godkendelse.³⁷⁾ En godkendelse ligger ikke forudsætningsvis i dette, at en bevilling udfærdiges uden afstandtagen fra et under sagen givet afkald. Da den begrundelse, der har ført til at gøre moderens afkald afhængig af godkendelse, ikke foreligger, når der er tale om aftale adoptant-barnefader, og da overøvrigheden altid senere kan ændre sin (stiltiende) godkendelse, hvis adoptanten har vanskeligheder ved at forsørge barnet, kan man måske sige, at flertallets betragtninger må være ret formelle.

Skal man opnå, hvad der tilsigtedes, da man skærpede reglerne om faderens forsørgelses- eller bidragspligt, og samtidig tage hensyn til den faktisk stedfundne udvikling på adoptionsområdet, må man vistnok foretrække en ordning, hvor *udgangspunktet* er, at den naturlige faders (bidragspligtiges) pligter falder bort, hvis de ikke forbeholdes ved adoptionen af overøvrigheden eller Justitsministeriet.³⁸⁾ I praksis fortolker man § 25, stk 2, ret frit, når der er tale

³⁷⁾ UfR 1950 s 130 H. 5 dommere med tekstens begrundelse, 4 antog, at der ikke forelå bevis for afkald. 2 antog afkald og stiltiende godkendelse nok. Jfr Justitsmin cirk nr 300 af 10 dec 1949. Bidragsresolutionen skal påtegnes.

Adoptanternes krav bortfalder ved forældelse, men når de pludselig vil genoplive kravet, bør man vistnok begrænse det til et år fra dets rejsning, jfr grundsætningen i § 24, stk 1, i loven af 1937 om børn udenfor ægteskab.

³⁸⁾ »It is inconsistent with the true relationship that should be established between the adopters and their adopted child, that the adopters should continue to receive payments for the child's maintenance from the putative father under the order. Such payments would be a constant reminder that

om adoption. Formuleringen giver støtte derfor jfr »bør« og »væsentlig«, og der er den reale begrundelse, at barnefaderen gennem betaling af en affindelsessum løber en risiko. Ved adoption antager man, at han ved barnets død inden forsørgelsespligtens ophør ikke får noget tilbagebetalt, medmindre der er taget et af overøvrigheden godkendt forbehold. Kapitalen tilhører barnets bo. Drejer det sig derimod fx om indbetaling af en affindelsessum ved udvandring, tilhører kapitalen den bidragspligtige, medmindre overøvrigheden har godkendt anden ordning, jfr § 25 i loven af 1937 om inddrivelse og sikring af underholdsbidrag. Adoption Act står i princippet på det standpunkt, at faderens forpligtelser falder bort, men der er hjemmel til med rettens godkendelse at træffe aftaler om en betaling af et beløb til fuld afgørelse, inden adoption finder sted, og der gælder undtagelse ved kvinders adoption af deres eget barn udenfor ægteskab.

På forældremyndigheds- og forsørgelsesområdet har man i dansk praksis fra begyndelsen arbejdet med andre regler end ved den Justinianske *adoptio minus plena*, hvor den adopterede stadig hørte til den naturlige slægt med hensyn til *patria potestas*, og reglen om, at den adopterede får adoptantens navn, når der ikke bestemmes andet, kan også spores tilbage til de ældste bevillinger. Bortset herfra har man i den ældre administrative praksis været tilbøjelig til at falde tilbage på grundsætningen i Code Napoléon art 348 om, at den adopterede forblev i sin naturlige slægt og her bevarede alle rettigheder: princippet i § 16.

Som eksempel kan nævnes *nationalitet* og arv. Spørgsmålet, om bevillingen giver indfødsret, er først blevet rejst på et ret sent tidspunkt, skønt en af de ældste bevillinger vedrører et spansk barn, men fra det tidspunkt, da man blev opmærksom på, at der var et problem, har man fortolket love og bevillinger således, at adoption ikke giver dansk indfødsret. Adoptivbørn af fremmed afstamning må naturaliseres selvstændigt. Der gennemføres hvert år ca 100 adoptioner, hvor barnet er udenlandsk statsborger, som regel norsk eller svensk, og det ville være en stor lettelse for alle parter, og et

the child was the illegitimate child of the putative father, and tend to thwart the development of real family feeling between the adopters and the child.« In loco parentis s 18.

Fattiglovens § 7 fortolkede Højesteret således, at faderens forpligtelser hørte op, UfR 1903 B s 298, jfr A s 10. Reglen blev ændret ved børnelovene af 1908 og 1913.

stort og bekosteligt arbejde med naturalisationssagers behandling ville falde bort, om man havde en regel om, at adoption af et barn under en vis alder automatisk giver dansk indfødsret, om adoptivforældrene har det.

Ved Adoption Act har man indført en regel herom. »Our aim should be to create a relationship between the adopted child and the adopters approximating *as near as possible* to the relationship between the child and its natural parents«, er et synspunkt, der fører til at give adoption også statsborgerlig virkning, jfr Adoption Act § 16 om, at dersom adoptanten er statsborger i United Kingdom og kolonierne, og den adopterede ikke er det, bliver han det i kraft af adoptionen.

Med hensyn til *arveret* har man i adoptionsloven holdt fast ved nedarvede konstruktioner. I moderne lovgivning har udviklingen længe gået mod fuld ligestilling i arveretlig som i andre henseender. Efter reglerne i Code civil art 368–70 medfører *légitimation adoptive*, at den adopterede ikke mere hører til sin naturlige slægt, bortset fra visse ægteskaber og kønsforbindelser, og at han fremtidig har rettigheder og forpligtelser i adoptantens familie, som om han var ægtebarn. *Legitimationsadoption* har ikke virkning for nationaliteten, men bortset derfra er ligestillingen i relation til adoptanten fuldstændig. Det gælder i princippet også om relationen til adoptantens slægt, men her er der den ikke uvæsentlige undtagelse, at adoption kun giver legal arveret efter ascender, såfremt vedkommende har givet tilslutning i et autentisk dokument. Modstykket er, at *légitimation adoptive* kun kan benyttes med hensyn til børn under 5 år, som er forladt af forældre, eller hvis forældre er ukendt eller døde, og den kan kun anvendes af ægtefæller, der ikke har fælles børn eller ægte særkuldbørn. Hertil kommer den relativt høje adoptionsalder.

Adoption Act går endnu videre i arveretlig henseende og giver adoptivbarnet fuld ligestilling i relation til reglerne om legal arv, og dette kan også opnås efter den nugældende norske adoptionslov.

I dansk praksis er bevægelsen siden 1820'erne gået ud på forringelse af adoptivbarnets arveretlige stilling overfor adoptanten og hans slægt. Blandt de ældste bevillinger finder man eksempler på, at der med samtykke fra de interesserede kunne gives arveret efter adoptantens slægt, altså en ordning, der svarer til den, der nu gælder i Frankrig ved *legitimationsadoptioner*. Men i

1820'erne har man, antagelig under Ørsteds indflydelse,³⁰⁾ arbejdet sig hen til et tofamilieprincip på det arveretlige område i betydningen 1) fuld arveret efter adoptanten, men ikke efter hans slægt og 2) fuld arveret efter naturlig slægt og vice versa, og man møder også i det 19 årh's første halvdel i enkelte bevillinger den *droit de retour*, som nu kendes efter adoptionslovens § 14, stk 1 med visse ændringer. Påvirkningen fra Code Napoléon art 348, 350 og 351 og derigennem fra Justinians ændringer af adoptionsreglerne er uomtvistelig, og da den franske lovbog er en kilde, som Ørsted ofte øste af, og da man kan se, at Ørsted ofte har givet erklæring i eller påtegnet adoptionssager, anser jeg det for sandsynligt, at det er Ørsted, der står bag ved omformningen af retsreglerne om adoption fra 1820'erne.

Den næste svækkelse kan tidsfæstes til midten af det 19 årh, hvor Justitsministeriet fandt på, at såfremt et ægtepar fik lov til at adoptere trods fælles børn eller ægte særkuldbørn, skulle der tages forbehold om, at adoptivbarnets arv i konkurrence med ægtebørn og deres afkom ikke må overstige, hvad adoptanterne lovligt kan testere over. Synspunktet er udtryk for et kompromis med romanistisk rets forbud mod adoption, når der allerede er født livsarvinger »ne illorum, quos justis nuptiis procreaverit, deminuatur spes«.³¹⁾ Formålet var at beskytte allerede fødte.

I slutningen af det 19 årh har den romanistiske påvirkning endvidere ført til, at man ikke anerkendte, at adoptivbarnets livsarvinger trådte i dets sted og blev legale arvinger efter adoptanten efter adoptivbarnets død. Højesteret slog dette fast i en sag om beregning af arveafgift med den af flertallet i landsoverretten givne begrundelse, at adoptionens virkninger ikke kunne strække sig videre end mellem adoptanten og den adopterede. Der måtte beregnes arveafgift efter højeste i stedet for laveste takst. Dommen er næppe rigtig. Endnu uheldigere er det, at domstolene nu anvender synspunktet til også at berøve adoptivbarnets livsarvinger legal arveret efter adoptant. Det er det resultat, som Østre Landsret er kommet til i en i 1951 afsagt dom, dog med dissens. Nyere teori giver en vis støtte for denne løsning, det må erkendes, men alligevel kan den ikke godkendes. Resultatet er så stødende, at man må gå til at anvende analogien af § 13, stk 4, på ældre adoptionsforhold. Bestemmelsen har vel ikke uden videre fået tilbagevirkende kraft, jfr § 27, men det hindrer ikke, at man ud fra friere vurderinger når til, at lignende grundsetninger må gælde ud fra forholdets natur. Almindelige mennesker vil ikke tænke på, at den i § 13, stk 4, gældende regel ikke

³⁰⁾ Ørsted s 332.

³¹⁾ D 1, 7, 17, § 3. Justitsmin 1 dep's forestillinger fra 1851 nr 89 (D 1078). Når forbeholdet blev så almindeligt, skyldes det resol 23 dec 1864, hvor det blev gjort til et ad mandatum vilkår.

uden videre skulle gælde også uden direkte hjemmel. Det må være sådanne betragtninger, der ligger bag den dissenterende dommers henvisning til »adoptionens hensigt og den i bevillingen brugte ordlyd«. ⁴¹⁾ Jeg er enig i denne dissens.

Ved adoptionslovens § 13, stk 2, har man taget det sidste skridt, og i overensstemmelse med, hvad der skal have været fastsat i enkelte bevillinger, ⁴²⁾ lader man nu begrænsningsreglen gælde også til fordel for børn, der fødes *efter* adoptionen. Man var klar over, at man herved går ud over grundsætningerne i den meget ægtebarnsvenlige Code civil, jfr art 350, stk 2, i den ældre affattelse. At der også skal tages hensyn til ufødtes interesser ved overvejelser om adoption, er kulminationen af bestræbelserne for at trænge adoptivbørn til side i arveanliggender. Stillingen er nu den, at adoptivbarnet er ringere stillet i forhold til adoptanten og hans slægt end adoptantens udenfor ægteskab fødte barn, når faderskab er anerkendt eller fastslået.

Adoptivbørn er ikke tvangsarvinger, når der er taget testationsforbehold. Når dette er blevet så almindeligt, beror det på, at mødrehjælpsinstitutionerne tilråder adoptanterne at tage det. Ellers kan de slet ikke testere over noget som helst, hvis de har et eller to naturlige børn.

Når adoptanten respektive adoptivbarnet er gift, må §§ 13-14 kombineres med reglerne om ægtefællers arveret. Er det adoptanten, der har været gift og efterlader sig ægtefælle, fællesbarn og adoptivbarn, må der først afsættes $\frac{1}{4}$ af bosloddet som ægtefællens legale arv. Dennes størrelse er nu uafhængig af antallet af efterladte børn og adoptivbørn. Der er ingen mulighed for at reducere den for at forhøje fællesbarnets lod.

Man har været inde på, at en adoption må virke på samme måde som en testation ved beregningen af ægtefællens lod, som således automatisk skulle reduceres til $\frac{1}{4}$ = tvangsarven. Synspunktet har ikke fundet udtryk nogetsteds, og det vil være betænkeligt ved så fri fortolkning af § 13 at beskære den lod, som ægtefællen har krav på efter den senere lov om ægtefællers arveret og uskiftet bo. I praksis har man vist ikke været i tvivl om, at ægtefællen skal have sin $\frac{1}{4}$, selvom der er et adoptivbarn i boet.

⁴¹⁾ UfR 1890 s 603 H, jfr 1951 s 803, samt UfR 1951 s 827 med note-henvisninger. Adoptivbørns omtale i arveafgiftsreglerne stammer fra arveafgiftsloven af 1908, hvor reglen blev indsat ud fra ex tuto synspunktet.

⁴²⁾ Langtfra alle se UfR 1934 s 490 H, hvori det med rette statueres, at er der ikke taget forbehold i en før 1923 udfærdiget bevilling, er adoptivbarnet ligestillet med senere fødte. Dommen UfR 1909 s 750 er forkert.

Da adoptivbarnet er legal arving blot med den begrænsning, der ligger i § 13, stk 2, skal de resterende $\frac{3}{4}$ i princippet deles lige mellem fællesbarnet og adoptivbarnet, men da dette ikke må få mere end $\frac{1}{3}$ af bosloddet, må dets andel reduceres fra $\frac{5}{8}$ til $\frac{4}{12}$. Fællesbarnet får resten = $\frac{5}{12}$.

Man har argumenteret for andre løsninger, fx at fællesbarnet som følge af § 13, stk 2, ikke skulle kunne få mindre end sin tvangsarv, således som denne ville være, hvis der ikke var adopteret: $\frac{3}{4}$ af den legale arv $\frac{3}{4} = \frac{1}{2}$ af afdødes boslod. Først når tvangsarven er udredet fuldtud, kommer efter denne tankegang turen til adoptivbarnet. Der står imidlertid ikke i § 13, stk 2, at en adoption under ingen omstændigheder kan medføre en reduktion af fællesbarnets tvangsarv, som den var før adoptionen. Kun ved en meget fri fortolkning i ægtebarnets favør lader denne løsning sig presse ind i § 13, og det er der ingen trang til og efter tendensen i nyere adoptionslovgivning ingen grund til. Udviklingen vil komme til at gå den anden vej.

Domstolene har ikke godkendt de nævnte forsøg på at omforme § 13, men har accepteret løsningen $\frac{3}{12}$ til ægtefællen, $\frac{4}{12}$ til adoptivbarnet og $\frac{5}{12}$ til fællesbarnet.⁴³⁾

Er det adoptivbarnet, der dør efterladende sig ægtefælle, men ikke livsarvinger, vil ægtefællen arve det hele, *såfremt der ikke er naturlig slægt i 2 arveklasse efter adoptivbarnet*, men kun i 3 arveklasse, eller der slet ikke er naturlig slægt, § 14, stk 2, sammenholdt med reglerne om ægtefællers arveret.

Forudsætningen i § 14, stk 2, er, at en længstlevende adoptant ikke har tilbagefaldsret efter § 14, stk 1. Men denne *droit de retour* kan hverken efter forholdets natur eller efter lovens forarbejder⁴⁴⁾ gå forud for adoptivbarnets ægtefælle. Der er kun tale om en ret til at få arv »forud for dets naturlige slægt«, en forlodsret. Formålet har været at undgå alt for stødende resultater i relationen adoptant–naturlig slægt på grund af den arveretlige konstruktion. De lege ferenda kan der indvendes meget imod de arveretlige regler, men det lader sig ikke gøre at fortolke loven således, at der ved § 14, stk 1, er skabt en særlig position for adoptanten i 2 arveklasse efter adoptivbarnet.⁴⁵⁾ Konsekvenserne af, at man i 1926 har

⁴³⁾ UfR 1953 s 598, der følger Borum I s 164–69.

⁴⁴⁾ RT 1922–23 till B sp 39 (landstingsudvalgets betænkning).

⁴⁵⁾ Cfr F Rønnev-Jessen i UfR 1946 s 236.

skåret førstafødtes 3–5 arveklasse bort i konkurrence med ægtefælle, er, at adoptantens forlodsret, der er afledet af den naturlige slægts arveret, også her er faldet bort. Længstlevende adoptant må finde sig i, at adoptivbarnets ægtefælle først tager alt det, der lovligt tilkommer en ægtefælle som arv. Er der ved siden af ægtefælle og længstlevende adoptant fx en naturlig moder til adoptivbarnet, vil ægtefællen få halvdelen af bosloddet som arv, derefter får adoptanten så meget, som i værdi svarer til, hvad den adopterede har *arvet*⁴⁶⁾ efter førstafødte adoptant. Resten får den naturlige moder.

Ved familieadoptioner skaber begrænsningsreglen i § 13, stk 2, nogle særlige arveretlige problemer. Er ved *barnebarnsadoption* barnet død før adoptanten, følger det af § 16, at barnebarnet tager arv som barnebarn *i stedet for* som adoptivbarn, hvis det ønsker det. I almindelighed går man ud fra, at barnebarnet ikke kan påberåbe sig *både* sin egenskab af adoptivbarn *og* sin egenskab af barnebarn. Det vil jo også være en noget ubeskedet optræden. I arveretten anser man ikke dette for afgørende, og overfor arveforordningens § 1 og adoptionslovens § 13, stk 1, og § 16 er det ikke så let at begrunde, hvorfor barnebarnet kun kan optræde i en af egenskaberne og ikke kan kumulere barnebarnsarv med arv som adoptivbarn. Qua barnebarn arver det sin naturlige slægt som forbeholdt det i § 16, og qua adoptivbarn får det den lod, som er sikret det i § 13, stk 1 og 2. Var barnet afgået ved døden umiddelbart efter adoptanten, ville barnebarnet jo også have fået i pose og sæk. Og selv om barnet var afgået ved døden før adoptanten, ville dets søskendes lod være reduceret, blot det havde et barn ved siden af det bortadopteret. Hvis tanken om, at barnebarnet kan kumulere, støder, er grunden vel bl a, at man gennem de sidste 100 år har vænnet sig til, at de arveretlige regler skal fortolkes i adoptivbarnets disfavør. Det bedste argument imod kumulationsløsningen og det mest oprigtige er, at man qua ægtebarn ikke kan lide resultatet. Det støder ens (ægtebarns)retsfølelse, at en arving kan spise to gange af fadet.

Stedbarnsadoption giver efter § 15, stk 2, in fine, barnet stilling »som om det var ægtefællernes fælles barn«, hvilket kan læses således, at begrænsningsreglen i § 13, stk 2, viger ved en stedbarns-

⁴⁶⁾ Den fine nuance overfor reglen om den arveret, som faderen til et barn udenfor ægteskab har, »arv eller gave«, skyldes en lapsus pennæ. Efter C c art 351 omfattede tilbagefaldsretten også gaver.

adoption. Børnene ligestilles med hensyn til arv både efter fader og efter moder i kraft af en speciel lovbestemmelse. Men da der i § 15, stk 2, henvises til stk 1 (»foranstående regel«), der indirekte viser hen til § 13, stk 2, kan man også fortolke § 15, stk 2, således, at arvebegrænsningen stadig gælder overfor den adopterede. Forarbejderne synes ikke at indeholde bidrag til fjernelse af denne tvivl, og der synes heller ikke at være domsafgørelser. Det kan også diskuteres, om det er en følge af § 15, stk 2, at den tidligere ægte-mands forpligtelse til at betale underholdsbidrag til et barn bort-falder fuldstændigt ved stedfaderens adoption af det, så at ikke blot stedfaderen, men også hustruen afskæres fra at kræve bidrag. Spørgsmålet kan blive aktuelt ved ægtefælle nr 2's død eller ved skilsmisse i ægteskab nr 2, hvor hustruen kunne være interesseret i påny at få bidrag fra nr 1. Reale grunde taler for at læse loven således, at ægtefælle nr 1's forpligtelser er definitivt ophørt, når nr 2 adopterer barnet,⁴⁷⁾ med mindre han ved en særskilt aftale går ind på i givet fald at lade forpligtelsen vågne op igen.

Om udtrykket »børn« i kontrakter, testamenter, fundatser for familielegater og lign, der er oprettet *før* adoptionen, bør forstås således, at det også omfatter adoptivbørn, kan på grund af tendenserne i retsudviklingen først i disfavør af adoption, derefter i favør, ofte være tvivlsomt. Nogen forskel gør det sikkert, hvem der har oprettet dokumentet. Er det oprettet af adoptantens forældre, må der kræves visse holdepunkter for at tage adoptivbarnet med, omend der næppe bør stilles store krav. Er det oprettet af adop-tanten selv, er det den naturligste løsning at tage det med, hvis der ikke er holdepunkter i modsat retning. Men afgørelserne må få en konkret karakter.

Drejer det sig om dokumenter, der er oprettet *efter* adoptionen, er formodningen for, at adoptivbarnet skal sidestilles med andre børn. Reglen stemmer med forholdets natur og er udtrykkeligt fast-slået i Adoption Act § 13, stk 2 under b) både for livsdispositio-ners og testamenters vedkommende. Der er tale om en velovervejet regel, som var genstand for en del forhandling. Det vil være hen-sigtsmæssigt, om man ved adoptionslovens revision optog en lig-nende formodningsregel, da spørgsmålet ofte giver anledning til tvivl og proces.

⁴⁷⁾ Min Tid 1937 s 339.

Er i en livsforsikringspolice forsikringstagerens »børn« indsat som begunstigede, skal adoptivbørn have deres anpart i samme forhold som arv.⁴⁸⁾

Adoptivbarnet får som regel adoptantens *familienavn*, men når der fremsættes rimeligt begrundet ønske herom, kan det bestemmes, at barnet vedblivende fører sit hidtidige familienavn, eventuelt med adoptantens familienavn som fornavn, eller at det skal bære sit hidtidige familienavn og adoptantens familienavn forbundet med bindestreg som et dobbeltnavn. Kombinationer som Sørensen-Petersen accepteres ikke.

Ved bevillingen kan der tillægges barnet et eller flere nye fornavne, ligesom det kan bestemmes, at et eller flere af dets hidtidige fornavne bortfalder, dog at det altid må beholde mindst eet af sine oprindelige fornavne. Det kan endelig bestemmes, at barnet, der for fremtiden fører adoptantens familienavn, bevarer sit hidtidige familienavn som fornavn.⁴⁹⁾

Hvis en adoption hæves, fortaber den adopterede det ved adoptionen erhvervede navn, medmindre den myndighed, der foretager ophævelsen, undtagelsesvis tillader ham at beholde det, § 24.

Den tilknytning til naturlig slægt, der opretholdes eller kan opretholdes efter en adoption, viser sig således især i følgende henseender:

1. Forbud mod visse ægteskaber og kønsforbindelser.
2. Arveret med brud på reciprocitetsprincippet i et vist omfang.
3. Naturlige faders forsørgelses- eller bidragspligt.
4. Nationalitet.
5. Forældremyndighed, værgemål, forsørgelsespligt og eventuelt navn i ophævelsessituationen.
6. Familienavn i undtagelsestilfælde.

V. *Ophævelse.*

Når lovgivningsidealet er at skabe et adoptionsforhold, der ligner forholdet ægtebørn-forældre så meget som muligt, vil man bestræbe sig for at undgå ophævelsesregler. Inden en adoption må adoptant og naturlige forældre tænke sig godt om, og når adoptionen så er

⁴⁸⁾ Forsikringsaftalelovens § 105, stk 3.

⁴⁹⁾ § 10 og adoptionscirk under III, D, 1-2. Det har hidtil været antaget, at adoption ikke giver stands- eller adelsrettigheder, jfr også § 13, stk 3. Under nutidens forhold er problemet uden større interesse.

bevilget, gives der ingen vej tilbage. Hvad adoptanten har fået betruet, er ikke en ting, men et barn, som han må tage på godt og ondt.

Ud fra sådanne betragtninger er i Frankrig legitimationsadoptioner og i England alle adoptioner gjort uopløselige. Forholdet kan heller ikke bringes til ophør ved ægteskabs indgåelse. Det er forbudt.

Efter tysk-schweizisk forbillede har man i de skandinaviske adoptionslove optaget udførlige bestemmelser om ophævelse, og uden at være klar over de almindelige strømninger i vesteuropæisk adoptionslovgivning har man både i Sverige og Norge for nogle år siden udvidet adgangen til ophævelse i tilfælde af, at der påvises visse sygdomme eller defekter ved adoptivbarnet. Ud fra den opfattelse, at der bør være overensstemmelse mellem de svenske, norske og danske ophævelsesregler, har tre danske justitsministre med Retslægerådets anbefaling foreslået den danske lovgivningsmagt at gennemføre lignende ændringer, så at adoptionsforholdet kan ophæves også, når barnet viser sig at være sindssygt eller åndssvagt eller at have andre sjælelige eller betydelige legemlige mangler fra tiden før adoptionen. I disse tilfælde er der i § 20 ikke hjemmel til ophævelse.⁵⁰⁾ Forslaget er strandet på modstand fra kvindeorganisationerne og fra kvindernes repræsentanter på tinge og synes nu at være henlagt.

Mod ophævelsesregler taler den praktiske betragtning, at såfremt adoptivbarnet er under forældremyndighed, vil en ophævelse medføre, at de naturlige forældres forældremyndighed og forsørgelsespligt vågner op igen, jfr § 23, der bryder princippet i § 11, stk 3.⁵¹⁾ Er det et udenfor ægteskab født barn, der er bortadopteret, skal man herefter finde frem til den intetanende moder, som ofte vil være gift og ikke har meddelt mand og børn noget om det før ægteskabet fødte barn. Også ud fra andre synspunkter end de etiske er ophævelsesregler derfor uforsvarlige, og det er karakteristisk, at disse problemer praktisk taget ikke kendtes i dansk administrativ praksis før BGB.⁵²⁾

Efter adoptionsloven kan ophævelse finde sted:

⁵⁰⁾ VLT 1940 s 68.

⁵¹⁾ Betænkningen s 48.

⁵²⁾ Jfr at Scheel s 521 ikke kender nogen mulighed for ophævelse.

1. Ved Justitsministeriets resolution, når parterne er enige, § 18. Sålænge barnet er mindreårigt, er ophævelse efter overenskomst udelukket.

2. Ved dom efter påstand af adoptivbarnet, når det er af væsentlig betydning for det, at adoptionen hæves, § 19. Er adoptivbarnet mindreårigt, må der beskikkes værgе ad hoc til med pupilauctoriteternes samtykke at anlægge sagen.

Som tilfælde, hvor det er af væsentlig betydning for barnet, at adoptionen hæves, nævnes i loven, at adoptanten forser sig groft mod barnet, i væsentlig grad forsømmer de ham påhvilende pligter overfor barnet eller fører et lastefuldt eller forbryderisk liv. Men det er kun en eksemplifikation. Adoptivbarnet kan komme af med sine adoptivforældre, hvis det er af væsentlig betydning for det, at adoptionen hæves. I motiverne nævnes som eksempel på ophævelse udenfor tilfælde af grov pligtforsømmelse fra adoptantens side den situation, at barnet ønsker at vende hjem til sin naturlige slægt og påny komme til at bære sit gamle slægtsnavn, der forudsættes berømt.

Efter § 19 kan den virkelige fader eller moder anlægge sag mod adoptanten til ophævelse, når barnet er umyndigt. Der åbnes herved mulighed for en moder for mod adoptivforældrenes ønske at få sit barn tilbage, hvis det skønnes at være af betydning for det, at adoptionsforholdet hæves, og denne adgang har i Sverige været benyttet i tilfælde, hvor adoptivforældrene er blevet skilt. Der har været to sager for den svenske højesteret. I den første forelå der intet ophævelsesgrundlag udover adoptivforældrenes skilsmisse, og da adoptivmoderen protesterede, blev ophævelse nægtet.

I en for nylig afgjort sag var adoptivmoderen, som havde fået forældremyndigheden tillagt ved skilsmissen, afgang ved døden, og adoptivfaderen, som var udvandret og havde giftet sig igen, var enig i ophævelse. Barnet var anbragt hos sin gamle adoptivmormoder og følte sig knyttet til sin nye familie på samme måde som ethvert barn. Det var ikke klar over, at det var adoptivbarn, og det kendte ikke sin moder. Fra moderens side procederedes der på, at mormoderen nårsomhelst kunne dø, men da der forelå erklæringer fra en broder og søster til adoptivmoderen og deres ægtefæller om, at de var villige til at tage sig af barnet, når mormoderen blev ude af stand til dette, blev ophævelse afslået. Når man læser fremstillingen i denne sag, kommer man til at tænke over, om det ikke

også for moderens skyld ville være det bedste, at der ikke er nogen juridisk mulighed for at få et adoptionsforhold ophævet.

Hidtil har man ikke i dansk praksis ført sådanne sager op til Højesteret. Retten er gået med til ophævelse i en sag, hvor adoptivforældrene var skilt, men her havde adoptivmoderen under sagens behandling erklæret sig enig i ophævelse. Hvis alle vedkommende er enige, er man i de underordnede domstoles praksis vistnok tilbøjelig til at fortolke § 19 ret liberalt. Foreligger den situation, at barnet fx efter adoptivmoderens død eller adoptivforældrenes skilsmisse i alles interesse og under enighed mellem alle vedkommende skal tilbage til de naturlige forældre, som nu har fået råd til at opdrage barnet eller først nu er blevet gift, kan forholdet ordnes ved en af overøvrigheden i henhold til myndighedslovens § 30 godkendt overførelse af forældremyndighed.⁵³⁾

3. Ved dom efter påstand af adoptanten, når adoptivbarnet har forset sig groft mod adoptanten eller hans nærmeste, § 20. Uartig opførsel er selvsagt ikke nok.⁵⁴⁾ Endvidere dersom adoptivbarnet fører et lastefuldt eller forbryderisk liv. Der må kræves meget, før dårlig opførsel kan karakteriseres som »lastefuldt liv«.⁵⁵⁾

Motivet til, at adoptanten søger adoptionsforholdet hævet, vil ofte være et ønske om at afskære barnet fra arv. Som man kan se ved at sammenholde §§ 19 og 20, er det lettere for adoptivbørn at få adoptivforældrene kasseret end omvendt. I praksis stilles der, så vidt ses, store krav for at tillade ophævelse efter anmodning fra adoptanten.⁵⁶⁾

4. Når adoptanten gifter sig med adoptivbarnet, bortfalder adoptions retsvirkninger, § 23 og ægteskabslovens § 81.

Spørgsmålet har næppe nogen praktisk betydning, og det kan for så vidt vist være ligegyldigt, om man som i de fleste lande for-

⁵³⁾ NJA 1928 s 472 og 1953 s 208. UfR 1931 s 743 H. I UfR 1942 s 1153 blev en stedbarnsadoption ophævet af landsretten, efter at barnets moder var blevet skilt fra adoptivfaderen. Barnet var over 18 år, og alle var enige om, at ophævelse var i barnets interesse. I UfR 1924 s 921, hvor en barnebarnsadoption blev ophævet, var der enighed mellem adoptanterne og barnets naturlige forældre, som havde indgået ægteskab. Overførelse af forældremyndighed til de naturlige forældre se Min Tid 1943 s 102.

⁵⁴⁾ UfR 1935 s 404.

⁵⁵⁾ UfR 1924 s 175 sammenholdt med 1945 s 1143.

⁵⁶⁾ Fremgangsmåden ved sagsanlægget se §§ 21-22 og den ved lov nr 282 af 11 nov 1931 tilføjede § 22 a om subsidiært værneting der, hvor Justitsmin bestemmer.

byder ægteskab mellem adoptant og adoptivbarn eller ej. De gifter sig alligevel ikke. Årsagen hertil er vel, at forældre-barneforholdet af sig selv afseksualiserer forholdet, således som Westermarck⁵⁷⁾ hævder i modsætning til Freud. Tanken om ægteskab opstår overhovedet ikke. Aldersforskellen mellem adoptivfader og adoptivbarn, typisk 35–40 år, virker i samme retning. Der skulle i Danmark være mulighed for gennem en undersøgelse af ægteskabshyppigheden mellem adoptivbørn og deres søskende at få en verifikation eller falsifikation af Westermarcks teorier.

Adoptionsforholdet kan ikke ophøre, fordi en betingelse ikke indtræder, eller en tidstermin udløber. Der kan ikke knyttes betingelser til en adoption eller indføres en tidsfrist. Dette følger af forholdets natur og fremhæves desuden i motiverne.

VI. *Ugyldige adoptionsbevillinger.*

Selv om ophævelsesregler afskaffes, bliver der tilbage problemet, om en bevilling er ugyldig, fordi den er udfærdiget i strid med reglerne om kompetence, forberedelse, form, habilitet og indhold. Dette spørgsmål kan altid indbringes for domstolene.⁵⁸⁾

I princippet kan en adoptionsbevilling som andre forvaltningsakter annulleres, hvis myndigheden ved udfærdigelsen har handlet i strid med reglerne om den saglige eller stedlige kompetence, men det har ikke stor praktisk betydning. Hvad man kan komme ud for er, at et amt giver en bevilling i et tilfælde, hvor det efter adoptionscirkulæret er Justitsministeriet, der skal resolve, eller det er et andet amt, der er stedlig kompetent, og i så fald kan det ikke antages, at bevillingen bliver ugyldig.⁵⁹⁾

Grunden til, at der ikke kan tillægges en tilsidesættelse af reglerne om kompetencefordelingen mellem Justitsministeriet og overøvrighederne ugyldighedsvirkning, er, at overøvrighederne udadtil står som kompetent til at give bevillinger af denne slags. Formen er »kongelig«, hvad enten det er overøvrighed eller Justitsministerium, der bevilger, og man kan ikke udefra se, om sagen som påbudt har været forelagt ministeriet. Når man gennemlæser adoptionscirku-

⁵⁷⁾ Edward Westermarck: *Freuds Teori om Oedipuskompleksen i sociologisk Belysning*, 1934, og *Three Essays on Sex and Marriage*, 1934.

⁵⁸⁾ I UfR 1930 s 914 forsøgte Justitsministeriet at få sagen afvist.

⁵⁹⁾ Se om problemet stedlig inkompetence som ugyldighedsgrund Ernst Andersen i *Nordisk admin Tidsskrift*, 1947, s 20–22.

læret, vil man endog være i tvivl om, hvorvidt det skal forstås således, at bevillingerne i de undtagne tilfælde skal gives af overøvrigheden i overensstemmelse med ministeriets resolution som ved visse separationsbevillinger, eller om bevillingen skal gives af Justitsministeriet, kort sagt, om der er tale om kompetencefordelingsforskrift eller høringsforskrift. Hvis man tolker bestemmelsen som en høringsforskrift, vil der i almindelighed ikke kunne være tale om at erklære en sådan begunstigende forvaltningsakt for ugyldig på grund af forskriftens tilsidesættelse, og opfatter man den som en kompetencefordelingsforskrift, kan der efter læren om res interna heller ikke være tale om ugyldighed. Man kan ikke lade det gå ud over den private, at myndighederne behandler sagen forkert.⁶⁰⁾ Virkningerne af overtrædelse er, at den for fejlen ansvarlige tjenestemand kan drages til ansvar for disciplinærforseelse. I praksis opfattes cirkulærets nævnte regel som en kompetencefordelingsforskrift.

Meddeles der bevilling, uden at der har foreligget de påbudte erklæringer om samtykke, vil den kunne kasseres som ugyldig. Har ansøgeren stillet visse betingelser for sit andragende fx ved en stedbarns adoption ikke blot forudsat, men direkte forlangt, at faderen til et ægtebarn går ind på at fortsætte med at betale bidrag, og udfærdiger amtet bevilling uden at sørge for, at betingelsen er opfyldt, vil den efter begæring kunne annulleres. Forholder stedfaderen sig trods kundskab om fejlen passiv gennem nogen tid, må man kunne tillægge det virkning som en frafaldelse af betingelsen og anse manglen for afhjulpen, og det samme må gælde, hvis det viser sig, at der ikke har foreligget samtykke som påbudt,⁶¹⁾ eller der har været mangler ved et samtykke. Den, der vil påberåbe sig dette, kan ikke se tiden an, men må reagere omgående. Af hensyn til stabiliteten i de familieretlige forhold bør man ikke kræve særlig meget, før man ser bort fra en fejl ved bevillingens udfærdigelse. Der er en væsensforskel mellem en adoptionsbevilling og fx en tilladelse til anbringelse af en gadeautomat.

I praksis sker det, at en ansøger får bevilling af et amt, skønt han ikke er fyldt 25 år. Bevillingen vil som regel være ugyldig på

⁶⁰⁾ Jfr som parallel ØLD i UfR 1952 s 666 om ægtepagt godkendt af Københavns Amt i stedet for Justitsministeriet ved en ekspeditionsfejl. Efter cirkulærebestemmelse var kompetencen hos ministeriet.

⁶¹⁾ NJA 1938 s 494 H. Moderens passivitet gennem 9 år afskar hende fra at få adoptionen erklæret ugyldig, skønt hun aldrig havde samtykket.

grund af indholdsmangel og kan annulleres. Men tiden læger alle sår, og opdages det først efter nogen tids forløb eller fx i adoptantens dødsbo af en medarving, må annulation være udelukket.⁶²⁾

Til støtte for denne begrænsning af ugyldighedsvirkningen kan man ikke blot henvise til friere vurderinger, men også til, at man til alle tider har anerkendt i teorien, at der ikke kan knyttes ugyldighedsvirkning til enhver handlen i strid med forskrifter som de i adoptionsloven omhandlede. Efter romersk ret sondrede man mellem *leges perfectæ* og *leges minus quam perfectæ*, og kanonisterne udtrykte den samme tanke gennem sætningen »non omne quod non licet nullum est«. Den blev anvendt til at modificere virkningerne af, at ægteskab indgås i strid med visse ægteskabsforbud. Ud fra samme tankegang kunne man forsøge at opstille en sondring mellem dirimerende forbud mod adoption og prohiberende, men der er ingen trang hertil. Spørgsmålet må afgøres efter nøje overvejelse af fejls grovhed, tidsmomentet m v.

Har samtykket været behæftet med væsentlige mangler, vil der, som når det ikke er givet, kunne blive tale om at erklære adoptionen for ugyldig efter lignende synspunkter som ved andre tosidede forvaltningsakter i tilfælde, hvor den private begæring har manglet eller været mangelfuld. Men der må anlægges sag inden en kort tid.

Hvad der gør et samtykke mangelfuldt, har man ikke givet direktiver om i adoptionsloven, og reglerne må derfor skabes ud fra friere overvejelser. En analogi fra aftalelovens kapitel 3 må afvises. Den ville føre til, at man så bort fra, at samtykke ved ikke-voldelig tvang var aftunget moderen af hendes fader eller ægtemand, dersom adoptanten ikke var klar derover, og at man under samme forudsætning så bort fra, at samtykke var franarret hende, var opnået, skønt hun ikke var klar over, hvad hun skrev under på, eller opnået ved udnyttelsen af hendes vanskelige situation, jfr grundsatningerne i aftalelovens §§ 29–32. De hensyn til forretningslivet, der bærer aftalelovens regler om beskyttelse af den gode tro, gør sig ikke gældende på dette område.⁶³⁾

Da en adoptionssags behandling altid må tage en vis tid, vil det

⁶²⁾ Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret, 2 udg 1946, s 314, 353, 393–94, Borum II s 31, Ernst Andersen lc s 12–23, Arnholm s 81–82, Egger fremhæver II s 42, at der må ses hen til »die Dauer des Besitzstandes«.

⁶³⁾ NRt 1939 s 365, jfr kritik i TfR 1939 s 261–66. Ugyldighed statueret med 4–3 i et tilfælde af viljesmangel, skønt adoptanten ikke havde grund til at tro, at der var noget i vejen.

være undtagelsen, at moderen med rette kan hævde, at hendes samtykke må betragtes som mangelfuldt og få adoptionens ugyldighed til følge. Hvis der har været udøvet tryk, kan hun nå at sige til, inden bevilling udfærdiges. Tidsbetragtningen gør sig ikke gældende, når der påberåbes vedvarende habilitetsmangel.

Når sådanne sager kommer for domstolene, er det som led i en moders kamp for at få sit barn tilbage, fordi forholdene senere har ændret sig, så at hun nu fortryder, hvad hun i sin tid så sig nødsaget til at gøre.⁶⁴⁾ Det kan der af hensyn til barnet, adoptanterne og deres slægt ikke tages hensyn til. Medaillen har også en bagside.

Det er vigtigt at forebygge overilede adoptioner og at sørge for, at de, der gennemføres, bliver vellykkede, og derfor formidles adoptioner bedst gennem mødrehjælpsinstitutioner. I Adoption Act har man givet visse regler, der skal modvirke, at adoptionen ordnes for hurtigt efter fødslen og som en overrumpling af moderen. Hendes skriftlige samtykke til adoption kan kun benyttes som grundlag for adoption, hvis det er givet mere end 6 uger efter fødslen under visse kauteler, og tilladelse kan kun gives, hvis barnet har været »continuously in the care and possession of the applicant for at least three consecutive months immediately preceding the date of the order«.⁶⁵⁾

VI. Dåbsattest.

Adoptivforældrene ønsker ofte at hemmeligholde for barnet og dets eventuelle søskende, at de ikke er dets rigtige fader og moder. I det lange løb lader dette sig vanskeligt gennemføre, og de, der medvirker ved ordning af adoptioner, tilråder vist nu som regel adoptivforældrene ret tidligt at gøre barnet fortroligt med, at de kun har taget det til sig. Ved et i 1930 udsendt kirkeministerielt cirkulære har man gjort det muligt for adoptanterne under barnets skolegang at dække over, at det er adoptivbarn, og faktisk har man herved skabt udvej for at skjule forholdet endnu længere. Man har indført en særlig dåbsattestformular for adoptivbørn, den såkaldte *skole- eller kamoufleringsattest*.

I princippet må man ikke i forælderubrikken i fødsels- og

⁶⁴⁾ UfR 1941 s 37 H. Samtykket ansås for mangelfuldt. Der var påberåbt afpresning af samtykke, men intet tydede på, at påstanden havde noget på sig. Om motivet var det påberåbte, er uklart. Jfr noten til dommen og oplysningerne i noten i UfR 1931 s 743 om sagen i UfR 1930 s 914. At moderen ikke har været klar over, at det er meget vanskeligt senere at få en adoption hævet, kan ikke betage samtykket dets gyldighed.

⁶⁵⁾ § 2, stk 6 a), og § 4 med stk 3 a) samt § 6 om interim tilladelse.

dåbsattester angive barnets adoptivforældre som dets virkelige forældre, men forældrerubrikken skal lyde fx således:

Sofie Jensen. Ved bevilling af 9 marts 1954 adopteret af gårdejer Lars Kruse og hustru Ragna, f Iversen.

Sådanne attester udstedes altid til offentligt brug, hvor man må have rede på det virkelige forhold. Efter adoptanternes ønske kan de få en attest, hvori de virkelige forældres navne er udeladt. Men adoptivforældrene skal da udtrykkeligt angives som adoptivforældre, og der gives oplysning om bevillingens dato:

Gårdejer Lars Kruse og hustru Ragna, f Iversen, i henhold til adoptionsbevilling af 9 marts 1954.

Den i 1930 indførte ordning går ud på, at der til brug ved indmeldelse i skole – ikke før – og undervisningsanstalt, optagelse i lægdsrulle og tegning af visse sociale forsikringer efter særlig begæring kan udstedes en attest, hvor forældrerubrikkens trykte tekst ikke lyder »Forældres stilling og fulde navn«, men »Forældres (eller adoptivforældres) stilling og fulde navn«. Lige under benævnelsen dåbsattest er der en trykt bemærkning om, at attesten kun må benyttes i de angivne øjemed.

Når man herefter udfylder forældrerubrikken med: Gårdejer Lars Kruse og hustru Ragna, f Iversen kan man kun fra anvendelsen af den særlige blanketformular slutte, at der antagelig foreligger adoption. Teoretisk er der den mulighed, at blanketten er brugt i stedet for almindelig attest, fordi sognepræstens beholdning af almindelige blanketter var brugt op, og at vedkommende er ægtebarn.⁹⁶⁾

Hvis det er lykkedes adoptivforældre at hemmeligholde, at et barn er adoptivbarn, og skifteretten eller executor overser, at en af de fremlagte dåbsattester er en kamoufleringsattest, vil reglen om begrænsning af adoptivbarnets arveret i konkurrence med een livsarving ikke blive overholdt. Man kan også komme ud for, at arvinger overser, at arveladerens testamente er uvirksomt på grund af kompetencemangler, eller at en testation på grund af testationsforbehold i bevillingen alene skal komme adoptivbarnet til skade.

En anden ting i en dåbsattest, som en executor ligeså let kan overse, når han skal fordele en arv, er, at et barn er stedbarn og kun har fået stedfaderens navn i henhold til stedfaderreglen i § 2, stk 3, i loven om børn udenfor ægteskab. Arvinger er selv ofte ikke klar over, at der her alene er tale om en navneforandring uden arveretlig virkning. De sammenblander det med adoption. I et sådant tilfælde skal der, når moderen og stedfaderen

⁹⁶⁾ Kirke- og undervisningsmin cirk nr 147 af 7 okt 1914, Min Tid 1914 s 189. Kirkemin cirk nr 25 af 24 feb 1930, Min Tid 1930 s 17 (P Dahl). Efter cirkulæret kan attesten benyttes ved andre børn end adoptivbørn, men kun i de anførte øjemed. Det er derfor upraktisk at have en sådan attest i stedet for en, der kan anvendes til alle formål.

i forælderubrikken opgives som barnets forældre – hvilket er lovligt –, stå en *udtrykkelig henvisning til 1937-lovens § 2, stk 3*, til underretning bl a for skifteretten eller executor.

Ved ægteskabs indgåelse skal der præsteres en fuldstændig fødselsattest eller dåbsattest, og her vil den pågældende blive klar over, at han er adoptivbarn. I praksis lukker man ofte øjnene og accepterer også i denne relation kamoufleringsattest, når man er sikker på, at reglerne i ægteskabslovens §§ 12–13 ikke krænkes. Det er ulovligt, men forståeligt og karakteristisk for dansk administration. Når adoptivbarnet er myndigt, kan det selv rekvirere en fødsels- eller dåbsattest og komme på sporet af sine virkelige forældre.⁶⁷⁾ At en adoption er anonym, vil kun sige, at adoptanternes navne kan hemmeligholdes for de virkelige forældre.

⁶⁷⁾ Om hvem der er »rette vedkommende« til at rekvirere dåbsattest for et adoptivbarn se Min Tid 1944 s 148.

TREDJE AFSNIT

FORÆLDREMYNDIGHED OG SAMKVEMSRET

§ 8. FORÆLDREMYNDIGHEDS INDHOLD OG VARIGHED

Begrebet forældremyndighed er en ved myndighedsloven skabt teknisk benævnelse, der træder i stedet for det tidligere anvendte udtryk forældremagt. Det er en modernisering af romerrettens *patria potestas* (*patria majestas*), men har sit eget af *patria potestas* forestillingerne uafhængige indhold.

Retsfølgerne af forældremyndighed defineres i myndighedslovens § 19. De er to, dels »pligt til at sørge for barnets person«, dels »beføjelse til at træffe bestemmelse om dets personlige forhold«, og disse retsfølger er kumulative.

Pligtbestemmelsen kan fortolkes og er blevet fortolket således, at der herved sigtes til forsørgelsespligt eller underholdspligt.¹⁾ I så fald vil indehaveren af forældremyndighed altid *afledet* være forpligtet til at bidrage til barnets underhold, og denne pligt måtte vel i henseende til omfang og varighed udformes efter lignende synspunkter som den forældre påhvilende pligt.

Af reale grunde kan denne fortolkning af § 19 ikke accepteres. Ordene må tages, som de står »pligt til at sørge for barnets person«: en omsorgspligt indtil videre. Om indehaveren af forældremyndighed tillige har den videregående forsørgelsespligt overfor barnet, må afgøres ud fra andre retsregler.

Normalt kan det være ligemeget, om man læser lovbestemmelsen på den ene eller den anden måde, for forældremyndigheden er typisk hos forældre, og de er tillige *qua forældre* forpligtede til at forsørge deres ægtebørn. Men forældremyndighed er ikke altid hos forældre. Efter deres død er den hos en værge. Medens de lever, kan de med overøvrighedens godkendelse i henhold til § 30 have overført den til andre. Og endelig kan børneværnsudvalget under de i forsørgslovens § 130, stk 1, anførte betingelser have frtaget forældrene forældremyndighed over et barn for selv at overtage den, eller det kan i henhold til forsørgelsesbestemmelsen i § 130, stk 2,

¹⁾ Borgerlig Ret s 109.

have overtaget forsorgen og dermed indtil videre forældremyndigheden. Identifierer man omsorgspligt med forsørgelsespligt, skaber man en afledet forsørgelsespligt for den indehaver af forældremyndighed, der ikke er fader eller moder, og det er et resultat, som ikke kan accepteres og heller ikke stemmer med den praktiserede retsopfattelse.

I den situation, hvor forældremyndighed er overdraget til andre fx bedsteforældre, kunne man nok tiltræde synspunktet. Ud fra aftaleregler må man i visse tilfælde komme til det resultat, at en forbeholdsløs overtagelse af forældremyndighed skaber pligter overfor barnet, som er analoge med forældres. Prøvestenen for fortolkningens holdbarhed er det tilfælde, at begge forældre er døde. Efter myndighedslovens § 25, stk 2, tilkommer forældremyndigheden da værger. Hvis dette betyder, at forsørgelsespligten nu påhviler værger, vil paragraffen rumme en hidtil overset mulighed for at løse det sociale problem om forældreløse børns forsørgelse. Til værge behøver man blot at beskikke en velsitueret mand. Da værgemål er et borgerligt ombud, som kun i sjældne tilfælde kan afslås, har han ingen mulighed for at slippe for at blive tvangsindlagt til forsørgelse.

Det går naturligvis ikke an, og det har heller aldrig været meningen med § 19.²⁾ Hvad der pålægges af pligt, er ikke forsørgelsespligt, men omsorgspligt, tilmed af en noget upræcis karakter og udstrækning. Tanken har været, at et barn under ingen omstændigheder må gå for lud og koldt vand. Den, der er nærmest til indtil videre at drage omsorg for det, er indehaveren af forældremyndighed. Men er han ikke forsørgelsespligtig overfor barnet, således som fx den til værge beskikkede sagfører ikke vil være, kan han altid under henvisning til bestemmelsen i forsorgslovens § 130, stk 2, om børneværnsudvalgets pligt til at overtage forsorgen for forældreløse børn foranledige, at det offentlige overtager forsorgen. Forældremyndigheden overgår da til børneværnsudvalget, medens værgemålet fortsat udøves af værger.

Herved underkendes det ikke, at forældre har vidtgående pligter overfor deres børn. Det har de blot *i kraft af, at de er forældre*, og ikke som følge af, at de har forældremyndighed. Forsørgelsespligten er en »forældrepligt« og ikke en »forældremyndighedspligt«. Den fader, der har mistet forældremyndighed på grund af indskriden

²⁾ Fam kom IV s 42.

efter myndighedslovens § 23 på grund af hans drikfældighed, og de forældre, som børneværnsudvalget har frataget forældremyndighed i henhold til forsorgslovens § 130, stk 1, er fortsat forsørgelsespligtige overfor barnet og kan sættes i bidrag. Forældremyndighed og forsørgelsespligt er to af hinanden uafhængige begreber.

Omsorgspligten er ikke blot en moralsk forpligtelse, omend den er ret svagt sanktioneret. Sanktionen er fratagelsesmuligheden. Den er størst og tilskynder mest til opfyldelse overfor en person, der har fået overdraget forældremyndighed i henhold til godkendt aftale. Myndighedslovens § 30 giver overøvrigheden mulighed for at fratage vedkommende forældremyndigheden straks og dermed bestemmelsesretten over barnets opholdssted. Er det de naturlige forældre, der krænker omsorgspligten, er der visse muligheder for at skride ind efter §§ 23 og 32 og forsorgslovens § 130, stk 1.

Skønt man ved myndighedslovens § 19 har accentueret pligtsiden og så at sige presset pligtforestillinger ind i det inadækvate udtryk forældremyndighed, er det centrale i forældremyndighedsforestillingerne stadig beføjelsen til at træffe bestemmelse om barnets personlige forhold og navnlig til at afgøre barnets opholdssted. Hvorledes er denne bestemmelsesret sanktioneret?

Her må der først peges på den *revselsesret*, der anerkendes overalt som en rest af den romerske paterfamilias' *jus vitæ necisque* og den beslægtede myndighed i germansk ret, og som i praksis – når tvangsmidler skal anvendes – betyder mere end politi og domstole. Hvis et barn er ulydigt, er forældremyndighedens indehaver efter forholdets natur beføjet til at håndhæve sin myndighed efter § 19 ved at revse det »med kæp eller vond og ej med våben« eller, som det siges i ZGB, til at bruge »die zur Erziehung der Kinder nötigen Züchtigungsmittel«.³⁾

Revselsesretten bør opfattes som en af staten til forældremyndighedens indehaver delegeret kompetence til privat magtudøvelse, kort sagt en sanktion. Misbrug kan straffes og medføre indskriden fra børneværnsudvalget, og i grovere tilfælde kan der blive tale om fratagelse af forældremyndighed efter myndighedslovens § 23 og forsorgslovens § 130, stk 1, nr 3. Der er ikke tale om en »subjektiv ret«, men om en »social funktion«. I visse tilfælde kan der fås *bistand fra politiet* til håndhævelsen af bestemmelsesretten, fx når

³⁾ ZGB art 278, DL 6–5–5 (ophævet), Fam kom IV s 42. Straffelovens § 244 og forsorgslovens § 176.

et barn vagabonderer, eller der er begået en strafbar frihedsberøvelse eller kønsfrihedsforbrydelse overfor barnet.

Ved domstolene kan forældremyndigheden håndhæves på den måde, at indehaveren søger *handlingsdom* over den, der ulovligt har sat sig i besiddelse af eller ulovligt tilbageholder barnet. Her ved dømmes der til udlevering, og dommens fuldbyrdelse sker da ved fogeden, der fratager domfældte barnet og overgiver det til domhaveren »om fornødent ved magt«, rpl § 495. Desuden indtræder de sædvanlige retsvirkninger af at sidde en dom overhørig.

Fra gammel tid har man endvidere i erkendelse af, at der på dette område kan være trang til et hurtigt virkende retsmiddel, indrømmet adgang til anvendelse af en *umiddelbar fogedforretning*, hvorved indehaveren indsættes i besiddelsen af barnet. Dette retsmiddel kan her som ellers kun anvendes, når retsgrundlaget er klart. I komplicerede tilfælde henviser fogeden afgørelsen til almindelig rettergang. Hjemmelen findes i rpl § 609, stk 1, hvor det udtales, at fogedens bistand som tidligere kan fordres til at gøre forældremyndighed gældende uden det sædvanlige eksekutionsgrundlag.

Beføjelsen til at bestemme om barnets personlige forhold rummer meget andet end beføjelsen til at bestemme dets opholdssted, fx beføjelsen til at træffe bestemmelse om skolegang. Forældremyndighedens indehaver kan indmelde et barn i privat skole eller sende det på kostskole. Herfra må holdes ude *pligten* til at sørge for, at et undervisningspligtigt barn modtager fyldestgørende undervisning. Den påhviler ikke forældremyndighedens indehaver, ej heller forældre, men *den, til hvis husstand barnet hører*.⁴⁾ Ved ægtebørn er dette typisk forældrene, men det kan være mange andre. Pligt til at sørge for skolegang kan derfor pr definition ikke henføres under begrebet forældremyndighed.

Det er en konsekvens af myndighedslovens § 19, at det er forældremyndighedens indehaver, der indgår arbejdsaftaler på barnets vegne og bestemmer, hvad det skal være, og ikke værgen. For ægtebørns vedkommende betyder det, at også moderen skal være med til at bestemme, om barnet skal tages ud af skole og sættes i lære, have budplads osv. Rigtigheden af denne forståelse af § 19 fremgår af formuleringen af §§ 35, stk 2, og 36. I og for sig er det ikke som i § 50 påbudt, at forældremyndighedens indehavere skal høre

⁴⁾ Lov nr 160 af 18 maj 1937 om folkeskolen §§ 44-45.

barnet om dets ønsker ved afgørelsen af spørgsmålet om arbejdsaftalers indgåelse efter dets 15' år. Det følger af forholdets natur, at de bør gøre det. Efter lærlingeloven skal en lærekontrakt medunderskrives af lærlingen, hvis den skal binde ham udover det 20' år, og han ved kontraktens oprettelse er over 15 år. Loven går ud fra, at det her er værgen, der på den mindreåriges vegne indgår lærekontrakt. Om man stadig tør læse dette, som om der står »forældremyndighedens indehaver«, er noget tvivlsomt.⁵⁾

Skal en arbejdsaftale binde en mindreårig væsentligt udover hans 18' år, må han selv tiltræde aftalen. Falder denne ind under medhjælperlovens område, følger det af lovens almindelige beskyttelsesregler for mindreårige under 18 år, at aftalen ikke gyldigt kan indgås for længere tid end et år.⁶⁾ Nævnes kan det endeligt, at dersom der bliver tale om at fratage en mindreårig under 18 år rådigheden over selverhverv, testamentarisk arv eller gave, som han ved udtrykkelig bestemmelse har fået til fri rådighed, er det forældremyndighedens indehaver og ikke værgen, der afgør, om fratagelse kan finde sted. Ved et ægtebarn må moderen være med til at skride ind.

Det vedkommer i almindelighed ikke andre end barnet selv og ægtefællerne, hvorledes de udøver deres forældremyndighed. Kan forældre fx ikke enes om at tage barnet ud af skole og sætte det i lære, fortsætter det sin skolegang. Under familieretskommissionens forhandlinger var man inde på, at der burde være en ordning med, at uoverensstemmelser om udøvelse af forældremyndighed kunne afgøres af udenforstående.⁷⁾ Forslaget blev hurtigt kasseret af Rigsdagen som utopisk. Mulighederne for at skride ind mod forældremyndighedens udøvelse uden at gå til formelig fratagelse afhænger herefter udelukkende af, om betingelserne for indskriden er til stede efter reglerne i forsorgsloven om det såkaldte forebyggende børneværn.

Efter disse kan børneværnsudvalget dels, når betingelserne for at fjerne et barn fra hjemmet er til stede dels, når barnets »velfærd iøvrigt« kræver det, give forældre eller andre opdragere – altså også andre end indehavere af forældremyndighed – en advarsel, beskikke en tilsynsværge for barnet eller give pålæg med hensyn til barnets

⁵⁾ Personretten s 51, lov nr 120 af 7 maj 1937 § 3, stk 3.

⁶⁾ Lovbkg nr 20 af 16 juni 1941 § 4.

⁷⁾ Dansk Kvindesamfund foreslog i 1908 indført en voldgiftsordning, Fam kom II s 94–100.

pleje, opdragelse, oplæring eller arbejde. Anvisningerne kan gøres ret detaillerede og fx gå ud på, at en lærling skal gå i teknisk skole, eller at et barn skal indlægges på sygehus. Da betingelsen med barnets velfærd nærmest er intetsigende, er der herigennem åbnet mulighed for i visse tilfælde at få uoverensstemmelser mellem forældre om udøvelse af forældremyndighed indbragt for en offentlig myndighed. Intet forhindrer barnet eller moderen i at gå til børneværnsudvalget med en klage. Garantien mod overgreb må søges dels i en fornuftig administration fra børneværnsudvalgenes side ud fra synspunktet *De minimis*, dels i mulighederne for at klage til amtet over udvalgets afgørelser.⁴⁾

Efter klassisk romersk ret indbefattede *patria potestas* magt til at bortadoptere og magt til at tillade eller forbyde indgåelse af ægteskab. Hvis der ikke var særregler i dansk ret om samtykke til adoption og ægteskab, måtte man vel også efter myndighedslovens § 19 antage, at »beføjelse til at træffe bestemmelse om dets personlige forhold« rummer disse beføjelser. Efter indholdet af adoptionslovens § 6 og ægteskabslovens § 7 er det udelukket at subsumere dette under forældremyndighed. En sammenligning med reglerne i myndighedslovens §§ 21–26 og 28–32 viser, at ikke blot er reglerne om samtykke til og erklæring ved adoption og ægteskab ikke helt de samme, men de afviger yderligere fra reglerne om forældremyndighed.

Hvis fx et barn under forældremyndighed, hvis forældre er skilt, så at moderen har forældremyndighed, vil indgå ægteskab, er det moderen, der skal samtykke, og faderen skal end ikke afgive erklæring. Skal det bortadopteret, skal moderen samtykke, og faderen skal afgive erklæring.

Er forældrene ikke skilt, men situationen enten den, at forældremyndigheden er frataget dem af børneværnsudvalget i henhold til forsorgslovens § 130, stk 1, eller at de med overøvrighedens godkendelse har overdraget forældremyndigheden fx til bedsteforældre, skal hverken børneværnsudvalget qua indehaver af forældremyndighed eller bedsteforældre samtykke eller høres. Samtykke skal gives af faderen som født værge, og er der tale om adoption, skal moderens erklæring indhentes, medens dette ikke er nødvendigt ved ægteskab.

⁴⁾ Forsorgslovens §§ 123–25.

Forestillingen om, at samtykke til ægteskab gives som en slags forlænget forældremyndighed, må herefter opgives. Man kan ikke som i klassisk romersk ret føre samtykke til adoption og ægteskab ind under begrebet forældremyndighed, og da de betingende kendsgerninger ved adoption og ægteskab ikke er helt de samme, bør man kun ganske løseligt sammenfatte beføjelserne under et overbegreb, som man fx kan kalde »forældre-værgebeføjelser«. Også de i myndighedslovens §§ 20 og 27 omhandlede beføjelser falder pr definition udenfor begrebet forældremyndighed.

Begrebet forældremyndighed er herefter skarpt. Efter § 19 er der kun tale om to kumulative retsfølger, omsorgspligt og bestemmelsesret over barnets personlige forhold.

Forældremyndighed ophører først ved barnets 18 år, ægteskab eller død. I visse tilfælde vil domstolene dog i lighed med de svenske og engelske allerede nogle år inden barnets 18 år nægte at medvirke til at håndhæve en bestemmelse af forældremyndighedens indehaver om barnets opholdssted, som går mod barnets bestemt udtalte ønske. Og da en beføjelse uden sanktion ikke er en retlig beføjelse, er der i realiteten tale om en ulovbestemt ophørs-måde for forældremyndighed.

Forinden denne praksis omtales, er det nødvendigt at se på indholdet af forsorgslovens § 114, stk 2. Godtgøres det for børneværnsudvalget, at et barn, med hvilket der kan føres tilsyn efter reglerne i § 110, uden rimelig grund søges fjernet fra et godt plejehjem, kan udvalget efter undersøgelse bestemme, at barnet ikke må fjernes uden samtykke.

Da der efter § 110 kan føres tilsyn med alle børn udenfor ægteskab indtil deres 14 år, har man hjemmel til at hindre, at moderen uden videre tager barnet fra plejeforældrene for at anbringe det i et andet plejehjem. Det er en vidtgående myndighed, der sætter udvalget i stand til at suspendere moderens forældremyndighed i en bestemt henseende.

Så længe der kun er tale om at skride ind mod flytning fra plejehjem til plejehjem, ligger udvalgets afgørelse indenfor det område, som domstolene respekterer som øvrighedens skønsområde. Forbyder udvalget derimod moderen at flytte barnet hjem, vil der kunne blive tale om at erklære beslutningen for ugyldig efter reglerne om *détournement de pouvoir*, såfremt formålet må antages at have været at beskytte plejeforældrenes interesser mod moderen og ikke

barnets. Bestemmelsens formål er nemlig at *beskytte barnet*, og dens baggrund erfaringer om, at det er *uheldigt for et barns udvikling, om det flyttes fra det ene plejehjem til det andet.*⁹⁾

Ved ægtebørn vil henvisningen i § 114, stk 2, til reglerne om, med hvilke børn der kan føres tilsyn efter § 110, give udvalget en vis kompetence, dersom barnet er anbragt i »familiepleje«, og det uden hensyn til, om der ydes betaling eller ej. Herunder falder de tilfælde, hvor et barn, der ved anbringelsen var barn udenfor ægteskab, er blevet legitimeret per matrimonium subsequens. Hvis et ægtebarn mod betaling anbringes *hos fremmede*, vil man heller ikke være i tvivl om, at forholdet er inde under beskyttelsesreglen i § 114, stk 2.

Anbringes et ægtebarn derimod for nogen tid hos slægtninge, kan man ikke uden videre gå ud fra, at forholdet er inde under § 114, stk 2. Ordet »familiepleje« synes vel umiddelbart at omfatte tilfældet. Barnet er hos familie i juridisk forstand. Men ordet kan i § 110 ikke være brugt i denne betydning. Så ville man ikke have hjemmel til at føre tilsyn med ægtebørn, der er anbragt hos fremmede, og det er her, at der er behov for tilsyn. »Familiepleje« betyder »pleje hos *en* familie«, og modsætningen er pleje i børnehjem.

Det er en udbredt opfattelse, at børneværnsudvalget også kan skride ind, når et ægtebarn er anbragt hos familie, men denne opfattelse kan ikke være rigtig. Der ligger en begrænsning af udvalgets kompetence i, at barnet skal være anbragt i pleje. Det er et snævrere udtryk end »hos andre«.

Hvis fx et ægtepar rejser til udlandet, og deres barn midlertidigt anbringes hos hustruens søster, er det ikke i pleje i forsorgslovens betydning. Det gør ingen forskel, om søsteren får dækning for sine forøgede udgifter. Konsekvenserne af at omfatte dette som pleje ville være, at der skal søges om plejebørnstilladelse, og at der ellers kan straffes efter § 181, stk 1. Ingen tænker her på at søge plejebørnstilladelse. Efter almindelig vurdering foreligger der ikke pleje, og det må være denne og ikke de implicerede myndigheders forsøg på ekstension, der lægges til grund for, hvad der er ret. Plejeforholdets karakteristika er ikke til stede, og der er ikke fornuftig grund til, at myndighederne skal blandes op i forholdet.

⁹⁾ Holger Horsten: Børneforsorgen i Danmark, 2 udg 1953, s 44.

Lovens forhistorie bekræfter, at det ikke er de som midlertidige tænkte anbringelser af ægtebørn hos slægt eller venner, som man har haft for øje, da man udvidede plejebørnstilsynet til børn i familiepleje uden betaling. Grunden var administrativ-teknisk. Man var bange for at hæfte sig for meget ved vederlagskriteriet, da man så kunne omgå plejebørnsreglerne også i tilfælde, hvor der foreligger en som fast tænkt anbringelse af et barn. Der henvises til, at plejehjemmet ved vederlagsfri anbringelse kan få vederlaget gennem udnyttelse af plejebarnets arbejdskraft. Disse betragtninger viser, hvor meningsløst det vil være at fortolke pleje = anbringelse hos andre.¹⁰⁾

Anbringelse af et ægtebarn hos familie må derfor modsat anbringelse af et udenfor ægteskab født barn hos familie holdes udenfor familieplejebegrebet i alle tilfælde, hvor situationen ikke kan sidestilles med den typiske plejebarnssituation. Det kan den ikke, når anbringelsen er tænkt som midlertidig, fx fordi forældrene skal på ferierejse eller forretningsrejse eller på studierejse, selvom rejsen skulle strække sig over nogle år. I den omvendte situation 3: børnene sendes på ferie hos familie på landet, foreligger der heller ikke efter børneværnsmyndighedernes opfattelse pleje. De antager, at børns anbringelse på landet i ferier, selv i tjenestepladser, ikke er pleje. Det samme gælder anbringelse udenfor hjemmet i en pension for at søge skole- eller specialuddannelse.¹¹⁾ Endelig må man også holde udenfor anbringelse hos familie, der skyldes bolignød, tilfælde, hvor slægtninge tager sig af et barn, fordi moderen bliver syg og kommer på hospital eller anstalt, og tilfælde, hvor et hjem opløses ved skilsmisse eller død. Her anbringes ægtebørn ofte hos slægtninge for et tidsrum, der i starten fra alle sider har været tænkt som kortvarigt, men kan komme til at strække sig over år.

Afgrænsningen af § 114, stk 2, kan efter omstændighederne blive

¹⁰⁾ Betænkning fra udvalget til revision af børneloven og plejebørnsloven, 1920, s 100. Bemærkningen i cirk nr 285 af 31 dec 1923 om, at anbringelse for betaling hos bedsteforældre er anbringelse i pleje, er alt for vidtgående og går udover lovens forudsætninger. Enten er cirkulæret dårligt skrevet, eller også foreligger der forsøg på at udvide loven udover alle rimelige grænser. Bemærkningerne, som ikke kan binde domstole, må forstås således, at der sigtes til børn udenfor ægteskab.

Se iøvrigt lov nr 122 af 28 marts 1923 om tilsyn med børn, der udvidede plejebørnstilsynet til alle børn udenfor ægteskab.

Plejebørnstilsynet er gammelt. Den første lov er fra 1888.

¹¹⁾ Noteudgaven af 1948 af Socialreformen s 84.

vanskelig. Men selvom domstole i et grænsetilfælde skulle statuere, at en anbringelse har været så langvarig, at den må sidestilles med familiepleje, foreligger der for det første den mulighed, at børneværnsmyndighederne nægter at nedlægge forbud, og at problemet derefter på normal måde igen kommer for domstolene under en sag, hvor de virkelige forældre søger plejeforældrene dømt til at udlevere barnet.¹²⁾ Dernæst kan domstolene også ved ægtebørn komme ud for at skulle statuere, at et forbud fra udvalget er ugyldigt på grund af magtmisbrug, fordi udvalget sigter mod varetagelse af plejeforældrenes og ikke barnets interesser. Man har fx været ude for, at et børneværnsudvalg har anvendt § 114, stk 2, til at neutralisere en amtsresolution om, at en fraskilt fader i henhold til myndighedslovens § 32 skulle have forældremyndigheden over et barn, som moderen havde fået forældremyndigheden over, tilbageført til sig netop for, at han kunne tage det bort fra et plejehjem, som moderen havde anbragt det i, og opdrage det i sit nye hjem. Sådanne børneværnsudvalgsafgørelser er ugyldige og kan annulleres ad administrativ vej eller af domstolene. Domstolenes grundlag for at tage sagerne under påkendelse, er reglen i forsorgslovens § 52, stk 3, efter hvilken det er domstolene, der afgør, om der foreligger et skønsspørgsmål eller en justiciabel konflikt. Der er her hjemmel til at afgøre, om der overhovedet foreligger et plejeforhold. Dette problem kan jo altid nå frem til domstolsprøvelse via § 181, stk 1, om straf og bør da også kunne afgøres under en civil sag.

Uafhængig af forsorgslovens regler har konflikten mellem plejeforældre og forældremyndighedens indehaver været for Østre Landsret i en i 1932 afgjort sag, men synes endnu ikke at have været for Højesteret. Sagen drejede sig om et udenfor ægteskab født barn, som nogle år efter sin fødsel var blevet anbragt i pleje hos en brandmand og hans hustru og havde været der i over 6 år, da moderen omsider blev gift med barnets fader, og barnet legitimeret.

Forældrene forlangte nu at få barnet, der ved domsafsigelsen var blevet næsten 11 år, udleveret til opdragelse i deres eget hjem, og efter dommen må man gå ud fra, at det var et ordentligt hjem. Plejeforældrene nægtede at udlevere barnet, og moderen gik derefter til Byrettens fogedafdeling med begæring om en indsættel-

¹²⁾ Noteudgavens bemærkning s 86 om, at forbud kan anvendes også, hvor de naturlige forældre ønsker barnet hjem, er rigtig, men i sin almindelige undtagelsesfri form ikke videre hensigtsmæssig.

sesforretning. Men fogedafdelingen nægtede at foretage indsættelsen under henvisning til, at barnet levede under gode forhold, og at en fjernelse kunne blive skæbnesvanger for dets helbredstilstand. Grundlaget var en af rekvisitus fremlagt lægeerklæring om, at flytning ville medføre et sådant psykisk chock, at den ville være ganske uforsvarlig og skæbnesvanger for barnets helbred. Kendelsen blev indanket for Østre Landsret, som i dommen oplyser, at lægen har afgivet supplerende forklaringer, og derefter stadfæstede kendelsen.¹³⁾

Det interessante ved faktum i denne dom, der fastslår en ulovbestemt ophørsmåde for forældremyndighed, er, at forældremyndighedens indehaver gennem lang tid havde overladt barnet til andres omsorg uden at forlange at få barnet igen. Plejeforældrene havde indrettet sig på, at de måtte beholde barnet indtil dets konfirmation – moderen havde afgivet en skriftlig erklæring herom –, og barnet havde indstillet sig på, at det skulle blive hos plejeforældrene. Denne erklæring ville moderen ikke vedstå, efter at hun var blevet gift med faderen, og både overøvrigheden og Justitsministeriet havde nægtet at give den efter § 30 nødvendige godkendelse. Dommerne må imidlertid efter sagens behandling have fundet ud af, at det tilknytningsforhold, der var opstået mellem barnet og plejeforældrene var blevet så fast, at det i barnets interesse måtte beskyttes, selvom dette kun kunne ske på bekostning af de naturlige forældre.

Betragtninger af lignende art støder man ofte på i fremmede retsafgørelser. Problemet aktualiseres under krigsforhold, og det er vel forklaringen på den ret omfattende engelske lovgivning og praksis om denne situation.¹⁴⁾ Under normale forhold er det ikke noget stort problem. Den svenske retsopfattelse, der var fæstnet inden Finnebørnssagerne, går ifølge Högsta Domstolen ud på »att handräckning för utlämnande även till laglig vårdnadshavare i regel icke meddelas, om barnet är över 15 år och motsätter sig överflyttningen. Detta hinder mot handräckning måste efter omständigheterna i det särskilda fallet anses vara tillämpligt även beträffande barn, som närmar sig sagda ålder. Främst är därvid

¹³⁾ UfR 1932 s 406. Se også UfR 1933 s 1110 om et ved domsafsigelsen 4 år gammelt barn, som beordredes udleveret til sine forældre, der havde indgået ægteskab.

¹⁴⁾ Se fx sagerne *Reg v Howes* (1860), *Rev Rep* 122 s 723, *In re Agar-Ellis*. *Agar-Ellis v Lascelles* (1878) i *Ch* 10 s 49, *Stark v Stark and Hit-chins* 1910 P 190. *Custody of Children Act*, 1891, § 4. *Rayden* s 457, *Eversley* s 332, 343–44.

at beakta barnets fysiska och psykiska utveckling. Därjämte måste hänsyn tagas till det men för barnet i psykiskt avseende, som en förflyttning kan medföra, särskilt om barnet länge vistats i fosterhemmet».

Grundlaget för de svenske retsafgørelser om Finnebørnene,¹⁵⁾ der ofte er gået imod de virkelige forældre, har i overensstemmelse med denne udtalelse været dels barnets bestemt udtalte ønske om, at det ikke ville tilbage til sit virkelige hjem, dels erklæringer fra psykiatrisk sagkyndige om, at det ville tage psykisk skade ved en overflytning. Den grænse, som man i enkelte sager er gået ned til, ligger ved 12–13 år, hvilket ligger lidt højere end Østre Landsrets skøn i sagen fra 1932. Det, der kan kritiseres, er dels, at man netop ved denne lejlighed, hvor mellemfolkelige problemer var fremme, sænkede grænsen fra de 15 år, som man tidligere regnede med, dels at der ikke blev givet hurtig retshjælp. Under behandlingen af visse af sagerne nærmede man sig den grænse, som man tidligere regnede med. Men selve princippet kan ikke kritiseres. Det er forlængst blevet lagt til grund for engelsk lovgivning og domspraksis.

Efter engelsk domspraksis, som kan spores langt tilbage, tages der ved afgørelser om børns opholdssted hensyn til deres egne ønsker, når de er over en vis alder, der i hvert fald kan sættes til 16 år og vistnok for drenges vedkommende er 14 år. Denne regel praktiseres såvel ved fordeling af forældremyndighed ved separation og skilsmisse som i forholdet virkelige forældre-plejeforældre. Desuden er der ved Custody of Children Act, 1891, tillagt domstolene vidtgående diskretionære beføjelser til at afslå udleveringsbegæringer fra den lovlige indehaver af forældremyndighed i tilfælde, hvor han har overladt barnet til andre på en sådan måde, at han kan siges at have opgivet eller forladt det eller været »unmindful of parental duties«. Ved anvendelsen af denne magtfuldkommenhed er domstolene forsigtige, for, som der står i en dom, selvom hovedhensynet efter loven er børnenes velfærd, så viser lovens formulering dog, at der også må tages andre hensyn, og blandt disse kommer hensynet til »the wishes of an unimpeachable parent« først. Under henvisning hertil påbød domstolen plejeforældrene at udlevere et 7-års barn, som de havde haft siden dets fødsel, til dets fader, som havde indgået nyt ægteskab og herefter var i stand til selv at opdrage sit barn.¹⁶⁾

¹⁵⁾ NJA 1953 s 262 og 266, 1951 s 177. Walin s 97–98.

¹⁶⁾ Re Thain. Thain v Taylor 1926 Ch 676. Manden i Royal Air Force under forrige krig, hustruen blev sindssyg og døde efter barnets fødsel, og manden var midlertidigt slået ud. Barnet blev anbragt hos hustruens søster, der havde børn. Senere rettede han sig, blev gift igen og ville have barnet, som han hele tiden havde interesseret sig for. Om de engelske lovbestemmelser se Eversley s 353–54.

§ 9. FORÆLDREMYNDIGHEDS INDEHAVER

Ved ægtebørn begrundes fødsel en forældremyndighed for ægtefællerne i forening, der ophører ved barnets 18 år, dets indgåelse af ægteskab eller død. Inden dette tidspunkt kan den være ophørt overfor den ene af forældrene, men ikke den anden på grund af samlivsophævelse, separation, skilsmisse, fratagelse eller død, og endelig kan den være suspenderet i forhold til den ene på grund af fraværelse eller sygdom.

Afledet kan forældremyndighed opstå for andre end ægtefællerne ved retsakter som adoption, godkendt overførelsesaftale, værgebeskikkelse, resolution fra børneværnsudvalg, overøvrighedsresolution om midlertidig udøvelse under ægtefællernes sygdom.

Konstruktivt kan man udtrykke dette således, at fødsel er den retsstiftende kendsgerning, men at den kan modificeres af andre kendsgerninger. Herved ophører eller suspenderes forældremyndighed for nogen og nystiftes for andre. Alle disse relevante kendsgerninger kan man sammenfattende benævne betingende eller operative kendsgerninger.¹⁾

I. *Fødsel.*

Før myndighedsloven fandtes der ikke lovbestemmelser om, hvem der havde forældremagt over ægtebørn. Man antog, at den tilkom forældrene i forening, dog at som efter ZGB og BGB faderens vilje gjorde udslaget ved uoverensstemmelser. Men det var ikke let at begrunde reglen. Man måtte tage sin tilflugt til friere overvejelser og rekurrere til forestillinger om mandens husbondmyndighed og henvise til, at det altid havde været sådan.

I og for sig kunne domstolene have omformet retsreglerne under henvisning til, at de ikke svarede til nutidens behov og de ændrede forestillinger om forholdet mand-hustru. De hvilede ikke på lovregler. I engelsk praksis er der for tiden tydelige tendenser bort fra den tidligere faststående regel om, at det er manden, der bestemmer, hvor familien skal bo.²⁾ Om sådanne liberale anskuelser har været fremme under voteringen i Højesteret, ved man ikke. Dommene fulgte de nedarvede synspunkter.³⁾

¹⁾ Ross s 278f.

²⁾ Dunn v Dunn 1949 P 98. Law Quarterly Review, 1949, s 3-5, 1950 s 19.

³⁾ Se navnlig UfR 1900 s 561, Bentzon, 1916, s 303-04 med henvisninger.

Forestillingerne kan følges tilbage til de ældste fremstillinger af dansk privatret fra slutningen af det 18 årh,⁴⁾ i hvilke der tales om mandens »husbondemyndighed« og om manden som »husherre«, der har en myndighed over hustruen, som lovene »stiltiende« tilstår ham. De praktiske følgeslutninger af præferencestillingen gik navnlig ud på, 1) at manden var boets og hustruens værge, 2) at det var manden, der bestemte familiens bopæl, 3) at det i tilfælde af uoverensstemmelse om udøvelse af forældremyndighed var mandens vilje, der gjorde udslaget. Indtil sidste halvdel af det 18 årh antog man yderligere, 4) at manden havde ret til at revse hustruen.

I det 18 årh var læren om husbondmyndigheden den traditionelle i europæisk ægteskabsret. Blackstone beskriver det, der juridisk foregår ved ægteskabs indgåelse, således at

»the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband: under whose wing, protection and cover she performs everything«,

og lidt senere taler han om, at hustruen er »under the protection and influence of the husband, her baron or lord«. Synspunktet var fælles-protestantisk. Heri er der intet påfaldende. Det er hentet fra katolsk ægteskabsret, der igen bygger på udtalelser af Paulus.

Når det har været så vanskeligt for kvindesagsbevægelsen at få de gifte kvinders retsstilling forbedret, er grunden dertil bl a, at synspunktet, at manden er kvindens hoved, og at hustruer skal underordne sig under deres mænd i et og alt og have ærefrygt for dem, er Paulinsk.⁵⁾ Det stammer fra Biblen. For kanonisterne, hvis filosofi var Thomas af Aquinas' skolastiske naturretsfilosofi (*Summa theologia*), var det en selvfølge, at retsreglerne om ægteskab må være i overensstemmelse med Biblen, og dette grundsyn var også reformatorenes. Da Paulus er den nytestamentlige forfatter, der beskæftiger sig mest med spørgsmålet om den gifte kvindes stilling, blev han hovedkilden med hensyn til ordningen af retsforholdet mellem mand og hustru. Kanonisternes lære om mandens husbondmyndighed var enerådende i middelalderen, og det var først ved

⁴⁾ L L Kongslew: Den danske og norske private Rets første Grunde, I 1781 s 323–25, og L Nørregaard: Forelæsninger over den danske og norske private Ret, I 1784 s 189.

⁵⁾ 1 Kor 11, 3, Kol 3, 18, Ef 5, 22–25 og 33. Esmein II s 3f. Ross s 325–27.

midten af det 18 århundrede, at man begyndte at modificere den. Den dag i dag finder man reminiscenser af doktrinen i engelsk, schweizisk og tysk ret og naturligvis først og fremmest i de katolske landes ret.

Fra et protestantisk synspunkt er det ikke nødvendigt at tillægge Paulus' meget kategoriske udtalelser om forholdet mand-hustru betydning ved retsreglernes udformning. I modsætning til Paulus' religiøse udviklinger er de tids- og stedbestede, og de er præget af eskatologiske forventninger. Efter Paulus' eget grundsyn på forholdet mellem ret og religion er der her ikke tale om almenlydige forskrifter for lovgivningsmagt. En argumentation ud fra Paulus' bemærkninger har kun den værdi, som en henvisning til forholdene i Grækenland og Lilleasien ved midten af det 1 årh i sig selv har.

Formålet med bestemmelsen i myndighedslovens § 21 har været at komme bort fra reglen om mandens »husbondmyndighed« ved forældremyndigheden over ægtebørn. Dette fremgår ikke direkte af § 21. Efter vedtagelsen af § 1 i loven af 1925 om ægteskabets retsvirkninger er det udelukket gennem fortolkning af § 21 at vende tilbage til husbondforestillingerne.

II. *Adoption.*

Ved adoption går forældremyndigheden over til adoptanten, og de naturlige forældres forældremyndighed ophører. Når et ægtepar adopterer, tilkommer forældremyndigheden dem i forening, som om barnet var fællesbarn, og det samme gælder ved stedbarnsadoptioner.⁶⁾ Følgen heraf er bla, at adoptivfaderen bliver født værge for hustruens af ham adopterede barn eller adoptivbarn.

III. *Suspension af en af ægtefællernes andel i forældremyndighed.*

Når den ene af samlevende ægtefæller ved fraværelse eller sygdom midlertidigt er forhindret i at udøve forældremyndighed, udøves den af den anden, men der må ikke træffes afgørelser af indgribende betydning for barnets fremtid fx afsluttes en langvarig lærlingekontrakt, § 22, stk 1.⁷⁾ Dette er en speciel anvendelse af negotiorum gestio synspunktet.

⁶⁾ § 29. Reglen omfatter ikke det tilfælde, at en ægtefælle adopterer den andens adoptivbarn. Se her adoptionslovens § 15, stk 2, jfr § 3 in fine.

⁷⁾ Lærlingekontrakt skal muligvis afsluttes af værge. Reservationen i paragraffen om barnets tarv siger ikke meget.

IV. *Ophør af en af ægtefællernes andel i forældremyndighed.*

A. *Sindssygdom og fraværelse.*

Er den ene af samlevende ægtefæller ved fraværelse eller sygdom varigt forhindret i at deltage i forældremyndighedens udøvelse, er der i § 22, stk 2, hjemmel til, at overøvrigheden kan resolve, at den anden indtil videre er eneindehaver af forældremyndighed. Bestemmelsen vil navnlig blive brugt, når den ene af ægtefællerne bliver sindssyg og ude af stand til at træffe bestemmelser. Der kan da være trang til udadtil at kunne legitimere den anden til at træffe enhver beslutning, også mere indgribende fx om afslutning af arbejdskontrakt eller indmeldelse i kostskole.

Hvad der også kan motivere benyttelse af § 22, stk 2, er hensynet til værgemålet. Ved værgemålet har man ingen til § 22, stk 1, svarende regel. Foreligger der en overøvrighedsresolution efter § 22, stk 2, om, at moderen indtil videre alene udøver forældremyndighed, følger det af § 6, stk 2, at hun også er født værge. Det samme resultat kan man nå ved en skifteretsafgørelse om, at værgemålet fratages faderen. Efter § 6, stk 1, er moderen da født værge. Men vejen over § 22, stk 2, er lettere og mere hensynsfuld i de tilfælde, hvor ægtefællen er klar over, hvad der foregår, men dog ude af stand til at træffe fornuftige afgørelser. Trangen til at bruge reglen, når den ene af forældrene er fraværende med kendt adresse, er ikke stor, da der kan udstedes fuldmagt og gives tilslutning pr brev eller telegram til vigtige afgørelser. Anderledes i tilfælde af fraværelse med ubekendt adresse og borteblivelse.

Når der foreligger overøvrighedsresolution efter § 22, stk 2, fortsætter legitimationen som eneindehaver, indtil resolutionen igen er ophævet.

Bestemmelsen giver kun hjemmel til at afgøre, at den ene af *samlevende* ægtefæller indtil videre er eneindehaver af forældremyndighed. Er forholdet fx dette, at manden skal opholde sig i udlandet i længere tid, og hustruen på grund af sindssygdom er ude af stand til at udøve bestemmelsesretten, skal hjemmelen til midlertidigt at overdrage forældremyndighed *til en slægtning* søges i § 31, der har den situation for øje, at en, der ikke alt har del i forældremyndighed, skal have forældremyndighed tillagt.

B. *Død.*

Dør en af forældrene, forbliver forældremyndigheden hos den anden alene, § 25, stk 1. Er det faderen, der dør, vil moderen i kraft af § 6, stk 1, tillige være født værge. Er begge forældre døde, tilkommer forældremyndigheden den beskikkede værge, § 25, stk 2.

Værgebesikkelse for en forældreløs mindreårig vil følgelig give

beføjelser, der i alt væsentligt er analoge med en faders. Dog kan værgerne ikke anvende barnets renter til at sætte sin levelfod op. Beføjelsen i § 20 er en forældrebeføjelse og ikke en beføjelse, der flyder af forældremyndighed.⁸⁾

Sker beskikkelsen derimod, fordi skifteretten har måttet fratage såvel faderen som moderen værgemålet, idet fx begge er gået konkurs, er insolvente eller ødsle, vil forældremyndigheden stadig være hos forældrene. Bestemmelsen i § 23 kan ikke anvendes til at fratage *begge* forældre forældremyndigheden, og forsorgslovens § 130, stk 1, nr 2, vil i sådanne situationer ikke uden videre give hjemmel til at fratage forældremyndighed.

C. *Fratagelse overfor een af ægtefællerne.*

Den ægtefælle, typisk hustruen, der af etiske grunde eller andre årsager ikke ønsker at søge separation efter ægteskabslovens § 53, stk 1, eller skilsmisse efter § 59 eller § 61, og som heller ikke vil eller kan ophæve samlivet, vil i henhold til § 23 kunne få en overøvrighedsresolution for, at forældremyndigheden alene skal tilkomme hende. Hun vil da også være født værge, § 6, stk 1.

Formelt behøver dette ikke at fremtræde som en fratagelse af forældremyndighed. Men det kan gøre det, og efter en nøgtern bedømmelse er der tale om fratagelse med værgemålets ophør til følge. Formålet kan være at bringe værgemålet til ophør uden fratagelse ved skifteretten. Folk affinder sig lettere med en overøvrighedsresolution end med en retsafgørelse, der går dem imod, selvom denne i sit væsen er en administrativ afgørelse.

D. *Skilsmisse, separation og samlivsophævelse.*

Indtil 1922 havde man ikke lovbestemmelser om forældremyndigheds fordeling ved skilsmisse, separation og samlivsophævelse. Da separation altid og skilsmisse som regel skete ved bevilling, var udgangspunktet som nu, at ægtefællerne selv måtte se at blive enige, før de gik til myndighederne.

Når skilsmisse skete ved dom på grund af ægteskabsbrud, var der fast praksis for, at den skilsmissesøgende efter påstand fik tilkendt forældremyndigheden, og at den anden mistede sin andel. I en meget omtalt afgørelse fra slutningen af det 19 årh om en hustru, som ved separationsoverenskomsten havde fået forældremyndigheden over børnene, og som havde begået ægteskabsbrud i separations-tiden, frakendte landsoverretten hende forældremyndigheden ved skilsmisedommen under fremhævelse af, at »forholdets natur til-siger, at ægteskabets ophævelse i sådanne tilfælde ikke bør medføre

⁸⁾ Personretten s 155.

forandring til skade for den uskyldige ægtefælle i dennes rettigheder med hensyn til de i ægteskabet fødte fælles børn«. Højesteret stadfæstede dommen og henviste til »lovgivningens grundsætninger«, således som disse havde fundet udtryk i en bestemmelse om forældres arveret efter deres børn i tilfælde af ægteskabsbrud.⁹⁾

Denne praksis med, at den skilsmissesøgende fik forældremyndigheden, var i overensstemmelse med Code civil, BGB og ældre dansk praksis og teori, og den blev vistnok indtil ægteskabsreformen fulgt ret mekanisk af administration og domstole både ved skilsmisse på grund af ægteskabsbrud og i de andre lovbestemte skilsmissetilfælde. Synspunktet havde også gyldighed i England. Symptomatisk er følgende udtalelse i en dom fra 1862:

»It will probably have a salutary effect on the interests of public morality, that it should be known that a woman, if found guilty of adultery, will forfeit, as far as this Court is concerned, all right to custody or access to her children.«¹⁰⁾

For en nutidsbetragtning er det påfaldende, at der hverken i ægteskabsordinansen eller DL findes regler om forældremyndigheden ved skilsmisse. Tanken om, at den skilsmissesøgende skulle have børnene, har i det 16 og 17 årh også efter protestantisk opfattelse været så selvfølgelig, at man ikke behøvede at lovfæste den. Skilsmisse efter overenskomst på grundlag af nogen tids separation eller på grund af forholdets ødelæggelse var ukendt, lovregler om separation fandtes ikke, bevilling til separation var en sjældenhed, og private separationsaftaler var forbudt, jfr DL 3-16-16-9 og den tilsvarende bestemmelse i ægteskabsordinansen. Det, der betød noget i tamperretspraksis, var skilsmisse på grund af ægteskabsbrud og desertio malitiosa. Her er det gennemsnitligt rigtigt, at den, fra hvem der søges skilsmisse, ikke er bedre egnet til at opdrage børnene end den skilsmissesøgende, men det, der har motiveret reglen om, at den skilsmissesøgende fik forældremyndigheden, har, som det kan ses endnu af landsoverrettens præmisser i sagen fra slutningen af forrige århundrede, været betragtninger over retfærdighed og skyld. Hvad tamperretterne praktiserede, var nedarvede synspunkter.

⁹⁾ UfR 1899 s 539 H og 1904 B s 60 H.

¹⁰⁾ Rayden s 459. *Handley v Handley* 1891 P 124. I *In re Curtis* fra 1859 havde kanslerretten udtrykkeligt taget afstand fra velfærdssynspunktet. Rev Rep 118 s 844.

Cc art 302 og BGB § 1635.

Hvorledes man efterhånden har arbejdet sig ind i disse forestillinger, er ikke hidtil undersøgt. I sidste instans stammer de fra Justinians novelle nr 117, som omtales både af kanonister og de ældste protestantiske jurister. Her bruges udtrykket *culpa matris*, men reglen var ikke så unuanceret som den praksis, vi aner. Der skulle også tages et vist hensyn til ægtefællens evne til og egnethed til at opdrage børnene.¹¹⁾ Det i novellen antydede velfærdssynspunkt er på et eller andet tidspunkt blevet trængt i baggrunden.

Den vigtigste ændring ved myndighedslovens § 24 er, at hensynet til den skilsmisse- eller separationssøgende er kommet i anden række og »hvad der under særligt hensyn til børnenes tarv *findes billigt*« i første. Ud fra en anden vurdering af domstolenes funktion ved retsdannelsen kunne Højesteret, efterhånden som det blev almindelig erkendt, at der også måtte tages hensyn til børnenes interesser, have drejet praksis i denne retning. Betragtningen om, at den skilsmisse-søgende havde en ret til at få forældremyndigheden, hvilede alene på tradition og praksis, og i dansk ret har man aldrig skabt en teori om præjudikater svarende til den angelsachsiske *stare decisis* lære. Man har i stedet med romanisterne holdt på, at domsafgørelser kun har værdi, forsåvidt de er udtryk for »rigtig« retsanvendelse 3: *non exemplis, sed legibus judicandum est*, Codex 7, 45, 13. Højesteret opgav ikke de nedarvede synspunkter, og der måtte lovændring til. Også i engelsk og tysk ret har man gennemført lovændringer om, at hensynet til børnenes velfærd går forud for hensynet til den skilsmisse- eller separationssøgende.

§ 24 handler om forældremyndighedens fordeling både ved samlivsophævelse, separation og skilsmisse. Synspunkterne er de samme. Tilsyneladende er der den forskel, at ved samlivsophævelse træffes afgørelsen kun efter begæring, medens den *skal* træffes ved separation og skilsmisse. Nogen reel forskel er der ikke, da der ved separation og skilsmisse foreligger en begæring i andragendet. Tages dette tilbage eller hæves retssagen, bortfalder spørgsmålet om fordeling. Overfor underholdsbidragsafgørelser er der derimod den forskel, at domstolene ikke kan henskyde fordelingen af forældre-

¹¹⁾ Nov 117, c 7, der afløste C 5,24s regel om dommerskøn. Se navnlig indskuddet »*nisi pater minus idoneus est*«, som kan fortolkes. Om kanonisk rets stilling se fx Thomas Sanchez: *Disputationum de sancto matrimonii sacramento tomi tres*. 1607, s 886–88, om protestantisk ægteskabsret i det 18 årh's første halvdel se fx Böhmer s 407–17.

myndighed til overøvrighedens afgørelse, hvad de altid kan gøre både med hensyn til afgørelse om underholdsbidragspligten og med hensyn til bidragets størrelse. Dette er reelt velbegrundet. Parter går ofte domsvejen netop for at få en domstolsafgørelse om forældremyndigheden. Endelig er der den forskel, at afgørelsen ved samlivsophævelse altid er en overøvrighedsafgørelse. Ved separation og skilsmisse kan afgørelsen være både administrativ og juridisk.

Hovedsynspunktet i § 24 går ud på, at det er domstolens og administrationens sag at afgøre, hvem der skal have forældremyndigheden, og at spørgsmålet ikke kan afgøres ved en overenskomst mellem ægtefællerne. Sådanne aftaler er i modsætning fx til aftaler om hustrubidrag ved separation og skilsmisse ikke bindende. På den anden side er det dog klart, at der gennemsnitligt ikke er nogen, der bedre end ægtefællerne kan finde frem til en ordning, hvorefter ægteskabets forlis så lidt som muligt går ud over børnene. Hvis deres ønsker stemmer overens og fastholdes, er formodningen for, at deres forslag stemmer med børnenes tarv. Lovens synspunkt er derfor dette, at forældrenes samstemmende og fastholdte ønsker skal lægges til grund for myndighedernes afgørelse, medmindre ordningen åbenbart ville stride mod børnenes tarv. Denne censurbeføjelse benyttes meget sjældent.

Forudsætningen for, at myndighederne i princippet skal respektere ægtefællernes samstemmende ønsker, er, at de fastholdes. Forsvinder enigheden under sagens gang, er myndigheden stillet, som om der aldrig havde været enighed. Men det hindrer ikke, at myndighederne kommer til det resultat, at netop den afgørelse, som ægtefællerne var blevet enige om, var den med børnenes tarv bedst stemmende, og det sker ret tit. Efter det hovedsynspunkt, der ligger bag § 24, opstår der i relation til fordeling af forældremyndighed ikke de ved aftaler sædvanlige problemer om, hvornår aftalen er blevet bindende, og hvilke ugyldighedsgrunde der må anerkendes. § 24 er i modsætning til § 32, 1 punktum, formuleret ud fra den sprogbrug, at ægtefæller kan »ønske« en bestemt løsning, men ikke »aftale« den. Sagt på en anden måde: de almindelige regler om, at aftaler er bindende, finder ikke anvendelse på aftaler mellem ægtefæller om fordeling af forældremyndighed ved samlivsophævelse, separation eller skilsmisse.

Hvis en overøvrighed ikke mener at kunne respektere ægtefællernes ønske om fordelingen, vil der ved afgørelser efter ægteskabs-

lovens §§ 52 og 54, 1 punktum, kunne fremkomme den komplikation, at enigheden om at ville søge separation eller skilsmisse forsvinder. I mange tilfælde er fordelingen af forældremyndighed et hovedpunkt i den aftalte ordning. Da man i almindelighed går ud fra, at ægtefæller her har en *ret* til at få bevillingen, kan man spørge, om myndighedslovens § 24, stk 2, ikke er for bred i sin formulering. Lovmoterne går imidlertid klart ud fra, at censurretten gælder også ved separation eller skilsmisse efter overenskomst. Overøvrigheden kan her som ellers under vilkårsforhandlingen tilkendegive, at den ikke kan tiltræde ønskerne om forældremyndighedens fordeling, fordi den anser forslaget for at være åbenbart i strid med børnenes tarv. Det synes bl a af denne grund rettest at skrinlægge tanken om, at ægtefællerne har et retskrav på separation eller skilsmisse ved bevilling bortset fra reglen i ægteskabslovens § 54, 2 punktum.¹²⁾

Der kan efter indholdet af myndighedslovens § 24 ikke træffes den ordning, at forældremyndigheden uanset skilsmisse eller separation fortsat skal tilkomme ægtefællerne i forening,¹³⁾ og myndighederne kan heller ikke efterkomme et ønske om, at der ikke træffes en afgørelse ved separationen, men at fordelingen henstår indtil den påregnede skilsmisse. En bestemmelse om, at forældremyndigheden over et barn, som er hos moderen, skal gå over til faderen, hvis moderen indgår nyt ægteskab, og en bestemmelse om, at forældremyndigheden indtil barnets skolegang eller konfirmation skal være hos moderen og derefter hos faderen, er af problematisk gyldighed. Efter § 24 er hovedhensynet ved fordelingen »hvad der under særligt hensyn til børnenes tarv findes billigt«. Hvad barnets tarv kræver, hvis moderen indgår nyt ægteskab, er det umuligt at bedømme uden at kende ægtefælle nr 2, og vurderingen heraf må overlades til myndighederne. Heller ikke bestemmelser om automatisk overførelse ved en vis alder er forenelige med § 24.¹⁴⁾

Ret almindelige er ordninger med, at den, der ikke skal have forældremyndigheden, foreløbig beholder barnet hos sig. Er barnet under 2 år, skal det blive hos moderen, indtil det er fyldt 2 år,

¹²⁾ Borum II s 105 og Fam kom I s 259.

¹³⁾ Min Tid 1923 A s 223.

¹⁴⁾ UfR 1925 s 228 H (ændringen med hensyn til de 15 år) og 1933 s 444, hvor der dog også henvises til barnets tarv ved siden af den tvivlsomme bestemmelse om nyt ægteskab. Borum I s 68.

selvom faderen får forældremyndigheden, se dog forbeholdet i § 24, stk 1 in fine. Fra myndighedernes og sagførernes synspunkt kan disse »deponeringsordninger« være hensigtsmæssige, fordi de kan tilvejebringe den enighed, som man helst ser. For indehaveren af forældremyndighed rummer de den risiko, at ægtefællen, når barnet forlanges tilbage, forsøger at få afgørelsen ændret på grundlag af § 32, 2 punktum, under henvisning til »væsentlig forandrede forhold« 3: at barnets tarv nu kræver, at der ikke sker ændring i den faktisk opretholdte tilstand. Heri vil myndighederne ofte give ægtefællen medhold.

I praksis har man ikke afvist at godkende ordninger med, at den ægtefælle, der ikke får del i forældremyndigheden, får medbestemmelsesret fx med hensyn til barnets skolegang, konfirmation og lign, forudsat at aftalerne har en bestemt begrænset karakter og er så letfattede, at det ikke senere med rimelighed kan drages i tvivl, hvad de går ud på.

Undtagelsesvis ser man en strid løst på den måde, at forældrene bliver enige om, at ingen af dem skal have forældremyndigheden, men at den skal overdrages til en slægtning fx en af bedsteforældrene eller bedsteforældrene i forening.¹⁵⁾ Hjemmelen til at godkende ordninger af denne art skal ikke søges i § 24, der alene vedrører fordelingen mellem forældrene, men i den almindelige overførelsesbestemmelse i § 30. I visse tilfælde, hvor det ligger således, at ingen af ægtefællerne i virkeligheden er egnet til at opdrage børn, men hvor der dog ikke er grundlag for fratagelse efter forsorgslovens regler, kunne det være ønskeligt med en hjemmel til tvangsmæssig overførelse til slægtninge, der er villige til at tage sig af barnet, men den findes ikke. Hvad domstole og administration skal tage stilling til under ægteskabssagen, er kun, hvem af ægtefællerne der er bedst egnet til at opdrage børn. Det vil i visse tilfælde sige: hvem der er mindst uegnet.¹⁶⁾

Stemmer forældrenes ønsker om fordelingen af forældremyndigheden ikke overens, må myndighederne selvstændigt træffe afgørel-

¹⁵⁾ Min Tid 1942 s 335.

¹⁶⁾ Højesterets bemærkning i UfR 1926 s 573 »at der herunder sagen kun er spørgsmål om at tilkende enten den ene eller den anden af parterne forældremyndigheden«. Se måske også UfR 1942 s 181, 1947 s 216, 1948 s 162 H. Efter engelsk ret står domstolene friere, Rayden s 457 med noterne g og h. Lignende regel findes i Föräldrabalk Walin s 105.

sen. Hovedhensynet er da »hvad der under særligt hensyn til børnenes *tarv* findes *billigt*«. Er det godtgjort, at den ene af forældrene »væsentlig bærer *skylden* for samlivets ophævelse«, skal den anden, hvis de skønnes lige egnede til at opdrage børnene, være nærmest til at få forældremyndighed.

Henvisningen til billighed og børnenes *tarv* er, som det ses af den følgende sætning, navnlig en henvisning til, hvem der må anses for bedst egnede til at opdrage børnene. Men der ligger andet og mere deri, fx en vurdering af børnenes interesse i at være hos den, der på langt sigt bedst kan sikre deres fremtid gennem karakterdannelse og ved at sætte dem i vej. »Billighed« kræver også en vis hensyntagen til forældrenes følelser for de børn, som de er groet sammen med.

Med henvisningen til »billighed«, børnenes »*tarv*« og forældrenes »*skyld*« fremtræder § 24 som en decideret standardregel. Efter forholdenes beskaffenhed kan man ikke arbejde med mekaniske regler. Ud fra trangen til i retssikkerhedens interesse at skabe skarpe og absolutte regler er der i tidens løb gjort mange forsøg på at danne let håndterlige normer for fordelingen af forældremyndighed, men de er alle mislykkedes. »I am at a loss to conceive how any general rule upon such a subject can be laid down«, siges det i en engelsk overhusdom fra slutningen af forrige århundrede.¹⁷⁾ Hvis der ikke som i Justinians Codex blot henvises til *competens iudex*’ skøn, arbejdes der med standardregler. Den vigtigste bestanddel er henvisningen til børnenes velfærd.¹⁸⁾ I familieretskommissionens betænkning siges det på linje hermed, at der ikke kan gives absolutte og skarpe kriterier.¹⁹⁾

I eet af skilsmissetilfældene kan der ikke opstå noget fordelingsproblem, skilsmisse efter ægteskabslovens § 57 om borteblivelse. Søges der separation efter § 52 eller skilsmisse efter § 54, 1 punktum, skal parterne i princippet selv have fundet løsningen. Kan de kun blive enige om, at de vil separeres eller skilles, men ikke om vilkårene, anerkender man i praksis, at de kan henskyde afgørelsen

¹⁷⁾ Symington v Symington 1875 2 Sc and Div 415 på s 420.

¹⁸⁾ C 5,24 (Diocletian), jfr skønsreglen i ZGB art 156. Guardianship of Infants Act, 1925 § 1 (»the welfare of the infant as the first and paramount consideration«). BGB’s regel er afløst af Ehegesetz § 74, som er på linje med myndighedslovens § 24, jfr Hofman-Stephan s 339f.

¹⁹⁾ Fam kom I s 257–60 (antagelig = Bentzon).

til overøvrigheden, og i så fald må denne træffes ud fra reglen i myndighedslovens § 24.

Søges der skilsmisse efter ægteskabslovens § 55, vil der være gået mindst 4 år efter samlivsophævelsen, og spørgsmålet om forældremyndighedens fordeling har forlængst fundet sin løsning i hvert fald *de facto* og ofte bekræftet ved overøvrighedsresolution efter myndighedslovens § 24, stk. 1. En ændring af denne ordning eller tilstand vil næsten altid være i strid med barnets tarv.²⁰⁾

Ved skilsmisse efter § 54, 2 punktum, gør lignende betragtninger sig gældende. Det vil være undtagelsen, at man foretager en ny fordeling af forældremyndighed, medmindre forældrene er enige herom, eller der foreligger nye oplysninger om livsførelse, der viser, at man ikke fortsat tør betro ægtefællen opdragergerningen. Beslutter overøvrigheden undtagelsesvis en ny fordeling for tiden efter skilsmissen, er kompetencen hertil givet i alle de tilfælde, hvor separationsafgørelsen er truffet med hjemmel i § 52 eller § 65, jfr § 53 c: hvor separationsafgørelsen er en overøvrighedsafgørelse. Skete fordelingen på grundlag af forældrenes samstemmende ønsker, er der i myndighedslovens § 32, 1 punktum, hjemmel til at se bort fra denne ældre »aftale«. Hvis separationen er sket ved dom efter ægteskabslovens § 53, har man derimod i administrationen været i tvivl om, hvorvidt overøvrigheden er kompetent til at fastsætte en ny fordeling.

Man har gjort gældende, at det må være en følge af myndighedslovens § 32, 3 punktum, om ændring af afgørelser om forældremyndighed, at overøvrigheden i § 54, 2 punktum-situationen ikke kan fastslå en anden fordeling end den ved separationsdommen foretagne. Det siges, at »er den tidligere afgørelse truffet ved dom, må begæring om dens *forandring* fremsættes for retten«. Ordlyden synes at afskære øvrigheden fra at fravige den ved en dom foretagne fordeling af forældremyndighed.

Synspunktet kan ikke være rigtigt. Der er hverken, når der efter separation ved dom bevilges skilsmisse af administrationen med hjemmel i § 65 og en af bestemmelserne om umiddelbar skilsmisse, typisk § 59 på grund af ægteskabsbrud begået i separationsperioden, eller når der bevilges skilsmisse i henhold til § 54, 2 punktum, på

²⁰⁾ UfR 1933 s. 533 (ca 5 års samlivsophævelse, hvor børnene havde været hos moderen).

grund af 2½ års separation, tale om forandring af en domstols-afgørelse. Det, der sker, er, at der træffes en helt ny *afgørelse* om skilsmisse, der afløser, men ikke ændrer separationsdommen. Der må sondres skarpt mellem 1) *forandring* for *separationsperioden*, der, når separationen er sket ved dom, kun kan ske ved dom, og 2) *nyfordeling* for tiden *efter en skilsmisse* med hjemmel i § 54, 2 punktum, eller § 65 sammenholdt med bestemmelserne om umiddelbar adgang til skilsmisse.

Problemerne om fordeling af forældremyndighed og om underholdsbidrag til ægtefælle og børn tages ved skilsmissen op til ny overvejelse. Hvad der er fastslået ved dommen – hvad enten den er afsagt af Højesteret eller en underret – er kun ordningen i separationsperioden, og ligesålidt som administrationen er afskåret fra ved skilsmissebevillingen at lave om på ordningen med underholdsbidrag til ægtefælle og børn, er den afskåret fra på grundlag af, hvad der er sket efter dommen, og med henblik på tiden efter skilsmissen at bestemme, at forældremyndigheden over et barn flyttes fra den ene af ægtefællerne til den anden. Man kan heller ikke ræsonnere således, at retsgodet forældremyndighed er så betydningsfuldt, at en overførelse må være et domstolsanliggende. Princippet i myndighedslovens § 32, 2 punktum, går jo netop ud på, at også overøvrigheden kan ændre den ved en skilsmisse år tilbage trufne afgørelse.

Justitsministeriet har allerede forladt den forudsatte fortolkning af § 32, når det drejer sig om skilsmisse efter ægteskabslovens § 65, jfr § 59.²⁴⁾ Det lader sig ikke gøre at fastholde den i relation til § 54, 1 punktum. Her har man hidtil henvist den, der ønsker en ny fordeling af forældremyndighed for tiden efter skilsmissen, til at gå til domstolene, efter at der er givet skilsmissebevilling. Denne *skal* søges ved administrationen. I de fleste tilfælde vil det tilsyneladende intet betyde, om man tillægger administrationen kompetencen. Den vil være mindst lige så forsigtig som domstolene med at lave om på en gennem 2½ år stabiliseret tilstand. Betydningen af en ændring af praksis vil især blive, at man afskærer ansøgere

²⁴⁾ Utrykte skrivelser af 2 feb 1946 og 13 dec 1948, Gaarden I s 37.

Udtalelsen i motiverne, Fam kom II s 111, om at en afgørelse, som er truffet ved dom, ikke bør kunne *ændres* af øvrigheden, er ikke i strid med det i teksten antagne. Kommissionen har ikke været opmærksom på, at der var et problem.

fra håbløse, kostbare og sindsoprivende processer. Det er også en værdi.

Hjemmelen til, at administrationen ved skilsmissebevillinger kan foretage nyfordeling af forældremyndighed, selv om separation er sket ved dom, skal, hvadenten skilsmissen sker efter § 65, jfr § 59, eller § 54, 2 punktum, søges i myndighedslovens § 24, stk 2. § 32, 3 punktum, må fortolkes således, at der kun sigtes til enkeltstående afgørelser om forældremyndighed, men ikke til afgørelser, der er led i en skilsmisseafgørelse. For denne fortolkning taler desuden formuleringen af det forudgående punktum, hvor der tales om »senere« ændring under væsentlig forandrede forhold samt praktiske hensyn. Det er en besynderlig ordning, man har, med at jage folk fra administrationen til domstolene for at få afgørelse om et enkelt punkt i skilsmisseordningen.

Spørgsmålet er blevet mere betydningsfuldt i de senere år, fordi vejen til skilsmisse i stigende omfang går over en separation efter § 53, stk 2. Domstolene har i en enkelt afgørelse²²⁾ fra tiden, før Justitsministeriet ændrede praksis i relation til § 65, jfr § 59, taget stilling til spørgsmålet ud fra myndighedslovens § 32. Hvis administrationen ophører med at henvise til domstolsafgørelse og indlader sig på realitetsundersøgelse ved skilsmisseafgørelsen, må domstolene afvise søgsmål gående ud på en ændring.

Det er imidlertid hverken ved § 52 eller §§ 54, 55 og 57, at man kommer ud for de store processer om fordeling af forældremyndighed. De er udløbere af andre paragraffer, men det er langt fra alle, der fremkalder virkelige fortolkningstvivl. Reglen i myndighedslovens § 24 er nok en standard $\propto$: noget andet end en absolut, mekanisk virkende retsregel, men det er ikke det samme som en skønsregel.²³⁾ Standardreglen giver dommeren og de retsundergivne et »direktiv med på vejen« gennem henvisningen til en målestok, som de er bekendt med og kan have nytte af. I mange tilfælde vil den øvede dommer eller amtmand og den trænede sagfører slet ikke komme i tvivl om, hvad børnenes tarv tilsiger. Een enkelt løsning synes indlysende rigtig. Grunden hertil er bl a, *at de kendsgerninger, der anerkendes som separations- og skilsmissegrunde, ofte tillige må tages som udtryk for manglende evne til at opdrage børn.* Forsåvidt

²²⁾ UfR 1941 s 281 H. Spørgsmålet er også forudsætningsvis berørt i UfR 1951 s 733 H.

²³⁾ Ross s 367.

er der en rigtig kerne i den gamle regel i Code civil om, at den, der begærer skilsmisse (separation), må formodes at skulle have tillagt forældremyndigheden.

Når der fx søges om skilsmisse efter ægteskabslovens § 63, fordi ægtefællen har været sindssyg gennem tre år, kan der, hvis der dømmes til skilsmisse, kun blive tale om at give den skilsmissesøgende børnene.²⁴⁾ Det gælder, selvom den pågældende gennem længere tid har levet fast sammen med en anden end ægtefællen og derfor ud fra visse etiske vurderinger ikke er så »uskyldig«. Myndighederne har ikke andet valg. Fra et praktisk synspunkt gælder det samme ved § 62. Teoretisk kan det tænkes, at den, der idømmes 2 års fængsel, ikke er ukvalificeret til at udøve opdragergerning, men når der i den anledning søges skilsmisse, kan resultatet kun blive, at den skilsmissesøgende får forældremyndighed. En opdragergerning kan ikke udøves fra fængsel. Skilsmisse efter § 61 om mishandling eller forsøg på drab af ægtefælle løser sig også af sig selv, og det samme er tilfældet i den typiske § 58-situation. Endelig kan man også udskille separationssager efter § 53, stk 1, om grov krænkelse af visse ægteskabelige pligter. Den separationssøgende vil som regel få børnene.²⁵⁾

Tilbage som skabende vanskelige situationer for domstole og administration har man herefter kun 1) separation i det i § 53, stk 2, omhandlede Zerrüttungstilfælde, 2) skilsmisse efter § 59, 3) separation efter § 52, hvor parterne har overladt afgørelsen til overøvrigheden og 4) samlivsophævelsestilfældene.²⁶⁾ At denne vurdering er rigtig, fremgår af de i UfR optagne domme.

§ 53, stk 2, afgørelser er ret uensartede strækkende sig fra situationer, der ville falde ind under § 59, om beviset ikke glippede, til tilfælde af odium implacabile uden påviselig årsag. I nyere praksis er der en tydelig tendens til at undgå at komme ind på overvejelser om »skyld«. Det, myndighederne interesserer sig for at få klart belyst, er, om ægtefællerne er »lige egnede til at opdrage børnene«. I skønnet herover indgår en række faktorer, der virker samlet, men kan udskilles ved analyse. Med hvilken vægt de indgår i rets-

²⁴⁾ Den i dommen UfR 1931 s 816 refererede underrettsdom. – Støylen er s 106 inde på et noget lignende hovedsynspunkt som teksten.

²⁵⁾ UfR 1924 s 153.

²⁶⁾ Skilsmisse efter § 60 sluges af § 59. Der er ingen afgørelser om fordeling ved desertio i UfR, hvilket tyder på, at problemer afgøres ved resolution efter § 24, stk 1.

afgørelsen, lader sig ikke altid vurdere. Det kan være ret tilfældigt, hvad dommere fremhæver til rationalisering af deres under afhøringen af ægtefæller og vidner dannede anskuelse om, hvad der vil være den rigtige og retfærdige løsning.

De faktorer, som man navnlig kan fremhæve, er:

1. Forældrenes muligheder for hver for sig at skaffe barnet et virkeligt hjem.²⁷⁾
2. Forældrenes alder. Er der stor forskel, har den yngre i visse situationer et fortrin. En meget gammel fader vil man alt andet lige ikke give forældremyndigheden fremfor en meget yngre moder, medmindre barnet er ret gammelt.²⁸⁾
3. Vandel og psykisk balance. Er den ene meget »let på tråden«, den anden forholdsvis stabil, vil den sidste have fortrin.²⁹⁾ Men under visse omstændigheder kræves der ikke så lidt til at diskvalificere.³⁰⁾

Den psykisk påfaldende får ikke ofte forældremyndighed. Herfra må man holde ude tilfælde, hvor neurose og måske endog en psykogen psykose er forårsaget af de omstændigheder, som ødelagde ægteskabet, og hvor tilstanden derefter er ophørt eller stærkt bedret.³¹⁾

4. Mulighederne for og viljen til at hjælpe barnet ind i et erhverv eller fag fx gennem overtagelse af gård eller husmandsbrug.
5. Barnets alder og køn. Moderen får som regel forældremyndigheden over børn under en vis alder,³²⁾ selvom hun ikke har en *forret*, end ikke til forældremyndighed over børn under 2 år. Bortset fra de meget små børn har faderen et vist fortrin med hensyn til drenge,³³⁾ moderen en noget stærkere stilling med hensyn til piger.³⁴⁾
6. Barnets sundhedstilstand. Kræver et barn særlig pleje og pas-

²⁷⁾ UFR 1934 s 466 H (faderen matros), 1950 s 201 H, 509 H. HRT 1950 s 338.

²⁸⁾ UFR 1935 s 244 H (fader 73, datter 12½) og 1947 s 495 H (fader 62, moder 35).

²⁹⁾ UFR 1925 s 228 H, 1941 s 727 H, 1945 s 748 H.

³⁰⁾ UFR 1932 s 744 H og 769 H, 1934 s 466 H, 1939 s 791 H, 1940 s 95 H, 1950 s 201 H, 509 H, 639 H.

³¹⁾ UFR 1932 s 744 H, 1938 s 291 H (7-2), 1940 s 82 H, 1944 s 1156 H, 1949 s 857 H. HRT 1951 s 749 (6-3).

³²⁾ Cfr dog UFR 1941 s 727 H (3½-årig pige til fader) og 1945 s 748 (4½-årig dreng).

³³⁾ UFR 1948 s 162 H. HRT 1950 s 338, 758 (6-3). »En vanskelig gutt som trenger en fast hand og som tyranniserer en bløthjertet mor, har bedre av å være hos faren enn hos mora,« Støylen s 103, jfr i det hele s 100-111 om norsk praksis.

³⁴⁾ UFR 1944 s 1156 H, 1950 s 201 H.

ning på grund af fysiske eller psykiske skavanker, har moderen et fortrin.³⁵⁾

Fordeelingen af forældremyndighed kan som regel ske alene ved en afvejelse af disse hensyn, og det er især i nyere domme en undtagelse, at man i § 53, stk 2, tilfælde finder betragtninger over, om *sagsøgte* »væsentlig bærer skylden for samlivets ophævelse«. ³⁶⁾ Ganske bortset fra de retsfilosofiske vanskeligheder er det ofte praktisk umuligt for domstole at danne sig et skøn over de dybereliggende årsager til et ægteskabs forlis.³⁷⁾ De falder derfor tilbage på reglen om, at det skal være *godtgjort*, at den ene væsentlig bærer skylden, og ser bort fra diskussionen om skylden. Beror uoverensstemmelsen hovedsagelig på *sagsøgerens* forhold, kan der efter separations-reglens indhold ikke gives dom til separation.

Fører overvejelserne til, at ægtefællerne må anses for lige egnede eller lige lidt egnede til at opdrage børnene, og er der flere, må der undertiden skæres igennem med en deling,³⁸⁾ hvis ikke en af ægtefællerne giver efter. Her spiller igen børnenes alder og køn ind. Den norske lov om forældre og ægtebørn har ved reglen om, at børnenes tarv er hovedhensynet, følgende tilføjelse: »De bør derfor, især når de er små, som regel følge moderen, såfremt hun ikke er uskikket til at opdrage dem.« Denne legale formodning, som er blevet kritiseret i norsk teori og praksis,³⁹⁾ kan ikke anerkendes i dansk ret, men ud fra de anførte hensyn vil moderen faktisk ofte have fortrin for faderen.

Når et barn er så stort, at det selv kan danne sig et fornuftigt skøn over, hvad der tjener dets tarv, og det må antages, at det ikke udtaler sig under psykisk pres fra den ene af forældrene,⁴⁰⁾ kan det være rimeligt at se hen til dets egen vurdering. En sådan

³⁵⁾ UfR 1939 s 791 H (7-årig dreng, der stammede) og HRT 1949 s 164 (noget særpræget dreng med hareskår).

³⁶⁾ UfR 1925 s 228 H (underretsdommen), 1926 s 927 H, 1939 s 791 H, 1940 s 95 H, HRT 1951 s 336.

³⁷⁾ UfR 1932 s 769 H, 1934 s 466 H. Jfr Illum i UfR 1932 B s 265f Skyld og skilsmisse.

³⁸⁾ UfR 1926 s 927 H, 1940 s 95 H, 1943 s 1161 H, 1944 s 804 H (5-4), 1950 s 509 H, HRT 1951 s 336.

³⁹⁾ Arnholm s 43-44 med note 19, NRt 1944 s 454 H. Lov nr 6 af 10 april 1915 § 3, stk 2.

⁴⁰⁾ Eller måske begge, NRt 1943 s 43 H, der viser, hvor forsigtig man skal være med at vurdere ud fra breve. Men cfr UfR 1935 s 244 H, hvor barnet havde betroet sig til sin lærerinde.

regel anerkender man i fremmed ret,⁴¹⁾ og den følges også i dansk praksis, omend med en vis forsigtighed. Synspunktet må ikke overbetones. Grænsen nedad ligger ikke fast, men afhænger af barnets udvikling og vil typisk ligge ved 14–15 år.⁴²⁾ Hvis man antager, at fogeden bør og kan nægte bistand til at gennemføre en indsættelsesforretning overfor et barn over denne alder, såfremt det selv bestemt modsætter sig at være hos indehaveren af forældremyndighed, er dette en yderligere grund til at tage hensyn til barnets ønsker under selve separations- eller skilsmisssagen.

Ved afgørelser efter § 59 går man i princippet frem på samme måde som efter § 53, stk 2. Efter skilsmissegrundens art vil oplysninger om vandel ofte blive afgørende for fordelingen. Den ægtefælle, der har afsløret om ikke promiscuitet så dog en vis løshed i seksuelle forhold, får ikke let tillagt forældremyndighed.⁴³⁾

Anser domstolen begge for lige egnede til at opdrage børnene, vil den skilsmisssøgende i overensstemmelse med reglen i myndighedslovens § 24, stk 1, få forældremyndighed i alle de tilfælde, hvor det kan anses for godtgjort, at den anden væsentlig bærer skylden for samlivets ophævelse.⁴⁴⁾ Var forholdet mellem ægtefællerne allerede før ægteskabsbruddet ødelagt på en sådan måde, at genoprettelse måtte anses for praktisk udelukket – hertil må der kræves meget –, kan der for en juridisk vurdering ikke siges at foreligge skyld i samlivets ophævelse.⁴⁵⁾ Synspunktet får størst betydning ved ægteskabsbrud efter samlivsophævelse eller separation.

⁴¹⁾ I engelsk ret regner man med, at piger over 16 og drenge måske allerede fra en alder af 14 selv bestemmer, hos hvem de vil være. Efter Ehegesetz § 74 skal børn i visse tilfælde spørges. Se iøvrigt ovenfor s 161–63 om plejebørn.

⁴²⁾ Borum I s 68–69. Der er intet præjudikat. UfR 1935 s 244 H med 12½-årig piges bestemte ønske om at blive hos 73-årig fader viser intet om det almindelige princip. UfR 1926 s 348 er en § 32-sag, der kun viser, at det påstodes, at en 12-årig dreng helst ville være hos faderen. I den Gaarden I s 31 citerede justitsministerielle resol fra 1948 om forældremyndigheden over et 13-årigt barn, hvis fraskilte fader døde, toges der hensyn til, at barnet ønskede at være hos sin stedmoder og ikke hos sin moder.

⁴³⁾ De to dissenterende dommers karakteristisk af moderen i UfR 1948 s 1123 H. Flertallets stilling er påvirket af, at faderen havde fået stilling i USA. Valget stod mellem barnets moder og hans moder. Se endvidere UfR 1933 s 444 H.

⁴⁴⁾ Ledende dom stadig Højesterets dom i Raffenberg-sagen UfR 1927 s 621. Se endvidere UfR 1944 s 922, 1947 s 475 H, HRT 1951 s 88. Af en vis interesse også HRT 1950 s 758 (6–3).

⁴⁵⁾ HRT 1950 s 921, 1951 s 611. Den ægteskabsbrydende mand fik for-

Fører hverken betragtninger over børnenes tarv eller skylden til en løsning, må domstolene træffe afgørelse efter billighed, hvilket som regel vil betyde deling, hvis der er flere børn, og afgørelse efter alder og køn, når der kun er et.⁴⁶⁾

Ægtebørn, som fødes efter skilsmisse eller separation, er undergivet moderens forældremyndighed, sålænge der ikke efter derom fremsat begæring fra faderen foreligger afgørelse for, at forældremyndigheden skal overføres til ham.⁴⁷⁾ Indgår fraskilte ægtefæller igen ægteskab med hinanden, må forældremyndigheden over deres fælles børn under 18 år efter reglen i myndighedslovens § 21 påny tilkomme dem i forening, selvom de i den mellemliggende tid har været i andet ægteskab.

Afgørelse om fordeling af forældremyndighed ved samlivsophævelse foretages af overøvrigheden efter de samme synspunkter som ved skilsmisse eller separation. Det er ikke uden betænkninger, at kompetencen er henlagt til administrative myndigheder. Den, der vil anlægge sag ved domstolene, kan forsøge at opnå en resolution efter § 24, stk 1, for at have en gunstig stilling under proceduren. Er sag anlagt, vil administrationen nægte at træffe afgørelse. Den må også være beføjet til at nægte at træffe afgørelse i de tilfælde, hvor det er åbenbart, at anmodningen er en prøveballon, og kan i de tilfælde, hvor der er foreskrevet frister for sagsanlæg, ved at træne sagen sikre sig imod misbrug fra sagførers side.

På den anden side kan den skilsmisse- eller separationssøgende komme i en vanskelig situation derved, at der ikke gives et fore-

ældremyndighed over dreng på henholdsvis 7 og 8 år. I første tilfælde forelå der desertio non localis fra hustrus side, i det andet tilfælde psykogen psykose fra hustrus side og sovemiddelmisbrug, begge dele antagelig med tilknytning til ægteskabets forlis.

⁴⁶⁾ HRT 1950 s 717. I UfR 1942 s 181 gav landsretten under dissens ægteskabsbrydende hustru med fire børn udenfor ægteskab to piger på 4 og 7 år, vel navnlig, fordi mandens erhvervsforhold var ustabile, og han var ude af stand til at give børnene et hjem. Se også UfR 1950 s 639 H. I UfR 1949 s 801 H tillagde Højesteret det betydning, at barnet størstedelen af tiden efter samlivets ophævelse havde opholdt sig hos den ægteskabsbrydende hustru.

⁴⁷⁾ Min Tid 1923 A s 268. I en afgørelse fra 1936 gav Justitsministeriet bevillingen en påtegning om forældremyndighed og bidragspligt.

⁴⁸⁾ UfR 1925 s 991, 1931 s 641 Højesterets kæremsudsvalgs kendelse med note.

løbige retsmiddel til at få en afgørelse om fordeling af forældremyndighed. Dette kan der være trang til at have dels i den situation, hvor det er givet, hvem der vil få forældremyndighed ved den endelige afgørelse, men den anden har barnet hos sig, dels i de ret hyppige tilfælde, hvor en af forældrene har lokket barnet til sig fra den anden. Fogeden vil her nægte sin medvirkning til genoprettelse af den tidligere tilstand og henvise til afgørelse efter § 24, stk 1, men hans bistand kan dog påkalde, hvis der er grund til at tro, at den af forældrene, der har barnet hos sig, vil lægge hindringer i vejen for gennemførelse af den afgørelse, der til sin tid vil blive truffet i skilsmisse- eller separationssagen fx ved at rejse til udlandet med barnet. Administrationen vil afvise at blande sig i sagen med henvisning til, at den er indbragt for domstolene.⁴⁹⁾

E. Indehaverens død efter at have fået tillagt forældremyndighed efter § 24.

Når indehaveren dør kort efter, at der er truffet afgørelse efter § 24, vil det som regel være naturligt, at den efterlevende af ægtefællerne får tillagt forældremyndighed.

Er der gået længere tid, vil forholdet kunne være mere kompliceret. Hvis fx en moder efter skilsmisse er flyttet hjem til sine forældre sammen med børnene, eller hvis hun er flyttet sammen med en anden slægtning for at styre hus, vil børnenes interesser undertiden være bedre varetaget ved, at de efter moderens død opdrages af vedkommende slægtning fremfor af en fader, som siden skilsmissen ikke har interesseret sig synderligt for dem. Situationen kan være den samme, hvis faderen dør efter at have fået tillagt forældremyndighed. Endelig er der de mange tilfælde, hvor indehaveren har indgået nyt ægteskab, og børnene fra det tidligere ægteskab opdrages i det nye.

Ud fra sådanne overvejelser har man ikke ved myndighedsloven anerkendt den efterlevende af forældrenes *ret* til at overtage forældremyndigheden. Efter § 26 kan han efter begæring få den tillagt af overøvrigheden, »medmindre barnets tarv tilsiger andet«. Han har en ret stor chance for at få forældremyndighed tillagt, men hans position kan kun karakteriseres som en betinget fortrinsret, og

⁴⁹⁾ Gaarden I s 24.

hvis skilsmisse- eller separationssagen har dokumenteret manglende opdragerevner, har han heller ingen chance. Ved afgørelser efter § 26 er overøvrigheden ikke bundet af mulige aftaler mellem forældrene, § 32, 1 punktum.

Det sker ikke så sjældent, at myndighederne foretrækker at lade forældremyndighed overgå til indehaverens slægtning eller ægtefælle nr 2.⁵⁰⁾ I et enkelt tilfælde har man endog foretrukket at lade moderens samlever fremfor faderen få forældremyndighed over tre ægtebørn.

Overøvrighedens kompetence til at træffe afgørelse er uafhængig af, om afgørelsen i skilsmisse- eller separationssagen er sket ved dom eller bevilling.

Når den efterlevende forbigås, ordnes sagen i praksis ved en resolution om, at vedkommende slægtning får tillagt forældremyndighed. I § 26 er der ikke nogen hjemmel hertil. Den handler tydeligt nok kun om den efterlevende ægtefælles chance for at få tillagt forældremyndighed. Hjemmelen findes heller ikke i andre bestemmelser i myndighedslovens kapitel 3. § 30 forudsætter en af indehaveren indgået aftale. § 31 har alene den situation for øje, hvor indehaveren af forældremyndighed lever. Reglerne er ikke affattet med henblik på situationen, men da man ved lovenes givelse har forudsat,⁵¹⁾ at der kan være tale om at forbigå den efterlevende af forældrene, er spørgsmålet kun, hvor man skal søge hjemmelen.

Den med myndighedsloven bedst stemmende løsning synes at være, at man beskikker vedkommende til at være værge i kraft af myndighedslovens almindelige regel om beskikkelse af fast værge for mindreårige, der ikke længere har nogen født værge. Hjemmelen til at udøve forældremyndighed må da søges i en analogi fra § 25, stk 2.⁵²⁾ I anmodningen om at blive beskikket til fast værge må man i dette tilfælde indlægge en indforståelse med overtagelse af for-sørgelsespligt for barnet. Konsekvenserne af denne løsning bliver, at man ikke med administrativ praksis⁵³⁾ kan tillægge fx faderens forældre i forening forældremyndighed. Endelig må man vel antage, at der i dette tilfælde i en analogi fra myndighedslovens § 32 er hjemmel til at ændre afgørelsen om værgemålet.

⁵⁰⁾ Min Tid 1944 s 200, jfr Gaarden I s 31.

⁵¹⁾ Fam kom I s 107-10.

⁵²⁾ Gaarden I s 30.

⁵³⁾ Fx Min Tid 1944 s 200. Anderledes ved myndighedslovens § 30.

IV. *Varig overdragelse af forældremyndighed.*

Efter myndighedslovens § 30 må der ved en bedømmelse af gyldigheden af aftaler om overførelse af forældremyndighed sondres mellem overførelse til private, hvor gyldigheden er afhængig af overøvrighedens godkendelse, og overførelse til en offentlig myndighed eller en offentlig anerkendt børneforsorgsforening.

En overdragelse til en *offentlig myndighed* som Københavns Magistrat,⁵⁴⁾ et børneværnsudvalg, en mødrehjælpsinstitution, en åndssvageanstalt, eller til en *offentlig anerkendt*⁵⁵⁾ *børneforsorgsforening* fx en plejehjemsforening er i princippet gyldig. Når en børneforsorgsforenings hele virksomhed er godkendt, ville det være omsvøb yderligere at kræve en speciel godkendelse af hver enkelt overdragelsesaftale.

Om en med disse myndigheder indgået overdragelsesaftale i visse tilfælde kan erklæres for ugyldig, må afgøres uafhængigt af § 30. De i aftaleloven indeholdte og de ud fra friere overvejelser opstillede regler om formueretlige aftalers ugyldighed lader sig ikke overføre på aftaler om forældremyndighed. De ville fx føre til, at en gift forladt moder, der har fået tillagt forældremyndighed efter § 24, stk 1, ikke kan anfægte en overdragelseserklæring til en plejehjemsforening, selvom det godtgøres, at erklæringen er aftvunget hende af hendes fader, når plejehjemsforeningens ledelse har været uvidende herom. Ud fra friere overvejelser må der anerkendes en videregående adgang til at statuere ugyldighed end fastsat eller forudsat ved reglerne i aftalelovens §§ 29–33. Navnlig vil udnyttelsessynspunktet finde en bredere anvendelse. Har overdragelsen fundet sted på et tidspunkt, hvor moderens vurdering af mulighederne for at beholde barnet har været påvirket af fødslen og de deraf opståede komplikationer, kan den ikke anses for forbindende, hvis hun umiddelbart derefter anfægter den.

Større praktisk betydning har det, at man ud fra forudsætnings-synspunktet må anerkende, at overdragelsen til offentlig myndighed eller godkendt børneforsorgsforening er uforbindende, hvis det kan godtgøres, at udøveren af forældremyndighed ikke behandler barnet godt, men åbenbart forsømmer det fx ved at give det utilstrækkelig

⁵⁴⁾ Praksis vedr Det kongelige Opfostringshus se referatet i UfR 1951 s 733 H.

⁵⁵⁾ Forsorgslovens § 166. Holger Horsten: Børneforsorgen i Danmark, 2 udg 1953, s 26–33. Senere er Katolske Menighedsplejer blevet anerkendt.

kost eller dårlig påklædning, eller at han udnytter dets arbejdskraft eller overskrider revselsesrettens grænser. En regel af dette indhold gjaldt før myndighedsloven ved alle overdragelser af forældremyndighed »formedelst den forbindelse, hvori fædrenemagten står med en hellig pligt«,⁵⁶⁾ og må stadig kunne opstilles på det område, hvor aftalernes gyldighed er udgangspunktet 3: overdragelser til offentlige myndigheder eller godkendte børneforsorgsforeninger.

Ved overdragelser til *private* har man i § 30 opgivet det tidligere udgangspunkt med aftalens principielle gyldighed og gjort overøvrighedens godkendelse til gyldighedsbetingelse.

Overdragelsesaftaler er almindelige i plejebarnsforholdet og kan være indledningen til en adoption. Da plejeforældre hyppigt ikke er klar over, at gyldigheden er afhængig af overøvrighedens resolution, kommer man i praksis af og til ud for problemet, om der på et tidspunkt, hvor de naturlige forældre erklærer, at de ikke vil vedstå aftalen, kan gives godkendelse. Spørgsmålet er ikke så brændende ved børn udenfor ægteskab, hvor der via reglerne i forsorgslovens § 114, stk 2, gennem forbud fra børneværnsudvalget mod barnets fjernelse fra et godt plejehjem kan gives barnet – ikke plejeforældrene – beskyttelse imod, at moderen forringer de vilkår, hvorunder det opdrages.

Spørgsmålet må besvares bekræftende på samme måde som spørgsmålet, om der kan gives adoptionsbevilling på grundlag af et gyldigt, men tilbagekaldt samtykke. Det kræver hensynet til barnets velfærd. Men den, der forsømmer at sørge for overdragelsens godkendelse, løber den risiko, at administrationen nu nægter at godkende overdragelsesaftalen ud fra betragtninger over, at det gennemsnitligt er i et ægtebarns interesse, at det opdrages af sine naturlige forældre.⁵⁷⁾

Selv om overdragelsen til plejeforældre er godkendt, er der efter § 30 en teoretisk mulighed for, at overøvrigheden på et senere

⁵⁶⁾ Se allerede Ørsted s 266. Når både Bentzon, 1916, s 440–41, og Fam kom IV s 48–50 går ud fra, at domstolene før myndighedsloven anerkendte kontraktsfrihedens princip ved overdragelse af forældremyndighed, er fremstillingen noget fortegnet. Domstolene synes blot at have fulgt Ørstedes lære, at aftalerne i princippet er gyldige og ikke frit genkaldelige, se UfR 1899 s 546 H og 1915 s 271 H. I begge tilfælde var der god grund til ikke at se bort fra den indgåede aftale.

⁵⁷⁾ Dette ses af de i dommene i UfR 1932 s 406 og 1933 s 1110 refererede justitsministerielle afgørelser.

tidspunkt efter forældrenes begæring tilsidesætter sin egen resolution og den tilgrundliggende aftale, fx fordi det er godtgjort, at plejeforældrene ikke behandler barnet godt, eller at forældrene har indgået aftalen tvunget af ydre begivenheders tryk. Som reglen er formuleret, er der endog mulighed for, at overøvrigheden ophæver godkendelsen udelukkende af hensyn til de naturlige forældres interesse i at få barnet tilbage og uden hensyn til, at plejeforældrene nu betragter barnet som deres, jfr »afgørende omstændigheder, særlig hensynet til barnets tarv«. De, der vil være sikre på at få lov til at beholde et barn, bør derfor adoptere det.

I praksis vil man være overordentlig tilbageholdende med at anvende ophævelsesbeføjelsen, hvis der ikke foreligger tilslutning fra indehaveren af forældremyndighed. Det er et spørgsmål, om den overhovedet har været brugt.

Såvel ved overdragelse til offentlig myndighed og godkendt børneforsorgsforening som ved overdragelse til private må overdragelsesaftalen være indgået med rette indehaver af forældremyndigheden. Det er ikke i myndighedslovens § 30 som i adoptionslovens § 6 blevet udtrykkeligt foreskrevet, at der ved overdragelse af et barn af forældre, der er skilt eller separeret eller har ophævet samlivet og fået godkendt fordeling af forældremyndighed, skal indhentes erklæring også fra den, der ikke er indehaver af forældremyndighed. Men en sådan regel må opstilles ud fra friere overvejelser. Ellers vil bestemmelsen i myndighedslovens § 26, stk 2, om den fraskilte m v's adgang til til sin tid at få forældremyndighed tillagt og bestemmelsen i § 32 om ændring af afgørelser i visse tilfælde i denne relation være gjort praktisk betydningsløse.

Højesteret har i en dom for nogle år siden vedrørende Det kongelige Opfostringshus fastslået, at der skal indhentes erklæring. Fra faderen til et barn udenfor ægteskab, der også skal høres ved adoption, og som efter § 28, stk 2, har adgang til efter moderens død at få forældremyndighed tillagt, må der ligeledes indhentes erklæring over et andragende om godkendelse, men derimod næppe fra en bidragspligtig.

I modsætning til landsretten fastslog Højesteret i opfostringshus-sagen, at gyldigheden af overøvrighedens resolution om overdragelse ikke er afhængig af, at der er indhentet erklæring fra den af forældrene, der ikke har del i forældremyndigheden. Den beskyttelse, der gives, vil som følge heraf ikke være særlig effektiv, men kommer

ved siden af mulighederne for ansvar især til at bestå i 1) muligheden for at få overøvrigheden til at redressere fejlen ved benyttelse af ophævelsesadgangen i § 30, stk 1 in fine, og 2) muligheden for at anvende § 32, 3 punktum. Dette sidste kan kun ske, såfremt afgørelsen om forældremyndighed i skilsmisessagen er sket ved dom, eller der er tale om overdragelse på grundlag af en separationsdom, der ikke er efterfulgt af en skilsmissebevilling.⁵⁸⁾

Efter placering og forhistorie og indholdet af § 32, 1 punktum, synes § 30 nærmest at sigte til forældres overdragelse af forældremyndighed til fremmede. I praksis sker det ret ofte, at fraskilte eller fraseparerede bliver enige om at overføre forældremyndighed over et barn fra den ene til den anden, fx fordi faderen, som har fået tillagt forældremyndighed på grund af hustruens ægteskabsbrud, opdager, at han ikke magter at opdrage barnet.

Er forældremyndighedens fordeling sket ved overøvrighedsresolution, vil der i så fald i § 32, 2 punktum, som regel være hjemmel til at ændre afgørelsen uden aftale mellem forældrene. A fortiori kan ændring ske på grundlag af en aftale. Er fordelingen sket ved skilsmisse- eller separationsdom, har overøvrigheden ikke i § 32, 2 eller 3 punktum hjemmel til at godkende aftalen, men da § 30's ordlyd ikke udelukker, at man fører også aftaler mellem fraskilte eller fraseparerede ind under reglen, har man i administrativ praksis stedse antaget, at også en omfordeling mellem ægtefæller kan finde sted i henhold til en af overøvrigheden godkendt aftale, selvom den tilgrundliggende afgørelse er truffet ved dom.⁵⁹⁾ Det ville være en meget upraktisk ordning, om man i sådanne tilfælde skulle anlægge retssag. Hvad der navnlig sigtes til ved reglen i § 32, 3 punktum, er ændring mod en ægtefælles protest.

§ 30 har et særligt anvendelsesområde ved adoption. Dør en adoptivmoder, kan det være nærliggende, om de naturlige forældre på ny tager sig af barnets opdragelse, hvis der foreligger familieadoption. Tilbageførelse af forældremyndighed i henhold til en efter

⁵⁸⁾ UfR 1951 s 733 H. Ægteskabet var opløst ved bevilling, og Højesteret går ud fra Justitsministeriets urigtige endnu ikke ændrede praksis vedr § 32, 3 punktum, om at manden kan forsøge angreb på grundlag af denne bestemmelse.

Når der i landsrettens dom henvises til ægteskabslovens § 7, overses det, at den fraskilte fader kun skal samtykke, hvis han har forældremyndigheden.

⁵⁹⁾ Min Tid 1923 s 270 og 1942 s 610 og fx Justitsministeriets utrykte skr af 23 marts 1954. Forhistorien se Fam kom IV s 49.

§ 30 godkendt aftale virker da som et surrogat for en ophævelse af adoptionen.⁶⁰⁾

Når den, til hvem forældremyndigheden er overført, dør, falder den ikke uden videre tilbage til de naturlige forældre. Forholdene vil ofte have ændret sig, så at denne løsning ikke er den nærmestliggende. Det er ved § 30, stk 2, overladt til overøvrigheden at træffe afgørelse om, hvem der skal have forældremyndigheden overdraget.

Er forældremyndighed overført til plejeforældre i forening, må der om dens udøvelse gælde samme regler som om ægtefællers udøvelse af forældremyndighed over deres ægtebørn. Er den ene midlertidig forhindret, må der gås frem i overensstemmelse med § 22, fratagesreglen i § 23 er anvendelig, og ved plejeforældrenes samlivsophævelse, separation og skilsmisse må der træffes bestemmelse efter § 24 ganske som ved adoption. Den omstændighed, at plejeforældre bliver skilt eller separeret, kan ikke uden videre have til følge, at forældremyndigheden falder tilbage til de naturlige forældre.⁶¹⁾

Skilsmisse eller separation vil imidlertid kunne foranledige, at der træffes en efter § 30 godkendt tilbageførelsesaftale, og der er også efter § 30, stk 1, en formel mulighed for, at overøvrigheden uden tilslutning fra plejeforældrene kan annullere den i sin tid godkendte overførelsesaftale, når det sker, inden der er truffet fordelingsbestemmelse ved skilsmisse- eller separationsdom. Efter dette tidspunkt synes § 32, 3 punktum, at afskære overøvrigheden fra at benytte beføjelsen efter § 30, stk 1.

V. Midlertidig overdragelse af forældremyndighed.

Når den ene af samlevende ægtefæller er forhindret i at udøve forældremyndighed, er der i §§ 22-23 hjemmel til, at den anden alene udøver forældremyndighed eller beskikkes til at udøve forældremyndighed. Reglen i § 31 omhandler tilfælde, hvor der kun er een indehaver, og hvor han ved fraværelse, sygdom eller af anden grund bliver forhindret i at udøve forældremyndighed : den, der ved skilsmisse, separation eller samlivsophævelse har fået tillagt forældremyndighed, moderen til et barn udenfor ægteskab og den

⁶⁰⁾ Min Tid 1943 s 102.

⁶¹⁾ Vestre Landsrets ikke nærmere begrundede dom i UfR 1926 s 968 kan ikke anses for rigtig.

enkeltperson, der har forældremyndighed i henhold til en efter § 30 godkendt overdragelse.

Medens overøvrigheden efter § 30 kun kan godkende en overdragelsesaftale, kan den afgive resolution efter § 31 uden tilslutning fra indehaveren. Det, der sker, er, at forældremyndighed midlertidigt overdrages til en anden, eller, som man også kan udtrykke det, at en anden midlertidigt beskikkes til at udøve forældremyndighed.

Bliver en fraskilt mv, der har fået tillagt forældremyndighed, ved sindssygdom eller bortrejse forhindret i at udøve den, kan man i henhold til § 31 midlertidigt beskikke den anden fremfor at anvende § 32 til at gennemføre en varig ændring.⁶²⁾

VI. *Omgørelse af afgørelser om forældremyndighed.*

Efter formuleringen af § 32, 2 og 3 punktum, kunne man tro, at det er forholdsvis let at få omgjort en afgørelse efter § 24 om fordeling af forældremyndighed ved skilsmisse, separation eller samlivsophævelse. Der kræves blot »væsentlig forandrede forhold«. Både administration og domstole fortolker imidlertid bestemmelserne således, at det er overmåde svært at få ændret en endelig afgørelse.

Denne praksis er velbegrundet. Hensynet til barnet kræver, at det får lov til at vokse op i ro, og at det ikke gøres til katebald mellem stridende forældre. Når der er gået et stykke tid, skal der stærke grunde til at omgøre afgørelsen. Det er ikke nok, at der nu kan oplyses forhold, som måske ville have ført til en anden fordeling, om de havde været klarlagt under den oprindelige sag. Det må dokumenteres, at hensynet til barnets tarv gør det påkrævet at ændre den tidligere fordeling.⁶³⁾

Hvad der herefter kommer i betragtning, bliver især, at det fx gennem straffedom godtgøres, at indehaveren har vist sig uegnet til at opdrage barnet, eller at det bevises, at han forsømmer barnet eller er ude af stand til at sørge for det på betryggende måde.⁶⁴⁾

I de tilfælde, hvor »den tidligere afgørelse« er truffet ved dom, må begæring om dens »forandring« fremsættes for retten. Herved

⁶²⁾ Min Tid 1927 A s 27.

⁶³⁾ Ledende domme er UfR 1925 s 270 H (ægteskabsbrud senere bevist) og 1931 s 816 (manio-depressiv blev rask). Men cfr dissensen i 1941 s 281 H (6-3).

§ 32-sager er underrettssager, UfR 1925 s 270 H.

⁶⁴⁾ UfR 1953 s 901 VLD, men cfr 1926 s 348 H og 1941 s 281 H (6-3), hvor bevis ikke ansås ført.

sigtes der til domme efter § 24, stk 2. Det afgørende er, om den skilsmisse eller separation, hvis vilkår om forældremyndighed der er tale om at ændre, er sket ved dom eller ved bevilling. Ændring i fordelingen i en skilsmissebevilling efter § 65 eller § 54, der har afløst en separationsdom efter § 53, kan foretages af administrationen under den i 2 punktum anførte betingelse og ikke af domstolene.

I § 32, 1 punktum, fastsættes det, at overøvrigheden ved en række afgørelser bl a efter § 24 *ikke* er bundet ved mulige »aftaler« mellem forældre. Men da det i § 24 er bestemt, at der skal tages hensyn til ægtefællernes samstemmende ønsker, medmindre de åbenbart strider mod barnets tarv, må der i § 32 være sigtet til noget andet. Da det stemmer med friere overvejelser, at man ikke kan tage nogetsomhelst hensyn til, hvad forældre *tidligere* har været enige om, men nu er blevet uenige om med hensyn til fordeling af forældremyndighed, kan man give »aftaler« den mening, at der sigtes til ældre aftaler, der ikke vedstås. Dem står overøvrigheden helt frit overfor. Hvad ægtefællerne blev enige om under separationssagen, er irrelevant under skilsmissesagen. Det samme må gælde for domstolene, skønt det ikke er sagt udtrykkeligt i § 32. Spørgsmålet kan komme frem fx, når en separation efter § 52 er bortfaldet ved samlivets genoptagelse, og der så senere anlægges skilsmissesag efter § 59. Ægtefællernes tidligere enighed om fordelingen er kun et ved domstolenes eller overøvrighedens afgørelser relevant faktum.

VII. *Fratagelse og forsorgsovertagelse.*

Når forebyggende børneværnsforanstaltninger ikke slår til, men hensynet til barnets velfærd kræver varig eller tidsbegrænset fjernelse fra hjemmet af et barn, som 1) er vanartet, 2) forsømmes eller 3) mishandles af forældre eller andre opdragere eller 4) har visse fysiske eller psykiske defekter, kan børneværnsudvalget under visse betingelser træffe beslutning herom, forsorgslovens § 130, stk 1, og § 131.

Efter begæring fra forældre, der ser sig ude af stand til at sørge forsvarligt for et barn, kan udvalget endvidere beslutte at overtage forsorgen for det, og udvalget er forpligtet til at drage omsorg for forældreløse børn, om ikke barnet selv kan klare sig, eller pårørende tager sig af det, § 130, stk 2.

Skønt baggrunden for indgrebene efter § 130, stk 2 således er vidt forskellig fra baggrunden for indgrebene efter stk 1, er virk-

ningerne de samme, forældremyndighedens overgang til børneværnsudvalget, § 133. Efter den tidligere værgerådsordning var fjernelse fra hjemmet ikke ensbetydende med fratagelse af forældremyndighed, og man kunne opfatte dette som to forskellige akter. Forsorgslovens ordning er den konsekvente, at en fjernelsesbeslutning og en beslutning om overtagelse af forsorg for fattiges børn og forældreløse børn uden videre medfører, at forældremyndigheden overgår til udvalget.

Efter myndighedslovens § 19 vil dette sige, at det er børneværnsudvalget, der har omsorgspligten for barnet og bestemmelsesretten vedrørende dets personlige forhold, men ikke, at det offentlige nu uden videre har forsørgelsespligten, eller at børneværnsudvalget har overtaget andre forældrebeføjelser som beføjelsen til at samtykke i bortadoption og beføjelsen til at tillade eller nægte indgåelse af ægteskab. Såvel ved fjernelsen fra hjemmet som ved forsorgsovertagelse påhviler forsørgelsespligten stadig forældrene, der bliver sat til at svare bidrag. Efter at de har mistet forældremyndigheden, skal adoptions- og ægteskabssamtykke meddeles af værgeren α : ved ægtebørn normalt faderen.

Qua indehaver af forældremyndighed skal børneværnsudvalget træffe beslutning om den fremtidige anbringelse af et barn, der er fjernet fra hjemmet eller overtaget til forsørgelse. Anbringelsesmåderne er i princippet de samme for børn af de to kategorier, og udvalgets beslutning kan gå ud på, at barnet anbringes i familiepleje, sættes i lære eller plads, anbringes på opdragelseshjem eller, når fjernelsen er sket på grund af en fysisk eller psykisk defekt, undergives særforborg. Antallet af de efter §§ 130–31 fjernede eller under forsorg inddragne børn andrager for tiden godt 13.000 svarende til 1 % af samtlige børn under 18 år.⁴⁵⁾ Spørgsmålet om anbringelsesmåde og – bortset fra § 130, stk 2 – garantier mod uberettiget fjernelse fra hjemmet berører derfor mange mennesker.

De fleste små børn anbringes i familiepleje eller på børnehjem, og kun de børn under 14 år, som er særlig vanskelige, kommer på *skolehjem* med fast ledelse og streng disciplin. Familiepleje er den primære anbringelsesmåde. Anbringelse i børnehjem skulle efter de

⁴⁵⁾ De $\frac{3}{4}$ heraf var fjernet efter § 130, stk 1, og § 131. Om fordelingen mellem familiepleje, hjemgivelse på prøve og institutionsanbringelse se den årlige »Statistisk beretning fra Landsnævnet for Børneforsorg«.

bag forsorgsloven liggende synspunkter være undtagelsen og kun anvendes af helbredsmæssige grunde eller for at holde en søskendeflok sammen.

Børn over 14 år anbringes så vidt muligt og forsvarligt i lære, sættes i en plads eller uddannes på anden måde efter deres evner. De, der har en meget vanskelig karakter, har udvist særlig slet opførsel, ikke er udviklet normalt eller trænger til særforborg, anbringes på et opdragelseshjem eller i en særforborsinstitution. Opdragelseshjemmene er differentierede. For de yderst vanskelige børn har man *ungdomshjem*. Er børneværnsudvalget i tvivl om, hvorledes barnet bør anbringes, kommer det foreløbig på et optagelseshjem (iagttagelseshjem). Til visse anbringelser kræves der en efterfølgende godkendelse fra Overinspektionen for Børneforborg.⁽⁶⁾)

Garantierne mod ulovlige indgreb i forældremyndighed må søges i børneværnsudvalgenes sammensætning og arbejdsformer og muligheden for ved fjernelse fra hjemmet at klage til Landsnævnet for Børneforborg. Efter grundlovens § 71, stk 6, er der desuden en mulighed for at søge *lovligheden* af en af Landsnævnet besluttet fjernelse prøvet ved domstolene. Under grundlovsforhandlingerne på Rigsdagen gik man ud fra, at dette er »frihedsberøvelse«. Ved en midlertidig ændring i forsorgsloven er der nu givet en regel om, at spørgsmålet om lovligheden af Landsnævnets afgørelser om fjernelse eller tilbageholdelse under forborg kan forelægges for retten i medfør af de nye regler i retsplejelovens kapitel 43 a.⁽⁷⁾)

Domstolskontrollen med Landsnævnets afgørelser vil imidlertid med undtagelse af en kort overgangsperiode næppe få stor praktisk betydning, og der er heller ikke videre trang dertil. Den megen kritik har været rettet mod børneværnsudvalgenes og ikke mod

⁽⁶⁾ Om anbringelse i familiepleje se Holger Horsten: Børneforborsgen i Danmark, 2 udg 1953, s 146-55, og om opdragelseshjemmene s 156-253. Ved siden af børnehjem og skolehjem er der sinkehjem, fredeshjem, lærlingehjem, særlige husholdningsskoler for piger og ungdomshjem. De største skolehjem for drenge er Godhavn, Holsteinsminde, Kjetterupgård, Himmelbjerggård og Landerupgård. Af ungdomshjemmene for drenge nævnes Bråskovgård (med lukket afdeling), Bøgildgård og Flakkebjerg.

Når et barn er institutionsanbragt, udøves forældremyndigheden på børneværnsudvalgets vegne af forstanderen. Borum har i Festskrift tillægnad Karl Schlyter, 1949, s 74f henledt opmærksomheden på ordningens muligheder for at fremkalde kompetencestridigheder mellem udvalg og forstander. I praksis har man dog næppe mærket noget til dette.

⁽⁷⁾ Lov nr 177 af 11 juni 1954, jfr E Munch-Petersen i Juristen 1954 s 97f.

Landsnævnets virksomhed. Domstolene har ikke den indsigt i børneforsorgen, som Landsnævnets medlemmer har erhvervet. Landsnævnet vil derfor stå sagligt stærkt, når sagen skal procederes, idet det kan henvise til talrige tidligere beslægtede tilfælde. Dernæst ligger der i selve fjernelsesgrundlaget, således som dette er udformet i § 130, stk 1, en væsentlig hindring for en indsats fra domstolenes side. I de tre første fjernelsestilfælde er grundlaget ikke en enkelt eller nogle få handlinger fra børnenes eller forældrenes side, men en helhedsvurdering, i den første gruppe af barnets karakter eller opførsel, i den anden og tredje gruppe af forældrenes karakter eller opførsel.⁶⁸⁾ Når der rejses en sag overfor udvalget, vil udgangspunktet nok være enkelte handlinger, men fjernelsesbeslutningen hviler på en *sammenfattende vurdering* af, om handlingen er udtryk for vanartethed fra barnets side eller forsømmelse eller mishandling fra forældrenes side.

Denne vurdering er af en sådan art, at domstolene ikke kan indlade sig på en materiel efterprøvelse uden at overtage Landsnævnets funktioner. Og formel efterprøvelse har, som de hidtidige erfaringer har vist, ikke nogen praktisk betydning overfor en instans, hvor 3 af 5 medlemmer er jurister.

At det afgørende skal være en sammenfattende »karakter- og adfærdsvurdering«, ses af forsorgslovens formulering i § 130, stk 1. Først kommer gruppen vanartede børn beskrevet som børn, der »har en særlig vanskelig karakter eller har udvist meget slet opførsel«, forudsat at barnets forældre eller andre opdragere ikke skønnes at kunne magte dets opdragelse. Dernæst de tilfælde, hvor barnet »på grund af forældres eller andre opdrageres lastefuldhed, grove forsømmelighed eller mangel på vilje til at forsørge barnet eller på evne til at opdrage det findes at være udsat for vanrøgt eller fordærvelse«, og endelig den tredje gruppe, hvor barnet »af forældre eller andre opdragere mishandles, eller behandles således, at dets sjælelige eller legemlige sundhed eller udvikling udsættes for alvorlig fare«.

Med udgangspunkt i oplysninger om tyveri, rapseri, vagabondering eller seksuel adfærd må udvalget herefter danne sig et skøn over, om der er tale om enkeltstående handlinger eller en dybereliggende karakterbrist, og en lignende helhedsvurdering må foretages af forældres adfærd.

⁶⁸⁾ Tyge Haarløv: Administrative Opdragelsessanktioner, 1953 s 141. Om enkeltheder se denne afhandling.

Hvis domstolenes kontrol skal få videre betydning, bliver det nødvendigt at lave normerne om, så de i ringere grad får karakteren af standardnormer. Hvad der i øjeblikket bedst kan efterprøves, er, om et barn, der fjernes efter § 130, stk 1, nr 4, er »åndssvagt«, »epileptisk«, »døvstunt«, »blindt« osv. Det kan tænkes, at bestemmelsen på grundlag af en psykiaters misforståelse af, hvad udtrykket »åndssvag« betyder i lovbestemmelser, bruges som grundlag for en tvangsfjernelse af en sinke, og det kan tænkes, at bestemmelsen søges ekstenderet ved fortolkning. Hidtil har Landsnævnet bremset forsøg herpå og fx fastslået, at sinker og ordblinde ikke kan fjernes med hjemmel i § 130, stk 1, nr 4.

I talrige tilfælde er der en indirekte juridisk kontrol med børneudvalgenes virksomhed deri, at tiltalefrafald overfor 15–18 årige efter straffelovens § 30 betinges af, at pågældende undergives børneforsorg. Ofte betinges det direkte, at vedkommende anbringes i opdragelseshjem, i 1952 i 104 tilfælde, og beslutningen om fjernelse fra hjemmet har således været gennem en forudgående juridisk kontrol.

Nogen særlig garanti for rigtigheden af børneværnsudvalgenes afgørelser gennem udvalgenes sammensætning udover den, der ligger i, at medlemmerne er valgt af kommunalbestyrelserne og i de fleste tilfælde medlemmer af kommunalbestyrelsen, har man ikke. Allerede i 1922 ophørte dommeren at være født medlem af værgerådet, og det var i Landstinget, at der opnåedes enighed om denne løsning. Den nugældende ordning går ud på, at dommeren i fjernelsessager yder vejledning om lovens forståelse og anvendelse, leder undersøgelsen og deltager i sagens behandling, men uden stemmeret, § 89.

Den bedste juridiske garanti mod uberettigede fjernelser og sikkerhed for, at børneværnsudvalgene følger nogenlunde ensartede retningslinjer ved lovreglernes anvendelse, ligger i, at afgørelserne kan indankes for Landsnævnet for Børneforsorg. I 1952 blev i 7½ % af tilfældene beslutningen indanket.⁶⁹⁾

⁶⁹⁾ Der var ialt 1440 fjernelsesbeslutninger. I ca 70 % af tilfældene gav forældrene tilslutning til fjernelserne.

Landsnævnet har en jurist som formand, et af Arbejds- og Socialministeren valgt medlem og to rigsdagsvalgte medlemmer. Overinspektøren for Børneforsorgen er også medlem.

VIII. *Fratagelse eller forsorgsovertagelse efterfulgt af skilsmisse eller separation.*

Når forældremyndigheden over ægtebørn efter forsorgslovens §§ 130–31 er overgået til børneværnsudvalget, er der, hvis ægtefællerne derefter bliver skilt eller separeret, i og for sig ingen forældremyndighed at fordele mellem ægtefællerne efter myndighedslovens § 24, stk 2, og det samme gælder, hvis børneværnsudvalget under behandlingen af en skilsmisse- eller separationssag og måske på foranledning af de under denne fremkomne oplysninger skrider ind og beslutter fjernelse fra hjemmet.

Drejer det sig om forsorgsovertagelse efter § 130, stk 2 a: efter begæring fra ægtefællerne og på grund af trangssituation, kan ægtefællerne i princippet nårsomhelst få forældremyndigheden tilbagegivet. Det ville derfor være uhensigtsmæssigt, om der ikke med det samme ved dommen eller bevillingen blev taget stilling til, hvem der skal have forældremyndighed, når forsorgen ophører. Samme forhold gør sig gældende ved de tidsbegrænsede fratagelser efter § 131.

Er børnene derimod fjernet fra hjemmet i henhold til § 130, stk 1, vil udsigterne til forsorgens ophævelse som regel kun kunne overses, hvis børnene er blevet hjemgivet på prøve. I så fald bør der ved dommen eller bevillingen tages stilling til, hvem af ægtefællerne der skal have forældremyndighed, hvis forsorgen ophører, idet det i afgørelsen gennem en henvisning til forsorgslovens § 133 tilkendes gives, at den træffes med forbehold af den forældremyndighed, som børneværnsudvalget for tiden har.⁷⁰⁾ Er der ikke sket nogen hjemgivelse, vil mulighederne for at bedømme, hvorledes forholdene vil stille sig ved tilbagegivelsen gennemgående være så små, at der ikke bør foretages nogen fordeling.

Når forsorgen til sin tid ophæves, vil der da af overøvrigheden kunne træffes en afgørelse efter analogien af myndighedslovens § 24, stk 2.⁷¹⁾

I dommen eller bevillingen optages der i fjernelsestilfældet som regel en oplysende meddelelse om, at forældremyndigheden for tiden tilkommer børneværnsudvalget.

⁷⁰⁾ UfR 1950 s 639 H (§ 135 citeret for § 133, jfr »hovedet«).

⁷¹⁾ UfR 1939 s 376. Faurholt s 126–27.

§ 10. SAMKVEMSRET

Modstykket til forældremyndighed er den samkvemsret, som ved myndighedslovens § 27 tillægges »den af forældrene, hvem forældremyndighed ikke tilkommer«, hvis ikke særlige grunde taler derimod. Samkvemsretten er som den i § 20 omhandlede ret en forælderret og ikke en funktion af forældremyndighed, og fra et systematisk synspunkt hører hverken § 20 eller § 27 hjemme i et kapitel om forældremyndighed.

Også før myndighedsloven var samkvemsretten et beskyttet gode, og loven har på en måde medført en formindsket beskyttelse af den interesse, som den af forældrene, der ikke har børnene hos sig, har i at kunne besøge eller få besøg af sine børn, gennem reglen i § 32, 1 punktum, om, at overøvrigheden ved afgørelser om samkvemsret ikke er bundet af mulige aftaler mellem forældrene. Gyldigheden af aftaler om samkvemsret stod også tidligere fast, og domstolene anerkendte den bag aftalerne liggende ideelle interesse.

Det fremgår indirekte af en dom fra midten af forrige århundrede, der er optaget i Juridisk Ugeskrift, om håndhævelsen af en samkvemsret, der var led i en aftale om samlivsophævelse. På dette tidspunkt var aftaler om samlivsophævelse ugyldige og strafbare, jfr forbudet i DL 3-16-16-9 mod private skilsmissebreve og mod aftaler om samlivsophævelse. Fra dette forbud kunne der dispenseres gennem en bevilling til separation, men da der i det foreliggende tilfælde ikke var givet separationsbevilling, var aftalen i sin helhed ugyldig og dermed også klausulen om samkvemsret.

Fra tiden før myndighedsloven er der dog få domme om håndhævelsen af aftalt samkvemsret, men det er noget, der ikke er karakteristisk alene for dansk ret. Det betyder ikke, at aftaler om samkvemsret ikke før myndighedsloven har været forholdsvis lige så almindelige ved separation og skilsmisse, som de er idag, men må tages som udtryk for, at der ikke vil blive lagt væsentlige hindringer i vejen for samkvemsrettens udøvelse, før det går op for indehaverne af forældremyndighed, at domstolene er uvillige til at beskytte den med tvangsmidler, eller at domstolene anvender uhenigtsmæssige sanktioner.

Udover dommen fra midten af det 19 årh findes der to domme fra årene kort før myndighedslovens vedtagelse, der stadfæster forbud, som den samkvemsberettigede havde nedlagt imod, at inde-

haveren af forældremyndighed ændrede barnets opholdssted. I begge sager var samkvemsretten et led i en videregående separationsaftale. I den første ville moderen flytte til Schweiz med barnet og henviste til, at hun havde familie i dette land, og i den anden havde faderen fundet på at anbringe barnet i Skagen hos en slægtning, uanset at moderen boede i København. Domstolene tog håndfast på disse forsøg på at sabotere samkvemsretten og slog fast, at indehaveren af forældremyndighed ikke imod aftalens forudsætninger kan tilintetgøre den andens ret.¹⁾

Samkvemsrettens udøvelse skaffer idag overøvrighederne og fogedfuldmægtigene store bryderier, fordi der i de sager, som indbringes for myndighederne, som regel vil være en chikanøs part og ofte to. Myndighederne kommer i mindre grad i berøring med de mange tilfælde, hvor ægtefæller trods separation eller skilsmisse kan enes om, at ægteskabets forlis ikke skal ødelægge børnenes forestillinger om deres forældre og forkvakle deres opdragelse. Den vurdering, som myndighederne anlægger overfor samkvemsretten, vil derfor uundgåeligt være farvet af, at de overvejende kommer ud for ulykkestilfældene. Den samkvemsberettigede faders klage går typisk ud på, at moderen ikke overholder den indgåede aftale eller de af overøvrigheden fastsatte bestemmelser. Hun sender ikke barnet til de fastsatte tider, men lader det fx holde sengen, selvom det intet fejler, og skriver til faderen, at det er blevet sygt, eller også finder hun på, at hun skal i byen med barnet, når han skal komme på besøg. Moderens klage går typisk ud på, at barnet bliver fuldstændig ødelagt i løbet af de få timer, det er sammen med faderen, så det bagefter er umedgørligt, eller på, at faderen bagtaler hende overfor barnet eller sætter barnet op imod hende.

Disse bryderier er tildels uundgåelige, men de kan være mere eller mindre ubehagelige for både ægtefællerne og myndighederne. Fra overøvrighedernes og fogedernes synspunkt er forholdene blevet værre i de senere år, og det kan tidsfæstes til en principiel dom af Højesteret om samkvemsrettens udøvelse fra 1939. Med 5 stemmer mod 4 slog Højesteret fast, at en overøvrighedsresolution om samkvemsret ikke kan beskyttes gennem handlingsdom og det hermed automatisk følgende straffeværn, rpl § 499. Man er derfor endt i en ordning, hvor samkvemsrettens udøvelse udelukkende beskyttes

¹⁾ JU 1854 s 872, UfR 1916 s 184, 1920 s 789.

ved, at den kan fremtvinges ved en umiddelbar fogedforretning, og det er et for svagt værn.²⁾ Der er åbnet for mange muligheder for, at indehaveren af forældremyndighed kan sabotere overøvrighedens resolution. Den samkvemsberettigede står myndighederne stærkere overfor, fordi overøvrigheden til enhver tid kan ophæve eller begrænse samkvemsretten.

Det standpunkt, som Højesterets flertal indtog, er blevet kritiseret, og det tør håbes, at der idag ikke påny kan samles et flertal imod at sanktionere samkvemsretten ved handlingsdom og straffeværn. Når der ved lov skabes en »ret til personligt samkvem med barnet«, må domstolene gennem hensigtsmæssige eksekutive foranstaltninger give den beskyttelse, som er nødvendig, før der kan siges at foreligge en »ret«. Ellers har domstolene ophævet den tilsikrede »ret«.

Samkvemsretten er en både i angelsachsisk, schweizisk-tysk³⁾ og skandinavisk⁴⁾ ret anerkendt forældreret. Myndighedslovens § 27 er inspireret af reglerne i BGB og ZGB, men anerkendelsen af den bagved liggende interesse som en »ret« er sket endnu tidligere i engelsk domstolspraksis, hvor udgangspunktet som i dansk ret har været den aftalebestemte samkvemsret. Lord Mansfield fremsatte i 1781 i *Lytton's case* en senere ofte citeret udtalelse om, at han ville give beskyttelse til en aftale om access, og den synes at være udgangspunktet i engelsk ret.⁵⁾

Efter engelsk ret har samkvemsretten et effektivt værn. Modsætter indehaveren af forældremyndigheden sig access, må den inddrømmes ved en court order,⁶⁾ og det er ofte et stort problem, om der skal

²⁾ UfR 1940 s 36 H, 1945 s 828 H, 1951 s 610. Borum i UfR 1939 B s 302-05 og E Munch-Petersen i Juristen 1950 s 146-52. Om de stridigheder, som den nu bestående ordning kan give anledning til, se artikel i Juristen 1952 s 345-46. Samkvemsretten bør også kunne sanktioneres gennem straf efter handlingsdom.

³⁾ BGB § 1636 og nu Ehegesetz § 75 (domstolsanliggende), Lehmann s 197 og Hoffmann-Stephan s 356f, ZGB art 156, stk 3, (domstolsanliggende), Egger I s 196-97. Samkvemsret er en oversættelse af »Verkehrsrecht«. I Sverige hedder retten »umgängesrätt«.

⁴⁾ Walin s 109-10 og NJA 1949 s 466. Også efter Föräldrabalk er samkvemsret et domstolsanliggende.

⁵⁾ Referatet i *R v De Manneville* fra 1804 i Rev Rep 7 s 693 (»... he must provide for the access of the mother to it there«.) I amerikansk ret var retten til access anerkendt før 1881 se Bishop II s 461 »A reasonable access to the child is commonly deemed to be the right of the parent not in custody«. Keezer s 761-62.

⁶⁾ Matrimonial Causes Rules, 1950, § 54, stk 2. Rayden s 945.

indrømmes samkvemsret, fordi man i princippet stadig står fast på, at der ikke indrømmes samkvemsret til en ægtefælle, der har været skyld i samlivets ophævelse. Men *hvis* den indrømmes, er beskyttelsen effektiv. I overtrædelsestilfælde kan der for det første blive tale om at overføre forældremyndigheden til den samkvemsberettigede indtil videre.⁷⁾ Dernæst vil der foreligge contempt of court med attachment som nærliggende følge.⁸⁾

Samkvemsret kan efter angelsachsisk ret også opnås pendente lite som en midlertidig ordning.⁹⁾ I dansk praksis har overøvrighederne i mange år nægtet at fastsætte samkvemsret, så længe det ikke er afgjort, hvem af forældrene der efter myndighedslovens § 24, stk 2, skal have tillagt forældremyndighed. Grundlaget herfor er en justitsministeriel resolution, som synes at gå ud fra, at man først efter afgørelsen ved, »hvem forældremyndigheden *ikke* tilkommer«.¹⁰⁾ Standpunktet er meget formelt. Enten får andrageren forældremyndighed ved afgørelsen i sagen, og da foregribes der intet ved at fastsætte samkvemsret med det samme. Eller også får han ikke forældremyndighed, men så angiver myndighedslovens § 27 det minimum af ret, som han har over sine børn. Justitsministeriet placerer ansøgeren mellem to stole. Standpunktet bliver helt urimeligt, når det udstrækkes til at gælde også under appellen, hvad man af og til har været inde på, uden at der dog vist kan siges at foreligge en fast praksis herfor. Mange separations- og skilsmisssager appelleres af hensyn til fordelingen af forældremyndighed, og der opnås en del tredjeinstansbevillinger. Ministeriets standpunkt betyder, at en ægtefælle gennem år kan udelukke den anden fra at se børnene. Der er grund til at tage standpunktet op til revision.

Efter § 27 er afgørelse om alle spørgsmål om samkvemsrettens udøvelse, indskrænkning og ophævelse et overøvrighedsanliggende, og det er i domssager ikke domstolenes sag at træffe afgørelsen. Men domstole kan medvirke til, at parterne under sagen indgår aftale om samkvemsrettens omfang, og det sker af og til. Ordningen af dette forhold vil ofte være af afgørende betydning for en forligs-

⁷⁾ Latey s 236 med referat af Portugal v Portugal fra 1866. Rayden s 463.

⁸⁾ Drøftet i relation til custody reglerne i 1910 P 190. Om attachment i ægteskabssager se Latey s 843-45, jfr s 233, Rayden s 463.

⁹⁾ Rayden s 327-29, Eversley s 357-58, Latey s 232-33.

¹⁰⁾ Utrykt skr af 10 april 1929, Gaarden I s 32.

mæssig afgørelse af det vanskeligste spørgsmål i de ægteskabssager, hvor der er børn: fordelingen af forældremyndighed.

Når overøvrigheden træffer bestemmelse om samkvemsret, sker det gerne gennem detaljerede forskrifter om tid, sted og form. Almindelige er bestemmelser om, at ægtefællen har ret til at være sammen med barnet to gange om måneden og i en del af sommerferien. Rettens indhold beskrives i loven som en »ret til personligt samkvem«. Det indbefatter næppe en ret til ucensureret brevveksling med barnet, hvad overøvrigheden i praksis vist heller ikke indlader sig på at give forskrifter om. Retten til samkvem er ubetinget og kan ikke af overøvrigheden eller moderen gøres afhængig af, at faderen betaler skyldige underholdsbidrag.

Reglen i § 32, 1 punktum, om, at overøvrigheden ved afgørelser om samkvemsret ikke er bundet ved aftaler mellem forældrene, fører til, at afkald på samkvemsret ikke er bindende. Overøvrigheden kan også i kraft af denne bestemmelse til enhver tid ændre eller ophæve en aftalt samkvemsret, og den omstændighed, at aftalen er indgået under en retssag og lagt til grund for afgørelsen om fordelingen af forældremyndighed, gør den ikke mere modstandsdygtig mod ophævelse end enhver anden aftalt samkvemsret.¹¹⁾ Beføjelsen bør dog benyttes med forsigtighed, og det er en for nem udvej i en ubehagelig sag altid at ophæve samkvemsretten.

Så længe overøvrigheden ikke har ophævet en aftalt eller fastsat samkvemsret, består den, og der må kunne blive tale om i visse tilfælde at værne den igennem fagedforbud. Dette har størst praktisk betydning, dersom indehaveren af forældremyndighed vil udvandre med barnet. Hvis en ægtefælle ikke har sørget for at få aftalt eller fastsat en samkvemsret, kan muligheden for, at han efter begæring vil få fastsat en sådan ret, måske ikke danne grundlag for et forbud mod at udvandre med barnet, men er retten blevet konkretiseret, må der vistnok stadig være mulighed for som i sagen om udvandring til Schweiz at få nedlagt forbud mod udvandring *med* barnet. Retten må først søges ophævet, og den vil ikke blive ophævet, hvis der er grund til at tro, at udvandringen sigter mod at gøre samkvemsretten illusorisk.

En ophævelse af samkvemsretten for at fjerne denne hindring for udvandring vil dog ofte være velbegrundet og nødvendig, fx hvis

¹¹⁾ Min Tid 1947 s 79.

moderen, efter at hun har opnået skilsmisse og forældremyndighed over børnene på grund af mandens ægteskabsbrud, gifter sig med en amerikansk officer eller forretningsmand,¹²⁾ eller hvis faderen i den omvendte situation af hensyn til sit arbejde som ingeniør eller i udenrigstjenesten skal have bopæl i udlandet. Hensynet til forsørgelsespligtens opfyldelse vil i så fald veje stærkere end hensynet til moderens samkvemsret.¹³⁾

Når indehaveren af forældremyndighed lægger hindringer i vejen for udøvelse af aftalt eller fastsat samkvemsret, og stridighederne mellem de tidligere ægtefæller efterhånden går ud over barnet, har den samkvemsberettigede ved siden af umiddelbar fogedforretning, handlingsdom og i visse tilfælde forbud den chance, at han kan bevæge overøvrigheden eller en domstol til i henhold til myndighedslovens § 32 at bestemme, at forældremyndigheden overføres til ham. Den udviste chicane kan efter omstændighederne indicere manglende psykisk balance, hvilket altid er et hensyn af vægt ved afgørelser om forældremyndighed. Endelig skal der peges på mulighederne for at fremsætte erstatningskrav, når den samkvemsberettigede forgæves må afholde udgifter til rejser mv, og det kan dokumenteres, at indehaveren af forældremyndighed under intetsigende påskud hindrer rettens udøvelse. I praksis synes denne udvej til at skaffe retten respekteret endnu ikke forsøgt.

Området for § 27 er ikke helt klart. Da man gennemførte bestemmelsen, kendte man ved børn udenfor ægteskab kun ordningen med bidragspligt, og udtrykket »forældre« kan ikke rumme den bidragspligtige, hvad der er givet udtryk for i motiverne og ved reglens placering før § 28. I administrationens praksis hævdes det stadig, at reglen kun vedrører ægtebørn,¹⁴⁾ men efter vedtagelsen af loven om børn udenfor ægteskab må man også anerkende samkvemsret for en *fader* til et barn udenfor ægteskab. Hvad der har været me-

¹²⁾ NRt 1953 s 957 H, hvor den forestående udvandring til USA indgik i overvejelserne om forældremyndighedens fordeling. Hustruen fik to børn på 9 og 5 år. Der var givet visse tilsagn til manden.

Efter den i 1937 foretagne ændring i § 4 i norsk lov nr 6 af 10 april 1915 om forældre og ægtebørn må efter samlivets ophævelse ingen af forældrene uden den andens samtykke tage børnene ud af landet, før det er afgjort, hvem der skal have forældremyndigheden. Politiets bistand kan påkaldes til bestemmelsens håndhævelse. Praksis se Støylen s 114-16.

¹³⁾ Entsch 141 s 319 om udvandring til Chile for at indtræde i et familieforetagende.

¹⁴⁾ Gaarden I s 31.

ningen under en anden retstilstand, er uden betydning, og bestemmelsens placering er et for spinkelt grundlag for en principiel udelukkelse af børn udenfor ægteskab. Lovens ord er klare, og man bør ikke fortolke reglen restriktivt, fordi den kan fremkalde visse ubehageligheder.

En anden sag er, at der i almindelighed ikke vil være noget stort behov for en samkvemsret mellem faderen og et barn udenfor ægteskab, og at hensynet til moderens forhold i et ægteskab ofte kan motivere afslag i medfør af forbeholdet i § 27. I visse samlivsforhold kan der dog foreligge en interesse, som der kan være trang til at beskytte, efter at forholdet er ophørt. Det ses ikke, at der er grund til ved en indskrænkende fortolkning at afskære administrationen fra at kunne give den.

Samkvemsretten følger det legale statusforhold, ikke det biologiske. Ægtemanden kan få tillagt samkvemsret overfor et barn, som ikke er hans, når han ikke har anfægtet dets ægtebarnsstilling. Dette ønsker han måske ikke at gøre, eller han kan efter anerkendelseslæren være afskåret fra at gøre det.¹⁵⁾ Der er også adgang til at fastsætte samkvemsret overfor et adoptivbarn, jfr adoptionslovens § 15, stk 2. Har fx en mand adopteret hustruens barn udenfor ægteskab, vil det, hvis ægtefællerne derefter bliver skilt, og hustruen får forældremyndighed over barnet, kunne bestemmes, at manden har samkvemsret med barnet.

Når børn fjernes fra hjemmet efter forsorgslovens § 130, stk 1, er man udenfor det område, som § 27 tager sigte på, hvad man kan se af formuleringen. Forældrene har i disse tilfælde kun den samkvemsret, der følger af de offentligretlige regler og hensyn.

Samtykke til adoption må efter sagens natur have til følge, at samkvemsret hører op, men det antages i administrationens praksis, at en bevilling med vedkommendes tilslutning kan gives på den måde, at samkvemsret reserveres.¹⁶⁾ En samkvemsret af denne art kan ikke senere ophæves eller begrænses af overøvrigheden, som kun har den hjemmel til at blande sig i sager om samkvemsret, der følger af § 27. § 27 kan vel anvendes i forholdet mellem adoptivforældre, der bliver separeret eller skilt, men den kan ikke bruges i forholdet mellem adoptant og naturlige forældre. Det skulle derfor i dette forhold være fuldt tilstrækkeligt med en *aftalt* samkvems-

¹⁵⁾ BGE 1945 s 208.

¹⁶⁾ Justitsmin utrykte skr 12 april 1946.

ret, og det har man også antaget i administrationens praksis, indtil en fader for nogle år siden forlangte en slags garanti fra Justitsministeriet for, at han havde den aftalte samkvemsret. Den blev givet.

Det har været hævdet, at der, når forældremyndighed i en § 26-situation 3: den fraskilte indehaver af forældremyndighed dør, tillægges en anden end den efterlevende af forældrene, ikke er hjemmel i § 27 til at fastsætte samkvemsret, og man har været inde på lignende betragtninger i § 30-situationerne.¹⁷⁾ Der er en væsentlig forskel på de to tilfælde. Drejer det sig om overførelse af forældremyndighed, har forældrene givet tilslutning til ordningen. Man kan da ud fra lignende synspunkter, som gør sig gældende ved adoption, lade samkvemsretten falde bort, medmindre den forbeholdes. Anderledes i § 26-situationen, hvor den efterlevende mod sit ønske kan se forældremyndigheden overført til den førstafdødes ægtefælle eller forældre. Når man i praksis har været inde på, at der ikke kan fastsættes samkvemsret i denne situation, går man for vidt. Vil man ikke søge hjemmelen i § 27, hvad der i og for sig ikke kan være noget til hinder for, må den skabes ud fra friere overvejelser. Samkvemsret behøver ikke lovhjemmel. Man havde en samkvemsret også før myndighedsloven. Og man har både i norsk¹⁸⁾ og engelsk ret udformet en samkvemsret gennem domstolenes frie retsdannende virksomhed, judge-made law. Eller som schweizeren Egger udtrykker det:

»Es entspricht einem Gebot der Menschlichkeit, dieser Elternteil soll nach wie vor Anteil an den Geschicken der Kinder nehmen dürfen, und ebenso dürfen die Kinder durch die Zuteilung nicht ihres Vaters oder ihrer Mutter beraubt werden. Es ist ein Recht, das überall, wo eine solche Entziehung der Kinder eintritt, dem betroffenen Elternteil eingeräumt bleiben muss: bei Scheidung, Trennung, Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, insb. in Scheidungsprozess, Wegnahme des Kindes, Entziehung der elterlichen Gewalt . . . Nur in äussersten Fällen ist eine Verwirkung möglich . . .«¹⁹⁾

¹⁷⁾ Min Tid 1944 s 200.

¹⁸⁾ Plenumsdommen i NRt 1940 s 155, jfr Støylen i TfR 1939 s 250f. Det er usikkert, hvad tvangsmidlerne går ud på. Der kan ikke være tale om løbende mulkt, NRt 1951 s 117 H. Arnholm s 44-45. Om praksis se Støylen s 116-21.

¹⁹⁾ Egger I s 196. Jfr BGE 1946 s 10 »Aussi bien s'agit-il d'un droit naturel.«

FJERDE AFSNIT

FORSØRGELSE M V

§ 11. ÆGTEBØRNS FORSØRGELSE

I. *Forsørgelsespligt, underholdspligt, bidragspligt.*

Der findes ikke som ved begrebet forældremyndighed en legal definition af begreberne forsørgelsespligt, underholdspligt og bidragspligt. Udtrykket underholdspligt anvendes i lovene som regel i samme betydning som forsørgelsespligt, og begge udtryk bruges såvel om pligten overfor ægtefælle som om pligten overfor børn. Ægteskabs- og retsvirkningslovens terminologi er underholdspligt, forsørgelseslovens forsørgelsespligt, og også i loven om børn udenfor ægteskab anvender man udtrykket forsørgelsespligt, se navnlig § 3 og § 20, stk 1. I daglig tale vil man foretrække at benævne pligten overfor ægtefællen underholdspligt. Forsørgelsespligt lyder lidt i retning af underordningsforhold.

Bidragspligt er modstykket til forsørgelsespligt og underholdspligt. Bidragspligt alternerer med forsørgelsespligt (underholdspligt) og kan ikke kumuleres dermed. Udtrykket anvendes til at beskrive en ægtefælles til en pengeforpligtelse konkretiserede forpligtelse til underhold af ægtefælle og børn, som typisk ikke lever sammen med den pågældende. Forsørgelsespligten afløses da af en bidragspligt, retsvirkningslovens § 6. Udtrykkene forsørgelsespligt og underholdspligt bruges til at beskrive samlevende ægtefællers forpligtelse til at skaffe ægtefælle og børn det nødvendige underhold, retsvirkningslovens §§ 2 og 5.

Det er karakteristisk for forsørgelsespligt i modsætning til bidragspligt, at den er *omfattende og ubestemt*. Typisk opfyldes forsørgelsespligt overfor børn in natura derved, at ægtefællen skaffer føde, bolig, klæder, pasning, pleje osv og opdrager barnet, men den kan også opfyldes på den måde, at barnet anbringes i pleje eller fx sættes i kostskole for den forsørgelsespligtiges regning. Når ægtefæller samlever, fordeler de forsørgelsespligten mellem sig, og den del, som moderen tager på sig, er gennemgående den største og vigtigste. Undlader ægtefæller at opfylde forsørgelsespligten, består sanktio-

nen i, at børneværnsudvalget i grovere tilfælde kan fjerne barnet fra hjemmet i kraft af vanrøgtsbestemmelsen i forsorgslovens § 130, stk 1, nr 2, ægtefællerne sættes da i bidrag til det offentliges udgifter til dets underhold, og der kan også blive tale om straf for vanrøgten. De kan derimod ikke tvinges til at modtage barnet, og der kan ikke gives dom til opfyldelse.

I det normale tilfælde er forældremyndighed og forsørgelsespligt overfor børn forenet hos deres forældre, men nogen nødvendig sammenhæng er der ikke. Forældremyndighed rummer ikke i sig forsørgelsespligt, kun omsorgspligt. Den forsørgelsespligt, der kan udledes af love; hviler kun på ægtefæller og ikke på andre indehavere af forældremyndighed, retsvirkningslovens §§ 2, 5 og 6, ægteskabslovens § 70 og forsorgslovens § 3.

Forældremyndighed og forsørgelsespligt vil derfor kunne være adskilt, når begge forældre er døde, og forældremyndigheden er overgået til værgen. Den privatretlige forsørgelsespligt er da ophørt, medens den offentligretlige efter begæring overtages af børneværnsudvalget, forsorgslovens § 130, stk 2. Forældremyndighed og forsørgelsespligt kan også være delt, når forældremyndigheden ved en efter myndighedslovens § 30 godkendt overdragelse er overgået til andre, og når børneværnsudvalget har overtaget forældremyndighed efter reglerne i forsorgslovens § 130, stk 1 om fjernelse fra hjemmet eller stk 2 om overtagelse efter begæring af forældre, der ikke ser sig i stand til at sørge forsvarligt for barnet.

Efter samlivsophævelse, separation og skilsmisse vil forholdet normalt være dette, at den, der har fået tillagt forældremyndigheden, har forsørgelsespligt overfor barnet og den anden bidragspligt. Men det kan være omvendt, at forældremyndighed er kombineret med bidragspligt, fx i det tilfælde, at ægtefæller enes om, at faderen skal have forældremyndighed over et barn, imod at det indtil en bestemt alder er hos moderen.¹⁾ Skulle man her have aftalt, at faderen i deponeringsperioden skal betale bidrag til barnets underhold, eller må dette anses for den eneste rimelige ordning, vil der eventuelt i henhold til ægteskabslovens § 70 eller retsvirkningslovens § 6 kunne udfærdiges bidragsresolution over faderen.

Spørgsmålet om at sætte den, der er indehaver af forældremyndigheden, i bidrag, kan også blive aktuelt som følge af krydsning

¹⁾ Min Tid 1930 A s 67 (aftale, forskudsvis udbetaling).

med reglen i myndighedslovens § 24 om, at børn under 2 år ikke uden tvingende grunde bør fjernes fra moderen. Bestemmelsen i § 28 i loven om børn udenfor ægteskab, jfr for ægtebørns vedkommende henvisningen i ægtebørnslovens § 7, om, hvem der er berettiget til at indkræve bidrag og anvende de særlige tvangsmidler, som udtrykker det almindelige princip, at påtaleretten er hos indehaveren af forældremyndighed og ikke hos værger, kan ikke antages at være til hinder for denne løsning. Den er forenelig med ordene i ægtebørnslovens § 70 og retsvirkningslovens § 6.

Når forældremyndigheden er hos andre end forældre i henhold til godkendt overdragelse, påhviler forsørgelsespligten overfor det offentlige stadig barnets forældre. Parterne kan ikke ved aftale gøre nogen forandring heri. Det kan derimod aftales, at erhververen af forældremyndighed overtager den privatretlige forsørgelsespligt, og i visse tilfælde må man komme til det samme resultat ved fortolkning eller udfyldning af parternes aftale, fx hvis et arbejderægtespar med mange børn overdrager forældremyndigheden over et barn, der har været »feriebarn«, til gårdejerægtesparret. Denne udfyldning af aftalen vil også være nærliggende, hvis et ægtepar, som skal skilles, forinden overdrager forældremyndigheden over et barn til hustruens søster og hendes mand, som har været gift i en årrække uden at få børn, men er ikke altid naturlig ved en forældremyndighedsoverdragelse i anledning af separation og skilsmisse, og formodningen er for, at forsørgelsespligten er uændret, når overdragelsen sker til et børnehjem eller til en plejehjemsforening.

Da forholdet undertiden giver anledning til stridigheder og myndighedernes indblanding, bør overøvrighederne altid, inden de giver den i myndighedslovens § 30 omhandlede godkendelse, påse, at det er afgjort, hvem der fremtidig skal forsørge barnet. Selv om der foreligger en aftale herom, vil der sjældent kunne udfærdiges en bidragsresolution, idet der hertil kræves en klar hjemmel, men indkrævning af bidrag efter en aftale må ske ved de almindelige domstole.

II. *Samlevende ægtefællers forsørgelsespligt overfor deres børn.*

Herom findes der kun reglen i retsvirkningslovens § 2, der er affattet så elastisk, at den er blevet temmelig indholdsløs. Et hovedproblem er, hvornår forsørgelsespligten ophører, men herom står der intet i § 2. Hvis der var tale om en forglemmelse, kunne det

drøftes, om det ville være tilladeligt ud fra friere overvejelser at danne en regel om, at samlevende ægtefællers forsørgelsespligt overfor deres fælles børn varer til disses 18 år, for døtres vedkommende dog længst til deres indgåelse af ægteskab. I forsørgelseslovens § 3 findes der en regel af dette indhold, men den vedrører kun forældrenes forpligtelser overfor det offentlige til at forsørge deres børn: deres forpligtelse til at refundere kommunen de beløb, som den måtte yde børnene i trangstiltfælde.

Men der foreligger ingen forglemmelse. Det er blevet udtrykkeligt fastslået, at den *bidragspligt*, der i visse tilfælde afløser forsørgelsespligten, ikke varer længere end til barnets 18, ved uddannelsesbidrag dets 21 år, se ægtebørnslovens § 7, der henviser til § 20, stk 3 og 5, i loven om børn udenfor ægteskab. Om *forsørgelsespligts* varighed findes der ingen bestemt tidsgrænse i loven, navnlig ikke i den kun om bidragspligt handlende § 7 i ægtebørnsloven, og det har man selvfølgelig været klar over, da man skrev udkastene til lovforslag.

Forsørgelsespligtens varighed afhænger i nogen grad af de samlevende ægtefællers beslutning. Skal barnet studere, må forældrene være indstillet på at forsørge det udover dets 21 år. Har de ikke råd dertil, eller har barnet ikke evner eller lyst til at søge en videregående uddannelse, kan forsørgelsespligten ophøre inden dets 18 år. Om barnet skal have en særlig uddannelse, afgøres af forældremyndighedens indehaver, og sålænge forældrene har forældremyndigheden og samlever, har barnet ingen mulighed for ved overvrighedens mellemkomst at få dem ansat til at svare bidrag til dets underhold, opdragelse og uddannelse.

Tilsvarende gælder efter samlivsophævelse, separation og skilsmisse i forhold til den af forældrene, der har forældremyndigheden og forsørger eller har forsørget barnet. Dette fremgår af bestemmelsen i retsvirkningslovens § 5, jfr § 6, og ægteskabslovens § 70, stk 2, om, at også påtaleretten med hensyn til bidrag til *børnenes* underhold og opdragelse er hos ægtefællen, der anføres som bidragets modtager. Den administrative praksis stemmer hermed. Justitsministeriet har fx afslået en begæring fra en 18-årig om at give hans fader, som ved skilsmissebevillingen havde fået tillagt forældremyndigheden, pålæg om at betale bidrag til hans videre uddannelse som violoncellist indtil hans 21 år med en bemærkning om, at der

ikke er hjemmel til at give et sådant pålæg.²⁾ § 7 i ægtebørnsloven finder vel også anvendelse efter en skilsmisse, men den gælder kun for »underholdsbidrag« *o: den kan kun bruges overfor bidragspligtige* og ikke overfor den, der har fået tillagt forældremyndighed, bortset fra enkelte atypiske situationer.

Der er sammenhæng mellem forsørgelsespligt og forældremyndighed. I kraft af reglerne om forældremyndighed kan samlevende enige ægtefæller bestemme, hvad barnet skal sættes til, når det er fyldt 14 år, og deres afgørelse er inappellabel. Reglerne om undervisningspligt vil faktisk forhindre dem i at tage et barn ud af skole, før det er fyldt 14 år. Men derefter kan de sætte det i lære eller plads eller til husligt arbejde, og derved kan det bidrage til sit underhold. På denne indirekte måde kan forældre selv drage grænsen for, hvor længe de vil forsørge et barn efter dets 14 år, og med de beskæftigelsesmuligheder og det lønniveau, der har været i en år-række, har mange børn kunnet bidrage meget væsentligt til deres underhold inden det 18 år. Den bestemmelse, som overøvrigheden kan træffe om *bidragspligts* ophør ved barnets 14 år, tages ved *forsørgelsespligt* af ægtefællerne. Tanken kom endnu klarere frem ved den tidligere for bidragspligt til et udenfor ægteskab født barn gældende regel om, at den ophørte ved barnets fyldte 14 år, når faderen havde ægtebarn, som han, om det var i denne alder, ikke evnede at understøtte.

Tanken bag lovreglerne er den jævne, at forældre og børn må se at blive enige om, hvad børnene skal være, og at børn til en vis grad må dele forældres kår og rette sig efter deres bestemmelser. Forældremyndighed kan som anden myndighed blive misbrugt. Det er muligt, at et barn, der sættes i lære eller plads, har røbet usædvanlige digteriske, musikalske eller matematiske evner, og at forældrene ikke fatter dette, og det forekommer også, at forældre ikke ofrer det på børnenes uddannelse, som de

²⁾ Utrykt skr 5 dec 1939. Se også Min Tid 1951 s 227. Et amt havde pålagt en mand, som havde haft forældremyndigheden over en datter ifølge skilsmisседом, at betale normalbidraget til hendes fortsatte uddannelse. Hun havde efter sit 18 år taget ophold hos moderen. Justitsministeriet ophævede resolutionen med en bemærkning om, at der ikke var hjemmel til at pålægge bidraget. Colov-Herfelt s 74 øverst om, at det ikke kan antages, at barnet har en selvstændig ret til at kræve fastsat bidrag til fortsat skoleundervisning og uddannelse. Cfr Borum II s 168.

burde, fordi de – eller ligeså ofte vel børnene – hellere vil holde bil. Herimod kan der ikke skrides ind fra det offentliges side. Ganske vist er forsorgslovens § 123 om forebyggende børneværn affattet så elastisk, at man kan fristes til at tro, at børneværnsudvalgene kan blande sig også i forældrenes beslutninger om, hvad børnene skal være. Kriteriet for, om et udvalg kan meddele forældre pålæg med hensyn til opdragelse, oplæring eller arbejde, er, hvad barnets »velfærd iøvrigt« kræver. Det vil dog ligge helt udenfor bestemmelsens formål og være misbrug af skønsmæssige beføjelser, om et udvalg gav fx forældre, som har besluttet, at et barn, der er sund og rask, skal til landbruget, fordi de mener, at dets evner går i denne retning, eller ikke synes, at de har råd til senere at betale dets studier, pålæg om, at det i stedet skal sættes i gymnasium.

Når samlevende ægtefæller er enige og lever under tålelige kår, er børnenes forsørgelse og uddannelse noget, som myndighederne kun undtagelsesvis bliver blandet ind i. I det omfang, ægtefællerne evner, sørger de selv for børnenes underhold og opdragelse, og det er ikke nødvendigt at tvinge dem. Hvad der motiverer, er kærligheden til børnene og glæden ved at hjælpe dem frem, og også andre motiver spiller ind. Det er dybtliggende, måske ret primitive følelser og instinkter,³⁾ der bevæger samlevende ægtefæller til at sørge for deres børn. Forholdet fremhæves ofte i fremstillinger af ægteskabsretten. En naturretjurist som Pufendorf går nok ud fra, at det er *lex naturæ*, som har pålagt forældre forsørgelsespligt overfor deres børn. Men for en sikkerheds skyld er der blevet indblæst dem »de ømmeste følelser for deres børn«. Lignende synspunkter støder man på i andre naturretligt prægede fremstillinger og også i de positivistiske.

Der er på forsørgelsesområdet noget andet og stærkere end rettens tvang, og det er baggrunden for, at retsreglerne om samlevende ægtefællers privatretlige forpligtelse til at forsørge deres ægtebørn og ægtefællens særbørn kan være så grove, som de er. Det gælder også retsreglerne om moderens forpligtelse til at sørge for det udenfor ægteskab fødte barn. Sammenholder man retsreglerne om forsørgelsespligt og bidragspligt, er det karakteristisk, at bidragsplikten er reguleret ud i de mindste enkeltheder af stramme regler, medens reglerne om forsørgelsespligt er lidet specificeret. I og for sig kunne man måske helt undvære regler om den privatretlige forsørgelsespligt.

Forklaringen med forældrekærligheden slår iøvrigt ikke altid til. Ægtefæller sørger også for den grimme ælling, som de måske inderst inde ikke bryder sig særligt om, ud fra forestillinger om forældrepligt. På visse familieretlige områder er forestillingerne om, at *pligt er noget af retsordenen uafhængigt, og at retsordenen*

³⁾ Trolle i Juristen 1954 s 48–50.

kun sanktionerer præ-eksisterende pligter, særlig levende, ligesom på det strafferetlige. Denne tankegang, som man kan kalde »naturretlig«, har ofte præget lovgivningen. Forordningen af 1763, som indførte en retspligt for faderen til et udenfor ægteskab født barn til at bidrage til dets underhold, omtaler flere steder hans »naturlige pligt«. Og i plakaten af 1839, der udvidede hans bidragspligt til barnets 14 år, tales der om den forpligtelse, som påhviler faderen »ifølge naturens bud« til at sørge for barnet i videre omfang efter moderens død. Plakaten reserverede udtrykkeligt denne præ-eksisterende pligt.

Tanken om de præ-eksisterende pligter er ofte blevet kritiseret. Den, der arbejder med et psykologisk retskildebegreb, må tage til efterretning, at synspunkterne også i vore dage spiller en stor rolle i lovgiveres og dommeres bevidsthedsliv, og kan ikke censurere forestillingerne ud fra visse anti-metafysiske principper. Om disse filosofisk er »rigtige« eller »forkerte«, er psykologisk irrelevant. Ellers sprænges den psykologiske problemstilling.

At rettens tvang på visse familieretlige områder er unødvendig og måske gør mere skade end gavn, gælder specielt reglen i retsvirkningslovens § 5. Efter den er der mulighed for at få overøvrigheden til at pålægge den ene af samlevende ægtefæller at svare et pengebidrag til den anden til husholdningen, børnenes fornødenheder og ægtefællens eget behov. Bestemmelsen kom først ind i lovgivningen i 1908, og man har indtil da næppe savnet den, for den fandtes ikke i regeringsforslaget, men blev indsat under rigsdagsforhandlingerne efter forslag fra udvalget. Det, man tænkte sig, var, at der kunne være brug for at sikre hustruen en vis del af mandens løn gennem anmeldelse til hans arbejdsgiver om resolutionen.⁴⁾

I praksis bliver bestemmelsen i § 5 ikke brugt ret meget, i hovedstadsområdet vel gennemsnitligt 3–4 gange om året, og den »truselsværdi«, som man tillægger den, er næppe stor. Hvor mange almindelige mennesker ved, at der er adgang til at få en samlevende ægtefælle sat i bidrag ved en overøvrighedsresolution? Det er et betænkeligt skridt at bruge § 5, og de fleste af de sager, hvori den bruges, ligger tæt op til § 6 fx på den måde, at ægtefællerne lever i samme villa, men hver i sin etage. Når forholdet mellem ægtefæller er dårligt, vil et af den ene foranlediget pålæg fra overøvrigheden til den anden kun gøre ondt værre. Den hustru, der håber på, at hun ved hjælp af § 5 kan få manden til at rykke ud med rigeligere bidrag til hendes påklædning og andre særlige behov, risikerer, at svaret bliver samlivsophævelse og separationsbegæring. Efter § 5 skal der kun gives pålæg i det omfang, hvor det »efter omstændighederne må anses for rimeligt«, og i kraft heraf afslår Justitsministeriet og overøvrighederne

⁴⁾ RT 1906–07 till B sp 2913–14.

gennemgående og med rette at udfærdige bidragsresolution over en samlevende ægtefælle.

Bidragsresolution efter § 5 kan i modsætning til resolution efter § 6 ikke afgives samtidig med resolution efter myndighedslovens § 24, stk 1, om fordeling af forældremyndighed. § 5-resolutionen er betinget af, at samlivet består. § 24, stk 1-resolutionen er som § 6-resolutionen betinget af, at samlivet er ophævet på grund af uoverensstemmelse. En § 5-resolution kan aldrig benyttes som grundlag for en forskudsvis udbetaling af børnebidrag fra det offentlige.

III. *Fastsatte bidrag til børn ved samlivsophævelse, separation og skilsmisse.*

1) *Fordeling af forsørgelsespligt og bidragspligt.*

Når ægtefæller på grund af uoverensstemmelse har ophævet samlivet, vil hustruen, hvis hun sørger for børnenes underhold, som regel kunne tvinge manden til at betale underholdsbidrag til børnene, derunder hendes i ægteskabet indbragte hjemmenværende særkuldbørn, ved at opnå en resolution efter § 6, jfr § 8 i retsvirkningsloven. I princippet kan også den mand, som har overtaget børnenes forsørgelse, få hustruen sat i bidrag til børnene. Man vil i praksis noget hyppigere komme ud for dette end for, at hustruen bliver sat i bidrag til mandens underhold, men det vil trods alt være en sjælden foreteelse.

I modsætning til afgørelsen ved separation og skilsmisse er afgørelsen om underholdsbidrag til børn *ved samlivsophævelse altid en overøvrighedsafgørelse* på samme måde som afgørelsen om hustrubidrag og forældremyndighedens fordeling ved samlivsophævelse. Den kan påklages til Justitsministeriet efter de almindelige regler om administrativ rekurs. Det er ikke en betingelse for, at der kan udfærdiges resolution om bidrag til børn, at der er foretaget fordeling af forældremyndighed efter myndighedslovens § 24, stk 1.

Grundsætningen om, at der efter en skilsmisse skal betales underholdsbidrag til de hos den anden ægtefælle værende børn, er gammel og langt ældre end grundsætningen om, at der i visse tilfælde skal betales hustrubidrag. Den gik ved reformationen over i protestantisk ægteskabsret fra kanonisk ret, som afledte den af Justinians

novelle nr 117, dog kun for separationstilfælde.⁵⁾ Efter nugældende ret er bestemmelserne om bidrag til børn i princippet de samme ved samlivsophævelse, separation og skilsmisse, og de adskiller sig betydeligt fra reglerne om hustrubidrag. Ved hustrubidragsafgørelser er skylden et vigtigt moment. Selv om den bidragssøgende hustru måske kan få visse vanskeligheder med at skaffe sig et tilstrækkeligt underhold, og selv om den, der skal udrede bidraget, efter sine økonomiske forhold måske nok i og for sig formår at udrede hustrubidrag, i hvert fald så længe han ikke gifter sig igen, må der efter ægteskabslovens §§ 68-69 og retsvirkningslovens § 6 ikke tillægges den hustru, der væsentligt bærer skylden for samlivsophævelsen, separationen eller skilsmissen, bidrag til eget underhold,⁶⁾ medmindre »ganske særlige grunde« taler derfor. Når domstolene undtagelsesvis anvender denne bestemmelse, er de tilbøjelige til at tidsbegrænse bidraget for at understrege, at det skal falde bort.⁷⁾ Anderledes med hensyn til underholdsbidrag til børnene, hvor synspunktet både efter retsvirkningslovens § 6 og ægteskabslovens § 70 udelukkende er ægtefællernes økonomiske kår. Der hverken skal eller kan tages nogetsomhelst hensyn til skylden.

Når domstolene i en separations- eller skilsmissesag skal fastsætte hustrubidrag og børnebidrag, kan de henskyde såvel afgørelsen om, hvorvidt der skal betales bidrag, som om bidragets størrelse til overøvrigheden. I praksis vil fastsættelsen af bidragets størrelse, hvis parterne ikke indgår en aftale inden sagens optagelse, altid blive henskudt til afgørelse ved overøvrighedsresolution. Bestemmelsen om, hvorvidt der skal betales bidrag, anses derimod for så betydningsfuld, at den træffes ved selve dommen på samme måde som afgørelsen om forældremyndigheds fordeling, der skal ske ved dommen og ikke må henskydes til overøvrigheden. I de undtagelsestilfælde, hvor parternes sagførere ikke har fremskaffet fyldestgørende oplysninger til bedømmelse af, om hustruen trænger til, og manden er i stand til at betale hustrubidrag, vil domstolene hen-

⁵⁾ Nov 117, c 7 »et pater sumptus præbeat«. Böhmer s 405-07 »apud innocentem alendi sunt sumptibus patris, adeo ut idem etiam obtineat in casu decretæ separationis quoad thorum et mensam« med henvisning til Carpzow.

⁶⁾ Fx UfR 1925 s 562, 1926 s 927, 1930 s 641, 1938 s 33 (18 års ægteskab). 1948 s 162, alle H.

⁷⁾ Se navnlig landsrettens dom i UfR 1941 s 727 H (separationstiden og højst 3 år) og UfR 1951 s 502 H (3 års bidrag efter 15 års ægteskab).

skyde også afgørelsen af, om der overhovedet skal udredes hustrubidrag, til overøvrigheden.⁸⁾ Denne praksis stemmer med overenskomstpraksis efter ægteskabslovens §§ 52 og 54, 1 punktum, hvor parterne ofte henskyder afgørelsen om hustrubidrag og børnebidragstørrelse til overøvrigheden, men ret sjældent spørgsmålet om bidragspligt.

Kan parterne ikke enes om bidragsvilkår, tilfalder der derfor overøvrigheden den vigtige opgave 1) i § 65- og § 54, 2 punktum-sager samt sager efter retsvirkningslovens § 6 at afgøre både spørgsmålet om bidragspligt og bidrags størrelse, 2) i domssager og 3) mange § 52- og § 54, 1 punktum-sager samt 4) sager efter ægtebørnslovens § 6 om bidrag til børn at fastsætte bidragenes størrelse. Antallet af disse sager er så stort, at der med hensyn til børnebidragene har uddannet sig visse stereotype regler, som følges i vel ca 90 % af tilfældene, og det letter indirekte overøvrighedernes arbejde. Når sagførere kan forudberegne, hvad afgørelsen vil komme til at gå ud på, er det hurtigere og nemmere for alle at lade parterne indgå overenskomst. Forsåvidt angår hustrubidrag, er der større variation.

Fordelingen mellem ægtefæller af forsørgelsespligt og bidragspligt overfor børn skal ske efter deres økonomiske forhold : erhvervsevne og formueforhold. Når manden får tillagt forældremyndigheden over alle børn eller et barn, vil han, som når det drejer sig om udgifter til eget underhold, kun kunne få bidrag fra hustruen, hvis hun har formue eller en god indtægt, og han selv på grund af sygdom, alder eller lignende er meget dårligt stillet. Disse tilfælde ordnes i praksis ved aftale, og man møder sjældent under retssager en påstand fra mandens side om, at han både skal have forældremyndigheden over et barn og bidrag fra hustruen til dets underhold.⁹⁾ I den omvendte situation er der lige så fast praksis for, at der tillægges hustruen »bidrag til børnenes underhold efter overøvrighedens nærmere bestemmelse«. Dette bidrag får hustruen, selv om domstolen ikke følger hendes påstand om hustrubidrag,¹⁰⁾

⁸⁾ UfR 1924 s 174, 1939 s 1103 H, 1949 s 42 H.

⁹⁾ Se dog Arnbak sagen i UfR 1926 s 573, hvor Højesteret ikke fulgte mandens påstand, samt UfR 1947 s 475 H, hvor underrettsdommen lød på, at hustruen skulle betale bidrag (lapsus?).

¹⁰⁾ Fx UfR 1930 s 641 H, 1931 s 454 H (landsrettens dom), 1932 s 769 H.

eller hun på forhånd har afstået fra at fremsætte påstand herom.¹¹⁾

Fordeles forældremyndigheden, vil manden som regel komme til at betale bidrag til de hos hustruen værende børn,¹²⁾ medens hustruen slipper for at betale til de hos manden værende, men det kan forekomme, at domstolene lader byrden ved den manden påhvilende forsørgelsespligt overfor børn gå lige op med den hustruen påhvilende, så at der ikke bliver tale om at statuere bidragspligt.¹³⁾

Man kunne i fordelingssagerne gå frem på den måde, at manden blev ansat til at svare bidrag til de hos hustruen værende børn og hustruen til de hos manden værende. Om en sådan ordning ville være i strid med ægteskabslovens § 70 og retsvirkningslovens § 6, kan diskuteres. I administrativ praksis har man besvaret spørgsmålet bekræftende ud fra den betragtning, at der er tale om fordeling af forældrenes (netto)underholdspligt.

I forholdet mellem ægtefællerne er det lige meget, om man går frem efter en netto- eller bruttometode, såfremt beløbene ville blive lige store. Men det har en vis praktisk betydning på grund af den funktion, som en resolution om børnebidrag har med hensyn til forskudsvis udbetaling fra det offentlige. Sætter man begge i bidrag efter bruttometoden, kan de aftale gensidig misligholdelse og derefter få det offentlige til at lægge pengene ud. Fremgangsmåden ville ikke tage sig godt ud. Når spørgsmålet er blevet rejst,¹⁴⁾ skyldes det den i mange henseender uheldige sammenkobling, der via reglerne om forskudsvis udbetaling er sket mellem forsørgelsesretlige og privatretlige synspunkter. Den, der har en bidragsresolution vedrørende børn, har en slags veksel, der diskonteres *for statskassens*

¹¹⁾ Fx UfR 1938 s 291, 1947 s 495, 1948 s 1123, 1949 s 801, 1950 s 201, alle H.

¹²⁾ Fx UfR 1940 s 95, 1943 s 1161, 1944 s 804, alle H, 1947 s 216 (Jugoslavindens trillinger) og den i UfR 1950 s 509 H refererede underrettsdom. HRT 1953 s 952.

¹³⁾ UfR 1926 s 927 H og 1944 s 922, i begge tilfælde tillige uden hustru-bidrag.

¹⁴⁾ Min Tid 1943 s 619. Faurholt s 109. Men hensyn til børn udenfor ægteskab har Justitsministeriet derimod ved en utrykt skr af 19 aug 1946 i et tilfælde, hvor forældrene sammen havde flere børn udenfor ægteskab, accepteret, at moderen kunne sættes i bidrag til børn, som faderen havde fået forældremyndigheden over. Uviljen mod at sætte kvinder i bidrag gælder kun på ægtebørnsområdet.

regning af kommunerne, og de overtager derpå bryderierne med inkasso af bidraget. Kommunerne presser på for at få udfærdiget bidragsresolution i de flest mulige tilfælde og undgå at skulle ud med kommunehjælp, hvoraf en anpart skal afholdes af kommunen.

2) *Den forsørgelses- eller bidragspligtige dør efter afgørelsen.*

Betydningen af, at en af ægtefællerne dør, efter at der er afsagt dom til skilsmisse eller separation, udfærdiget bevilling herom eller udfærdiget bidragsresolution i henhold til retsvirkningslovens § 6, er ikke helt den samme ved den bidragspligtiges og den forsørgelsespligtiges død.

Dør den *bidragspligtige*, har den efterlevende som hidtil fuld forsørgelsespligt, men nu uden bidragskrav mod andre. Hvis de særlige betingelser i forsorgsloven med hensyn til indtægtsgrænse mv er opfyldt, vil beløbet efter bidragsresolutionen indenfor normalbidragets rammer stadig kunne fås forskudsvis udbetaalt af det offentlige. Hertil er der udtrykkelig hjemmel i forsorgsloven.¹⁵⁾ Det offentlige er, forsåvidt angår mindrebemidlede, garant ikke blot for de bidragspligtiges betalingsevne og betalingsvilje, men også for, at de lever. At opfatte udbetalingen som en »forskudsudbetaling«, når man ved, at den ikke kan refunderes, lader sig dog ikke gøre. Der er tale om en ren tilskudsordning.

Kravet efter bidragsresolutionen kan ikke kapitaliseres og anmeldes i den bidragspligtiges bo. Reglen i § 26 i loven om børn udenfor ægteskab er ikke ved ægtebørnslovens § 7 gjort anvendelig på ægtebørns krav om underholdsbidrag. Krav om forfaldne bidrag kan anmeldes, men bortset herfra bortfalder kravet, og der kan i stedet anmeldes krav på arv, hvis der er noget at arve. Der er ingen hjemmel til at forlange, at den bidragspligtiges i uskiftet bo hensiddende enke skal overtage mandens bidragsforpligtelse til ægtebørn, langt mindre til at pålægge hende selvstændigt bidrag. Forpligtelsen til at udrede underholdsbidrag til ægtebørn ophører både ved den bidragsberettigedes (= barnets) og den bidragspligtiges død.

Er det den *forsørgelsespligtige*, der dør, udvides den bidragspligtiges forpligtelse til fuld forsørgerpligt. Reglen i § 20, stk 2, i loven om børn udenfor ægteskab om, at faderens bidrag, når mo-

¹⁵⁾ Forsorgslovens § 190, stk 2, jfr § 214.

deren dør, i almindelighed ansættes således, at det dækker samtlige udgifter ved barnets underhold, er ved ægtebørnslovens § 7 ikke gjort anvendelig på ægtebørn. De har ubetinget og uden overøvrighedsresolution krav på, at den efterlevende nu overtager fuld forsørgelse uden nogen begrænsning. Bidragspligten bliver til fuld forsørgelsespligt, og overøvrigheden kan forhøje faderens andel udover normalbidraget, hvis han nu ikke selv forsørger barnet.¹⁶⁾ Dette må siges at være forudsat ved ægteskabslovens § 70 og retsvirkningslovens §§ 2 og 6, og det stemmer med forholdets natur. Lovens ordning går ikke ud på, at forsørgelsespligten definitivt bortfalder ved samlivsophævelse, separation og skilsmisse for den enes vedkommende, men på, at der, da forældrene nu ikke bor sammen og ikke i forening kan tage sig af barnet, nødvendigvis må træffes en ordning, hvorefter den ene indtil videre kun kommer til at betale bidrag.

En forudsætning for, at man stiller dette krav om en forøgelse af den efterlevendes forpligtelser, må dog være, at han i henhold til myndighedslovens § 26 får tillagt forældremyndigheden. Hvis overøvrigheden fx i skilsmissetilfældet resolverer, at forældremyndigheden nu skal tillægges afdødes ægtefælle nr 2, ville det være en hård og lidet rimelig løsning, om man antog, at den efterlevende ikke blot skal finde sig i afslag på anmodningen om at få forældremyndighed over eget barn, men også betale den del af forsørgelsesudgiften, som afdøde betalte. Ægtefælle nr 2 har vistnok ex lege privatretlig forsørgelsespligt overfor stedbarnet, også efter ægtefællens død, og man må i hvert fald tillægge hans anmodning om at få tillagt forældremyndighed den virkning, at han *behandles, som om han havde påtaget sig barnets forsørgelse* mod bidrag fra den efterlevende, hvis dette hidtil har været erlagt.

I praksis har man fx været ude for, at faderen til et ægtebarn, som havde fået tillagt forældremyndighed *uden bidrag til barnet fra hustruens side*, døde, og at overøvrigheden derefter afslog at tillægge moderen forældremyndigheden og efter begæring tillagde stedmoderen den. Hvorefter stedmoderen omgående anmodede overøvrigheden om at ville pålægge mandens første hustru at betale bidrag til dækning af udgifterne ved barnets underhold. Justitsministeriet afslog begæringen¹⁷⁾ ud fra betragtninger om, at det i

¹⁶⁾ Justitsmin utrykte skr 21 sep 1943.

¹⁷⁾ Utrykt skr 17 maj 1945.

det foreliggende tilfælde ville have været urimeligt at imødekomme den, og myndighederne må på dette område gå meget forsigtigt frem, fordi der kan ligge de mest forskellige motiver bag begæringer om bidragsfastsættelse eller forhøjelse.

Om der overhovedet er hjemmel til at imødekomme en begæring fra stedmoderen om, at den fraskilte eller fraseparerede moder efter faderens død sættes i bidrag til barnet, og hvor den i så fald skal søges, kan diskuteres. Da der i den omvendte situation o: den fraskilte moder dør, og stedfaderen får tillagt forældremyndighed, i § 20, stk 7, i loven om børn udenfor ægteskab, der finder anvendelse på ægtebørn, er hjemmel til at forhøje faderens bidrag fx i det tilfælde, at stedfaderen bliver kronisk syg, ville det være mindre rimeligt og ikke vel foreneligt med grundsætningen om kvindernes forsørgelsesmæssige ligestilling med mænd, om moderen under alle omstændigheder skal slippe helt, fx hvis stedmoderen bliver syg.

Hjemmelen ligger ikke direkte i forandringsbestemmelsen i ægteskabslovens § 71, der klart forudsætter, at begæring fremsættes af den anden ægtefælle. Om den kan søges i ægtebørnslovens § 7, er noget usikkert. § 7 synes at forudsætte, at det ved en samlivsophævelsesresolution i henhold til retsvirkningslovens § 6 eller en separations- eller skilsmisseafgørelse i henhold til ægteskabslovens § 70 *alt er fastslået, at der skal betales bidrag*, og at der alene er tale om den nærmere udformning af bidragspligten. På den anden side henvises der til reglen i § 21 i loven om børn udenfor ægteskab om, at moderen kan sættes i bidrag, når barnet ikke er undergivet hendes forældremyndighed og forsorg, og da meningen ifølge motiverne¹⁸⁾ har været at overføre de regler, som efter deres beskaffenhed er anvendelige på ægtebørn, må man vistnok antage, at der i ægtebørnslovens § 7 kan søges hjemmel til efter den fraskilte faders død at sætte moderen i bidrag til stedmoderen.

Hvis forsørgelses- eller bidragskravet kunne kapitaliseres ved ægtefællens død og anmeldes i boet, ville de yngre børn forlods få tillagt en fordel svarende til den, som deres ældre søskende har haft. Arvelovskommissionens overvejelser om en »forlodsret« har samme baggrund.

De ægtefæller, som er opmærksom på denne ulighed mellem børnene, er i stand til at udligne den ved anvendelse af deres testationsret eller deres magt til at bestemme, at arveforskud skal afkortes,

¹⁸⁾ RT 1934-35 till A sp 2683.

eller ved tegning af forsikring. Der findes en særlig forsikringsform, arverenter, der netop har til formål at sikre børns uddannelse, men den anvendes forholdsvis lidt, skønt den er meget billigere end almindelig livsforsikring. Hvad der i praksis betyder mest i retning af udligning mellem børnene, er anvendelsen af adgangen til at sidde i uskiftet bo, hvorunder ægtefællen har lov til at anvende boets midler til de yngre børns underhold og uddannelse.

3) *Området for ægtebørnslovens § 7.*

Reglen er efter sit indhold knyttet til *skilsmisse-, separations- og samlivsophævelsesområdet* og giver ikke almindelig hjemmel til at sætte forældre i bidrag til deres ægtebørn.

Dette får navnlig praktisk betydning, når forældremyndighed overføres i henhold til myndighedslovens § 30. Er det fx en fraskilt bidragsberettiget hustru, der med faderens tilslutning overdrager forældremyndigheden til et børnehjem eller til sine forældre, vil børnehjemmet eller forældrene kunne indkræve bidrag i henhold til § 28 i loven om børn udenfor ægteskab. De kan både forlange, at faderen betaler de særlige bidrag til skolegang, konfirmation mv, og få hans bidrag forhøjet til fuldt bidrag, hvis fx moderen dør, og hendes betaling falder bort.

Er det derimod samlevende forældre til et ægtebarn, der overdrager forældremyndigheden til et børnehjem, idet de forpligter sig til at betale bidrag til dets underhold, kan børnehjemmet ikke få udfærdiget bidragsresolution for at få beløbet forskudsvis udbetalt hos kommunen eller inddrive det med de særlige tvangsmidler. Der er i dette tilfælde ikke den fornødne lovhjemmel til at udfærdige bidragsresolution, specielt ikke i ægtebørnslovens § 7. Det samme gælder, hvis et ægteskab er ophørt ved døden, og enken eller enkemanden overdrager forældremyndigheden til et børnehjem med tilsagn om at ville betale udgifterne ved barnets underhold.¹⁹⁾ Sag til betaling må anlægges ved de almindelige domstole.

4) *Tilskudsordningen efter ægtebørnslovens § 6.*

Når den ene af forældrene til et ægtebarn dør efter separation eller skilsmisse, er der efter ægtebørnslovens § 6 i to tilfælde adgang til at udfærdige en bidragsresolution eller rettere en tilskudsresolution. Der er nemlig tale om en forsorgsresolution, og

¹⁹⁾ Justitsmin utrykte skrivelser af 17 juni 1943 og 2 feb 1946.

bestemmelsen burde stå i forsorgsloven. Den finder ikke anvendelse, når der kun har foreligget samlivsophævelse.²⁰⁾

I det i § 6, stk 1, omhandlede tilfælde er den fraseparerede eller fraskilte, der har fået forældremyndigheden, død, og den efterlevende har ved overøvrighedsresolution i henhold til myndighedslovens § 26 fået tillagt forældremyndigheden. Efter den efterlevendes begæring kan overøvrigheden så »fastsætte underholdsbidrag til barnet«. At opfatte afdøde som pligtsubjekt, vil være meningsløst, og resolutionen bør derfor ikke lyde på hans navn. Realiteten i sagen er, at bidragsresolutionen er den veksel, der skal trækkes på statskassen. Den er en ren tilskudsresolution.

Gennem langvarig praksis er forestillingerne om, at bidrag til børn fra det offentlige helst skal ydes »forskuksvis« på grundlag af en bidragsresolution, blevet så indgroede, at man i Justitsministeriet har haft svært ved at se, at den ved ægtebørnslovens § 6 trufne ordning slet ikke passer ind i det privatretlige bidragssystem. Det er på forhånd givet, at det er statskassen, der skal afholde udgifterne, og det er kun for at få hjemmel til at lade statskassen bære udgiften, at der udfærdiges en bidragsresolution. Men den afholdes under samme form, som når den bidragspligtige ikke kan betale eller efter resolutionens udfærdigelse har gjort sig usynlig eller er død. Fra et forsørgelsesretligt synspunkt er det velbegrundet, at der i de i § 6 omhandlede særtilfælde kan ydes hjælp af det offentlige, men det er irrationelt, at der udfærdiges bidragsresolution på grundlag af fiktionen om, at en allerede afdød kan refundere statskassen udgiften.

Ved en i 1948 gennemført ændring i forsorgslovens § 224, stk 1,²¹⁾ har man yderligere udvidet adgangen til at yde offentlig hjælp til børn af fraseparerede eller fraskilte, når den ene af forældrene er afgået ved døden. Men denne gang har man undgået at misbruge den privatretlige bidragsresolutions form og at placere forsorgsregler i love, der handler om noget andet. Afgørelsen skal dog også i dette tilfælde træffes af overøvrigheden. Herefter kan bestemmelsen i ægtebørnslovens § 6 ophæves.

Reglen i ægtebørnslovens § 6, stk 2, er yderst speciel. Der sigtes til de tilfælde, hvor der fx på grund af børnenes fjernelse fra hjemmet i henhold til forsorgslovens § 130, stk 1, på tidspunktet for afsigelse af separations- eller skilsmisdom eller udfærdigelse af bevilling ikke er truffet bestemmelse om forældremyndighedens fordeling mellem forældre og derfor ikke er udfærdiget nogen bidragsresolution, der kan diskonteres. Hvis den ene af forældrene herefter dør, vil der efter almindelige regler, når den anden får tilbagegivet forældremyndigheden, ikke kunne udfærdiges en bidragsresolution mod den afdøde.

²⁰⁾ Min Tid 1942 s 509, Colov-Herfelt s 72.

²¹⁾ Lov nr 256 af 9 juni 1948 § 1, jfr cirk 16 juni 1948 i Min Tid 1948 s 244.

5) *Bidragspligtens omfang.*

Når størrelsen af det bidrag, som manden efter samlivsophævelse, separation eller skilsmisse skal betale til de hos hustruen værende børns almindelige underhold, ikke er aftalt, men ved dommen eller bevillingen er henskudt til overøvrighedens afgørelse, vil bidraget i næppe under 90 % af tilfældene blive ansat til det til enhver tid gældende normalbidrag på barnets opholdssted. Herved henholder man sig til det beløb, som moderen efter forsorgslovens regler under visse betingelser kan få udbetalt som faderens andel i udgifterne ved barnets underhold ²²⁾ af udgifterne ved et barns underhold i et godt plejehjem på den egn, hvor barnet opdrages.²³⁾

Der er hjemmel til at sætte faderens bidrag lavere end normalbidraget, men det vil være undtagelsen og kun finde sted, når moderens økonomiske forhold er væsentligt bedre end faderens. Ved nogle i 1948 og 1953 foretagne ændringer i forsorgsloven er normalbidraget blevet forhøjet væsentligt udover, hvad der følger af prisstigningen, og tendensen til at sætte bidraget til det til enhver tid gældende normalbidrag vil derfor blive forstærket.

Det har visse tekniske fordele at følge denne praksis, og på grund af reglerne om forskudsvis udbetaling er det for mindrebemidlede vedkommende nødvendigt ikke at gå under normalbidraget. Skal en ufaglært arbejder med 6 børn under 14 år skilles, ved man på forhånd, at han ikke vil være i stand til at udrede 6 normalbidrag, navnlig ikke, hvis han tillige skal udrede hustrubidrag. Grænsen for, hvad der kan inddrives, ligger omkring en ugeløn. Sætter man arbejderens samlede underholdsbidrag til hustru og børn væsentligt højere end en ugeløn om måneden, løber man, som erfaringerne i Overpræsidiets inddrivelsesafdeling viser, den risiko, at han ombytter sit faste arbejde med løst for at undgå, at underholdsbidraget inddrives gennem forbud mod udbetaling af løn, og så får hustru og børn mindre ud af det end en ugeløn om måneden.²⁴⁾ Afsoning kan der praktisk taget ses bort fra, så længe dette beløb betales. Der klages ofte over, at visse overøvrigheder fastsætter for

²²⁾ Forsorgslovens § 214, jfr § 192, og § 20, stk 2, i loven om børn udenfor ægteskab, jfr ægtebørnslovens § 7. Størrelsen se bekendtgørelse nr 251 af 4 sep 1953. Før 1948 var fordelingsbrøken ved ægtebørn $\frac{1}{4}$ på moderen, $\frac{3}{4}$ på faderen.

²³⁾ Carl Moltke i: Ægteskabets og skilsmisens konflikter, 1950, s 16.

små underholdsbidrag til hustruer, men klagerne er ikke berettiget. Symbolske underholdsbidrag vækker falske forhåbninger.

Arbejderen med de 6 børn hos hustruen vil dog altid blive ansat til at svare 6 normalbidrag til børnene, fordi man derved åbner mulighed for en særlig børnehjælp fra statskassen over kontoen for forskudsvis afholdte udgifter til børnebidrag. 2 af disse vil man forsøge at lade ham selv betale, men de resterende 4 vil, hvis de viser sig helt uerholdelige, blive afholdt som en forskudsudgift, der aldrig refunderes.

De tekniske fordele ved at skematisere afgørelserne og henvise til normalbidraget består dels i, at børnene automatisk får andel i de forhøjelser, som normalbidraget i en årrække til stadighed har været ude for, uden at der skal gives tillægspåtegninger på resolutionerne, dels i, at der ved forskudsvis udbetaling og opkrævning ikke skal arbejdes med en grundtakst og med nogle ofte meget små tillæg, som skal efteranvises, hvis de ad åre indgår. Det offentlige garanterer højst normalbidraget. Ordningen med forskudsvis udbetaling gør det nødvendigt at tage administrativ-tekniske hensyn.²⁴⁾

For tiden andrager normalbidraget for faderens vedkommende i København 828 kr om året, hvortil for barnets to første leveår kommer en forhøjelse på 20 % (indtil 1948 25 %).

Er faderens økonomiske forhold gode, vil bidraget blive ansat højere end normalbidraget, men der kan ikke opstilles faste regler om, hvornår dette vil ske. For det første kan synspunkterne ikke være de samme i København, købstæderne og på landet, og dernæst indgår der mange forskellige momenter i vurderingen, som ikke kan udtrykkes i mekaniske regler. Skal der betales både hustrubidrag og børnebidrag, vil der være noget større tilbageholdenhed med hensyn til at gå over normalbidraget, end når der kun skal betales børnebidrag. Det vil også være af væsentlig betydning, om der skal betales til et eller til flere børn.

Ved siden af det faste halvårige bidrag til barnets almindelige underhold kan der i henhold til ægtebørnslovens § 7 blive tale om at pålægge visse ekstraordinære bidrag. Særligt bidrag kan pålægges til udgifterne ved barnets dåb, skolegang, konfirmation, faglig ud-

²⁴⁾ 1951/52 var statens udgifter brutto ca 32 mill kr med nogenlunde ligelig fordeling på de to grupper børn. Nettoudgiften var ca 55 % af dette beløb.

dannelse, sygdom – herunder tandbehandling²⁵⁾ – og begravelse. Ved konfirmationsudgifter tænkes der ikke på udgifterne til konfirmationsfest, men på dem, der løber på til beklædning. Beløbet pålignes tidligst, så det forfalder til udbetaling pr 2 månedersdagen før konfirmationen,²⁶⁾ og det kan også pålignes efter konfirmationen, når begæring fremsættes inden en vis frist, § 24, stk 2, i loven om børn udenfor ægteskab. I praksis har man længe pålignet også mod attest om indmeldelse til borgerlig »konfirmation«, og derefter er man gået videre og har ved en friere, men ligeså forsvarlig fortolkning pålignet et særligt »udstyrsbidrag« til barnets beklædning, selv om det ikke skulle borgerlig konfirmeres.²⁷⁾ Standardtaksten for konfirmationsbidraget er for tiden i København og en række amter 180 kr, og dette beløb kan faderen lige så godt betale uden overøvrighedsresolution.

Endelig henvises der i ægtebørnslovens § 7 også til den særlige regel i loven om børn udenfor ægteskab om, at der, hvis mandens økonomiske stilling gør det rimeligt, kan pålægges ham bidrag til *fortsat* skoleundervisning eller faglig uddannelse efter barnets 18 år, men dog ikke udover det 21. Efter svensk ret er der ingen grænse for, hvorlænge den bidragspligtige fader til et ægtebarn kan komme til at betale uddannelsesbidrag. Högsta Domstolen har pålagt en fraskilt fader med betydelig indkomst at betale bidrag til en søkadetsøns uddannelse til søofficer indtil hans 24 år og tog ikke hensyn til, at faderen misbilligede, at sønnen ville være officer.²⁸⁾

Ved uddannelsesbidrag tænkes der ikke alene på undervisningsudgift i gymnasium, handelshøjskole mv, der gennemgående ikke er ret stor, men også på opholdsudgifterne, medens vedkommende er i lære, læser eller studerer. Uddannelsen skal være påbegyndt inden det 18 år, men det hindrer ikke påligning, at den efter det 18 år forbigående har været afbrudt, og det kræves ikke, at der har foreligget en bidragsresolution, før barnet fyldte 18 år. Afgørelserne

²⁵⁾ Min Tid 1938 s 204.

²⁶⁾ Min Tid 1936 s 154.

²⁷⁾ Min Tid 1940 s 392. Afgørelsen i Min Tid 1951 s 164 synes helt frigjort fra loven.

²⁸⁾ NJA 1933 s 39 H. Faderen var direktør i pianoselskab med indkomst ca 40.000 kr om året og havde tilbudt sønnen stilling i pianobranchen. I NJA 1942 s 732 H slap en fraskilt toldkontrollør med beskeden indkomst for at bekoste datters tandlægeuddannelse. Afgørelserne viser ikke, at forsgelsespligt, men kun, at bidragspligt kan udstrækkes udover en vis alder.

om de særlige uddannelsesbidrag er ikke som afgørelserne om konfirmationsbidrag tilbøjelige til at gå efter en lineal.

Også de særlige bidrag kan fås forskudsvis udbetalt af det offentlige »i de tilfælde og inden for den grænse, som overøvrigheden efter en undersøgelse af den enkelte sag« fastsætter. De kan som normalbidraget fås udbetalt efter den bidragspligtiges død, og det såkaldte bidragspålæg er også i dette tilfælde en ren tilskudsresolution.²⁹⁾

Mødre til børn født udenfor ægteskab har krav på at få godtgjort en del af udgifterne til »barselsfærd« og til underhold i en vis tid før og efter fødslen, § 23 i loven om børn udenfor ægteskab. Denne regel henvises der ikke til i ægtebørnslovens § 7, og den kan ikke finde anvendelse på ægtebørn. Har hustruen krav på hustrubidrag, får hun herigennem dækning for udgifterne til underhold før og efter fødslen. Barselsfærdsbidraget kan hun ikke få, hvilket ikke er helt rationelt i de tilfælde, hvor det er givet, at det er mandens barn. Det drejer sig dog kun om et beløb på lidt over 50 kr efter det nuværende takstsystem.

Skal en ægtemand betale bidrag både til hustru og børn, vil der i resolutionen ikke blive fastsat en rund sum, men et særligt hustrubidrag og et bidrag for hvert barn. Børnebidragene skal jo ophøre, og specifikation er også nødvendig af hensyn til den forskudsvis udbetaling fra statskassen, der ikke omfatter hustrubidraget. Samme fremgangsmåde må følges i aftaler, og dette påses af myndighederne under vilkårsforhandlingen. Uden specifikation kan det senere forårsage bryderier og proces at finde ud af, hvor stor en del af beløbet der skal bortfalde i hvert fald ved barnets 18 år ud fra et forudsætningssynspunkt,³⁰⁾ og hvem der skal afgøre dette. Aftaler om bidrag til ægtebørn kan fraviges af overøvrigheden, når forholdene senere forandrer sig, medens der ikke er nogen mulighed for at nedsætte et aftalt hustrubidrag.

6) *Begyndelsestermin, nedsættelse, forhøjelse.*

Når der under en retssag skal fastslås bidragspligt til ægtebørn.

²⁹⁾ Forsorgslovens § 214, jfr § 190, stk 2, og § 209, stk 3, jfr § 184. Min Tid 1934 A s 140 (konfirmationsbidrag pålagt forlængst afdød), 1937 A s 167 (udgifter til skole), 1940 s 602 (amt afslog at pålægge enke i uskiftet bo bidrag efter § 26, stk 1, 2 punktum, hvorefter et andet amt udfærdigede »bidragsresolution« over afdøde).

³⁰⁾ UfR 1929 s 625 med noten.

er der ikke hjemmel til at pålægge bidrag med tilbagevirkende kraft o: for tiden forud for sagens anlæg,³¹⁾ hvorimod der er hjemmel til under særlige omstændigheder at pålægge hustrubidrag for indtil 3 år forud for kravets fremsættelse, ægteskabslovens § 68, stk 2.

Træffes afgørelsen ved bevilling, kan der pålægges også børnebidrag med tilbagevirkende kraft ved en supplerende bestemmelse med hjemmel i retsvirkningslovens § 6, jfr § 8, stk 3. Her kan man uden videre pålægge bidrag for indtil et år forud for begæringen og i særlige tilfælde endog for et længere tidsrum. Men det vil ofte være betænkeligt at give resolutionen tilbagevirkende kraft, dersom ægtefællen har forholdt sig passiv gennem længere tid, og overøvrighederne vil i sådanne tilfælde være forsigtige med hensyn til bidragets begyndelsestermin. Af og til sættes samlivsophævelsen som begyndelsestermin.³²⁾

Endelig er der mulighed for ved den administrative fastsættelse af børnebidragets størrelse at supplere domsafgørelsen med et bidragspålæg omfattende tiden fra samlivsophævelsen og indtil sagsanlægget.

Et herfra forskelligt spørgsmål er det, om et allerede pålignet bidrag kan ændres med tilbagevirkende kraft. Man kunne ræsonnere således, at når et bidrag kan pålægges med tilbagevirkende kraft, må det også kunne forhøjes. Slutningen er ikke sikker. Når der er udfærdiget en bidragsresolution, indretter yder og nyder deres økonomi på, at der ikke uden videre sker ændringer med tilbagevirkende kraft. Sagen synes nu for børnebidrags vedkommende afgjort ved reglen i § 20, stk 7, i loven om børn udenfor ægteskab, jfr ægtebørnslovens § 7, om, at overøvrigheden til enhver tid kan forandre et bidrag, når der fremkommer grundet begæring derom, men kun med fremtidig virkning. Det betyder i hvert fald, at der ikke kan foretages ændringer med virkning for tiden forud for begæringens indgivelse. Om man med praksis behøver at gå så vidt som til at antage, at ændringer kun kan vedrøre tiden efter overøvrighedsresolutionens dato, kan vel være tvivlsomt, men praksis har længe været fast, og den følges også ved hustrubidrag.³³⁾

Der er i ægteskabslovens § 71 og retsvirkningslovens § 8, stk 1, hjemmel for, at overøvrigheden både ved samlivsophævelse, separa-

³¹⁾ UfR 1945 s 1120.

³²⁾ Justitsmin utrykte skr af 2 juni 1939.

³³⁾ Min Tid 1915 A s 144 (hustrubidrag), 1949 s 64, Juristen 1948 s 271.

tion og skilsmisse kan forhøje fastsatte bidrag, når der er grund dertil, fordi forholdene er undergået en væsentlig ændring siden fastsættelsen. At den sproglige formulering i de to bestemmelser varierer lidt, vil man i praksis i relation til børnebidrag ikke tillægge betydning. Hvad der kan begrunde forhøjelse, er dels, at den fraskilte ægtemands indtægter og formue er gået væsentligt i vejret, uden at hans forpligtelser samtidig er forøget, dels at hustruen på grund af sygdom eller vedvarende arbejdsløshed ikke er i stand til at bære samme andel af underholdsbyrden som hidtil.

Indtil gennemførelsen af ægtebørnsloven kunne man anse det for tvivlsomt, om der i ægteskabslovens § 71 er hjemmel for overøvrigheden til også at nedsætte fastsatte bidrag til børn. Efter § 71 skal grundlaget for en ændring af resolutionen være hensynet til børnenes tarv, og kan man sige, at dette fører til andet end forhøjelse? Således ræsonnerede man fra visse sider, men den administrative praksis var lagt fast få år efter lovens gennemførelse,³⁴⁾ og den gik ud på, at der i § 71 er hjemmel også til nedsættelse af fastsatte børnebidrag, omend med en understregning af, at det kun kan ske i særlige tilfælde. Man slagter ikke hønen, der lægger guldæg. Når vedtagne børnebidrag kan nedsættes af overøvrigheden, når forholdene væsentligt har forandret sig, ville det være en lidet rimelig fortolkning, om fastsatte bidrag ikke også skulle kunne nedsættes fx i et tilfælde, hvor faderen har mistet sin stilling og er arbejdsudygtig på grund af hjertesygdom.

I retsvirkningslovens § 8, stk 1, er der hjemmel til ved samlivsophævelse at nedsætte de fastsatte bidrag, når forholdene har forandret sig væsentligt, og gennem henvisningen i ægtebørnslovens § 7 til § 20, stk 7, i loven om børn udenfor ægteskab har man nu sikker hjemmel for den tidligere fulgte fortolkning af ægteskabslovens § 71. Fastsatte børnebidrag kan altid nedsættes, hvad enten det drejer sig om samlivsophævelse, separation eller skilsmisse, men der kræves ikke så lidt, før der sker nedsættelse, og man er navnlig utilbøjelig til at gå under normalbidraget. Det vil afskære fra fuld udnyttelse af ordningen med forskudsvis udbetaling, idet der her er en dobbelt grænse 1) normalbidraget, 2) den i resolutionen fastsatte takst.

³⁴⁾ Min Tid 1927 A s 8, der fulgte Faurholt og nærmest gik mod Bentzon, 1924, s 245.

Der er også i ægteskabslovens § 71 hjemmel til, at administrationen kan ophæve den ved dom fastslåede forpligtelse til at betale underholdsbidrag til børn. I princippet kan en overøvrighed ophæve den ved en enstemmig højesteretsdom fastslåede forpligtelse, når det skønnes, at børnenes tarv tilsiger det. Jeg tvivler på, om denne beføjelse nogensinde er blevet brugt. Således som dommene formuleres med »bidrag efter overøvrighedens bestemmelse«, vil der ikke være nogen grund til at ændre den ved dom fastlagte bidragspligt. Skulle hustruen arve en stor formue, og manden gå konkurs, kan overøvrigheden give en klækkelig nedsættelse.

Efter § 71 in fine kan domstolene afskære overøvrigheden fra adgangen til at ændre det for separationstiden eller en del af denne fastsatte hustrubidrag ved i dommen udtrykkeligt at skrive, at afgørelsen er definitiv, og det samme kan gøres ved en skilsmisedom. Nogen mulighed for at benytte denne fremgangsmåde ved børnebidrag er der ikke, da det efter lovreglens sproglige formulering er åbenbart, at den kun har hensyn til hustrubidrag.

7) *Ophør af bidragspligt.*

Ophørsterminen for underholdsbidrag til ægtebørn er deres fyldte 18 år, og for døtres vedkommende ophører forpligtelsen tillige ved deres indgåelse af ægteskab. Efter begæring kan overøvrigheden pålægge bidrag til barnets 21 år til fortsat skoleundervisning eller faglig uddannelse, hvis det efter faderens økonomiske stilling er rimeligt, og der er omvendt efter henvisningen i ægtebørnslovens § 7 til § 20, stk 3, i loven om børn udenfor ægteskab mulighed for, at faderen kan få overøvrigheden til at bevilge nedsættelse eller endog fritagelse. Dette kan ske fra barnets fyldte 14 år, når det oplyses, at bidraget er blevet helt eller delvis uforholdsmæssigt. I praksis anvendes begge fremgangsmåder i et ret betydeligt omfang.

Via reglerne om forskudsvis udbetaling skal der føres en vis kontrol med, at bidrag til børn reguleres nedad, hvis barnet efter sit 14 år kommer i plads og får indtægt. Det er en betingelse for forskudsvis udbetaling, at barnet ikke har midler til sit eget underhold, og inden kommunen kan udbetale beløbet, skal der foreligge transsattest.³⁵⁾

³⁵⁾ Forsorgslovens § 196, stk 2, jfr Min Tid 1924 A s 217.

IV. *Aftalte bidrag til børn ved samlivsophævelse, separation og skilsmisse.*

Også på underholdsbidragsområdet har overenskomsten en vigtig og nyttig funktion ved siden af forvaltningsakten. Ægtefællerne er de nærmeste til at træffe den ordning, der volder børnene mindst fortræd, og de kan som regel lettere end myndighederne finde en rimelig, retfærdig og navnlig holdbar ordning af fordelingen af underholdspligten. Det nytter ikke meget, at der fastsættes store bidrag, når de ikke kan udredes. Opnås der en overenskomst inden eller under behandlingen af sagen, fritages myndighederne for vidtløftige undersøgelser og vanskelige vurderinger af ægtefællernes erhvervs- og formueforhold.

Hovedsynspunktet overfor overenskomster om underholdsbidrag må derfor være, at de er gyldige og må lægges til grund for både domstolenes og administrationens afgørelser. Et herfra helt forskelligt spørgsmål er det, om overøvrigheden eller domstolene senere kan ændre den gyldigt indgåede aftale og sætte sin egen afgørelse i stedet med fremtidig virkning. Ved separation og skilsmisse kommer der i denne henseende en karakteristisk forskel frem mellem hustrubidrag og børnebidrag.

En separations- eller skilsmisseaftale om *hustrubidrag*, som var rimelig på indgåelsestidspunktet og ikke fremkaldt ved svig, tvang mv, *kan ikke senere ændres af administration eller domstole*. Bidraget kan ikke efter begæring fra manden sættes ned, hvis hans økonomiske stilling undergår væsentlige ændringer som følge af arbejdsløshed, sygdom, invaliditet, ændringer i en forretnings afkastning, landbrugets almindelige indtjeningsevne osv. Selv om manden går konkurs, hænger forpligtelsen til at betale hustrubidrag efter den indgåede overenskomst som et sværd over hans hoved. Omvendt kan bidraget heller ikke forhøjes efter begæring fra hustruen, hvis hun bliver syg eller arbejdsløs og derfor ikke længere kan klare sig med det aftalte bidrag, eller hvis bidraget på grund af den støtte stigning i alle priser efterhånden ikke har samme købekraft som ved aftalens indgåelse. Der er handlet mellem ægtefællerne om risikoen for alt dette, og aftalen kan ikke gøres om eller ændres ud fra synspunktet bristende forudsætninger.

En aftale om *børnebidrag* kan overøvrigheden derimod altid senere tilsidesætte og erstatte med sin egen afgørelse, når forholdene har forandret sig væsentligt, og børnenes tarv tilsiger det, og der

gælder samme regler ved samlivsophævelse, separation og skilsmisse. Det betyder navnlig, at *aftalte børnebidrag kan sættes op*, når de på grund af prisstigninger har mistet en væsentlig del af deres værdi, når hustruen på grund af sygdom eller arbejdsløshed ikke længere kan bære samme del af forsørgelsesbyrden, og når mandens indtægter går væsentligt op, uden at hans forpligtelser samtidig forøges i det nye ægteskab, han måtte have indgået. Men de kan også sættes ned, når der er sket ekstraordinære ændringer i mandens økonomiske forhold.

Dette er fra en praktikers synspunkt indholdet af reglen i ægteskabslovens § 72. Aftaler om faste hustrubidrag er næsten altid urørlige, medens aftaler om faste børnebidrag kun gælder indtil videre og kan erstattes af en overøvrighedsresolution. Det er nødvendigt at understrege dette. Ugyldighedsovervejelser fylder så meget i både de formueretlige og de forvaltningsretlige fremstillinger, at den, der nærmer sig problemerne om aftaler og forvaltningsakter gennem læsning, let får det indtryk, at den ugyldige aftale eller forvaltningsakt spiller en stor rolle. Den betyder relativt lidt i sammenligning med det antal aftaler, der indgås hver dag, og det antal forvaltningsakter, der udfærdiges. Aftaler og forvaltningsakter er normalt gyldige. I særdeleshed vil en hustrubidragsaftale, der indgås under separations- eller skilsmisseforhandlinger *under sagføreres medvirkning*, næsten altid være gyldig.

Med hensyn til spørgsmålet om de ugyldighedsgrunde, der må anerkendes ved indgåelsen af en aftale om underholdsbidrag til børn, må der sondres mellem separations- og skilsmisseaftaler og aftaler i tilknytning til en samlivsophævelse.

Ved separation og skilsmisse kan en aftale om bidrag til børn erklæres for ugyldig af domstolene i de samme tilfælde som en hustrubidragsaftale og en aftale om formuedelingen og erstatningskrav, og aftalen vil ofte indgå som et enkelt punkt i en mere omfattende aftale. Herom har man en særregel i ægteskabslovens § 72, stk 1, men det er kun en suppleringsregel. Ved siden heraf må man ud fra de bag lovgivningen liggende nedarvede synspunkter og friere vurderinger anerkende en række andre ugyldighedsgrunde som tvang, svig, fejlskrift, udnyttelse, urigtige forudsætninger af en vis vægt osv.

Reglerne i aftaleloven gælder ikke direkte for aftaler om underholdsbidrag. Stort set må man kunne overføre de ret elastiske syns-

punkter i lovens §§ 28–32 med den modifikation, at man ikke uden videre kan gå ud fra, at der skal tages det samme hensyn til en godtroende ægtefælle som ved formueretlige aftaler. Har hustruens fader, uden at hun var klar derover, fået ægtemanden til at indgå en aftale om bidrag til hustru og ægtebørn ved anvendelse af trusler af den i aftalelovens § 29 omhandlede art, behøver man ikke at anvende aftalelovens gyldighedssynspunkt, der er udtrykt indirekte, men kan gøre samme undtagelse, som man plejer at gøre ved gaver.³⁶⁾ Nogen domspraksis om godtrosproblemet foreligger der vist hverken ved gaver eller ved underholdsbidrag. Domspraksis om ugyldige aftaler om bidrag til børn er der ikke meget af. Det, man interesserer sig for i praksis, er, om man kan få *overøvrigheden* til at kassere aftalen ud fra den betragtning, at aftalens opretholdelse strider mod børnenes tarv.

Efter retsvirkningslovens § 9 er der en endnu videregående adgang for overøvrigheden til at sætte en i anledning af en samlivsophævelse indgået aftale om underholdsbidrag ud af kraft. Det kan ske ikke blot, når forholdene har forandret sig væsentligt, men også, når aftalen skønnes åbenbart ubillig. Overøvrigheden har overfor disse aftaler den samme censurbeføjelse, som domstolene har efter ægteskabslovens § 72, stk 1, overfor separations- og skilsmisseaftalernes underholdsbidragsbestemmelser, og derudover beføjelse til at tilsidesætte aftalen og sætte sin egen afgørelse i stedet, når parternes økonomiske forhold har ændret sig væsentligt siden aftalens indgåelse. Reglerne er de samme ved aftaler om hustrubidrag og aftaler om børnebidrag, og det vil igen sige, at det ikke er så betænkeligt ved en samlivsophævelse at afslutte en aftale om fast hustrubidrag. Den kan ændres af overøvrigheden, når mandens indtægter går kraftigt ned, eller når hustruen bliver syg. Denne forskel mellem reglerne om hustrubidragsaftaler ved samlivsophævelse, separation og skilsmisse synes ikke velbegrundet.

Retsvirkningslovens § 9 hjemler ikke overøvrigheden adgang til at tilsidesætte en ved samlivsophævelse indgået bidragsaftale med den begrundelse, at der har foreligget fx tvang ved indgåelsen, svig, fejlskrift, urigtige relevante forudsætninger. Skal en aftale søges omstødt af denne grund, idet den efter sit indhold ikke kan karakteriseres som åbenbart ubillig, må sagen for domstolene.

³⁶⁾ Borum II s 292, og H Ussing: Aftaler, 3 udg 1950, s 126–27.

Prototypen på en åbenbart ubillig aftale er den, som går ud på, at hustruen giver afkald på underholdsbidrag til børn mod at få lov til at beholde forældremyndigheden over dem. De er ikke ualmindelige, når forholdet ordnes uden sagføreres mellemkomst. Hvis hustruen må siges at bære skylden for samlivets ophævelse, vil manden efter indholdet af myndighedslovens § 24, stk 1, stå stærkt med et krav om at få forældremyndigheden tillagt, dersom han er egnet til at opdrage børnene, og det benytter nogle sig af til at få hustruen til at give afkald på underholdsbidrag til sig og børnene. Når hustruen senere opdager, at hun ikke kan klare sig, er der hjemmel til at tilsidesætte aftalen.

Hustruens afkald på underholdsbidrag til et barn kan ikke altid anses som åbenbart ubilligt. Går aftalen fx ud på, at manden skal have forældremyndighed over 3 børn, hustruen over et, og at der renonceres på bidrag til børn, kan aftalen være ret rimelig, når både manden og hustruen må betegnes som ubemidlede.³⁷⁾

V. *Interessesubjekt og påtalesubjekt.*

Begrundelsen for den forskel, der er i adgangen til at tilsidesætte en aftale om hustrubidrag og en aftale om børnebidrag, når forholdene efter aftalens indgåelse har ændret sig på afgørende måde, må være, at kravet på underholdsbidrag til et barn ikke er hustruens, men barnets. Med denne terminologi, som er brugt i § 27, 1 punktum, i loven om børn udenfor ægteskab, sigter man til det, som man efter en funktionel rettighedsterminologi³⁸⁾ plejer at kalde interesse- eller formålssubjektiviteten. Ved børnebidrag er barnet interessesubjekt : den i opfyldelse umiddelbart interesserede. Ægtefællen er påtalesubjekt : den, der kan sætte retsmaskineriet i gang for at få fastslået forpligtelsen, og samtidig rådighedssubjekt : kan indkræve bidraget hos pligtsubjektet.

At også andre end ægtefællen kan være rådighedssubjekt, fremgår af § 28, stk 1, i loven om børn udenfor ægteskab, jfr ægtebørnslovens § 7. Retten til at indkræve det bidrag, *som er pålagt* ægtefællen, tilkommer i første række indehaveren af forældremyndighed. Heraf følger det, at den tilkommer børneværnsudvalget i alle de tilfælde, hvor barnet er fjernet fra den fraskiltes eller frasepareredes hjem eller fra den, der faktisk har ophævet samlivet,

³⁷⁾ Min Tid 1943 s 619.

³⁸⁾ Bentzon, 1916, s 384. Se også Ross s 216-17.

i henhold til forsorgslovens § 130, stk 1, og i de tilfælde, hvor udvalget har overtaget forsorgen for barnet i henhold til § 130, stk 2. Er forældremyndigheden med overøvrighedens godkendelse og efter høring af den fraskilte mv overdraget til en anden, er det denne, der kan indkræve bidraget, og efter at indehaveren af forældremyndighed er død, er det den, der har fået forældremyndigheden tillagt i henhold til myndighedslovens § 26, der kan indkræve. Er begge forældre døde, og er der ingen, der har fået forældremyndigheden tillagt, er det værgen, der indkræver, som den, der da har forældremyndigheden.

Forudsætningen for, at indehaveren af forældremyndighed kan indkræve bidraget er det efter § 28, stk 1, at han tillige har »forsorgen« over barnet ∴ afholder udgifterne ved dets underhold. Har han anbragt barnet i fast pleje, tilkommer retten til at indkræve bidraget, den, hos hvem barnet er anbragt. Endelig indeholder § 28, stk 1, in fine en regel om, at i de tilfælde, hvor en offentlig institution eller kasse eller en anerkendt privat institution helt eller delvis udreder udgifterne til barnets forsørgelse, tilkommer retten det offentlige eller institutionen. Som følge af disse regler, der udtrykker dels den grundsætning, at *indkrævning af underholdsbidrag til børn er et forældremyndighedsanliggende og ikke et værgeanliggende*, dels den, at *bidraget tilkommer og indkræves af den, der forsørger barnet*, kan disse krav på bidrag ikke overdrages til andre. De følger med barnet. Der kan ikke gøres udlæg i bidragskravet for gæld, der påhviler rådighedssubjektet.

Medens således mange andre end forældrene kan være rådighedssubjekt, kan *ved ægtebørn kun forældre være påtalesubjekt* ∴ bestemme, at der skal fremsættes et krav mod ægtefællen om bidrag til barnet *efter de privatretlige regler*. Dette fremgår af retsvirkningslovens § 6 og ægteskabslovens §§ 70–71. Kravet om underholdsbidrag til barnet rejses både efter samlivsophævelse, separation og skilsmisse af den ene ægtefælle mod den anden, og der er bortset fra den tidligere berørte undtagelse, der følger af henvisningen i ægtebørnslovens § 7 til § 21 i loven om børn udenfor ægteskab, ikke nogen hjemmel til, at andre end ægtefæller kan forlange, at den ægtefælle, der har ophævet samlivet, er separeret eller skilt, skal betale bidrag til børn. Påtalesubjekt er med hensyn til sådanne bidrag til ægtebørn ægtefæller og kun ægtefæller eller sagt på anden måde: *afgørelsen om privatretlig bidragspligt er et for-*

ældreanliggende og ikke et forældremyndighedsanliggende, medens inddragelsen, når bidragspligten først er fastslået, er et forældremyndigheds- og forsorgsanliggende.

Når et barn fjernes fra en fraskilt eller frasepareret eller fra en ægtefælle, der har ophævet samlivet, vil børneværnsudvalget som følge af reglen i § 28, stk 1, jfr ægtebørnslovens § 7, succedere i kravet på at få udbetalt bidrag, *når bidragspligten er fastslået inden inddragelsen ved dom eller overøvrighedsresolution.* Er der ikke inden inddragelsen fastslået bidragspligt, fx fordi der er givet afkald, eller fordi der efter en samlivsophævelse ikke er rejst noget krav, kan udvalget ikke succedere i noget krav. Udvalget har ikke en selvstændig beføjelse til at kræve, at den fraskilte mv sættes i bidrag til barnet efter de privatretlige regler.

Ved separation og skilsmisse fremgår dette af ægteskabslovens §§ 70–72. Tilsidesættelse af en aftale om, at hustruen ikke skal have bidrag, sker alene efter hendes begæring. Dette er vel ikke udtrykkeligt udtalt i § 72, stk 2, men § 71, 1 punktum, som må ses i sammenhæng med § 72, viser, at »på begæring« i § 72, stk 2, må læses som »på begæring af en ægtefælle«. ³⁹⁾ Ved samlivsophævelse følger det dels af forudsætningen i retsvirkningslovens § 6 om påtaleretten, dels af, at der står, at bidraget fastsættes til de *hos ægtefællen værende* børns underhold. Når et barn er fjernet fra hjemmet, før der er fastsat bidrag efter § 6, kan det ikke fastsættes, selvom hustruen giver sin tilslutning dertil.

I praksis spiller spørgsmålet om forsørgelsesmyndighedernes ret til at indtræde i de privatretlige bidragskrav en stor rolle. ⁴⁰⁾ Det skyldes ikke, at der kun kan udbetales bidrag til barnet, når der foreligger en privatretlig bidragsresolution, og forholdet er heller ikke dette, at manden slipper væsentligt billigere, når der ingen resolution er. Der udbetales da anden offentlig hjælp, som inddrives hos manden i henhold til en forsorgsresolution af det sociale udvalg, se forsorgslovens § 7, stk 1, og § 9, stk 3. Forsørgelsesmyndighedernes interesse er rent konteringsmæssig og en konsekvens af reglen om fuld refusion fra statskassen af forskudsvis afholdte udgifter til underhold af børn i henhold til privatretlig bidragsresolution. Både kommunerne og de børneforsorgen

³⁹⁾ Anderledes Faurholt s 108.

⁴⁰⁾ Se fx Min Tid 1937 A s 168, 1940 s 492, Justitsmin utrykte skr 31 maj 1941. I utrykt skr af 14 dec 1946 har Justitsmin i et tilfælde, hvor et barn af fraskilte blev inddraget under forsorg efter § 130, stk 2, og hvor der i vedtagne vilkår stod, at der ikke skulle ydes børnebidrag, fastslået, at der skulle udfærdiges forsorgsresolution og ikke bidragsresolution.

administrerende statsmyndigheder er interesseret i at få så mange børneudgifter som muligt konteret over på forskudskontoen.

VI. *Forsørgelse af stedbørn.*

Efter forsorgslovens § 4 er den, der er gift, forpligtet til at forsørge ægtefællens særkuldbørn, hvis de er født før ægteskabet og medtaget til forsørgelse i det fælles hjem : er stedbørn. Den her fastslåede pligt gælder kun »overfor det offentlige«, hvilket betyder, at ægtefællen kan tvinges til at refundere en offentlig kasses udlæg til børnenes forsørgelse. Pligten ophører, hvis ægtefællerne separeres eller skilles, eller hvis barnets virkelige fader eller moder dør. Skønt det er uomtalt, må den også bortfalde, når den naturlige faders eller moders pligt ophører.

Siden ægteskabsloven har man fortolket »deres børn« og »børn« i lovens §§ 70–71 som »fællesbørn« og ved *separation og skilsmisse* ikke pålagt underholdsbidrag til den andens særkuldbørn, selvom de er født før ægteskabet og medtaget til forsørgelse i det fælles hjem. Justitsministeriet har enkelte gange udtalt sig i denne retning,⁴¹⁾ og domstole og sagførere har anset fortolkningen for så selvfølgelig, at der ikke ses refereret afgørelser, hvor sagførere har forsøgt at eksten dere § 70 til særkuldbørn.

I teorien har man doceret, at den privatretlige forsørgelsespligt overfor stedbørn udledes af forsorgsloven og ophører under de samme betingelser som pligten overfor det offentlige : ved *separation* og *skilsmisse* og ved den naturlige faders eller moders død.⁴²⁾ Efter praksis må man vistnok acceptere synspunktet ved *separation* og *skilsmisse*, men det er ikke nødvendigt at acceptere fortolkningen ved død. Begrundelsen er næppe holdbar. Reglerne om den offentligretlige og privatretlige forsørgelsespligt afviger i så mange henseender, at enhver argumentation fra det ene til det andet ikke har videre vægt.

Fx er ægtemanden aldrig overfor det offentlige forpligtet til at forsørge sin fraskilte hustru, medens han efter ægteskabslovens § 69 kan være det overfor hende selv. Omvendt vil manden ofte ved afgørelsen i en *separationssag* være blevet fri for underholdsbidrag, men alligevel skal han refundere det offentliges i *separationsperioden* afholdte udgifter til den fraseparerede hustrus underhold. End-

⁴¹⁾ Fx utrykt skr af 14 sep 1940 til Overpræsiediet.

⁴²⁾ Bentzon, 1926, s 30–31 med note 2, Borum II s 168.

videre kan en fraskilts eller fraseparerets forpligtelse til at betale bidrag til ægtebarn i henhold til overøvrighedsresolution bortfalde ved barnets 14 år, skønt pligten overfor det offentlige vedvarer til dets 18 år, og en fader til et barn udenfor ægteskab er kun forpligtet til at yde underholdsbidrag, selvom han overfor barnet har forsørgelsespligt. Endelig var naturlige forældre indtil 1948 subsidiært forsørgelsespligtige overfor det offentlige for et bortadopteret ægtebarn, uden hensyn til, at den privatretlige pligt ophører ved adoptionen.

Eksemplerne viser, at man ikke kan drage slutninger fra de offentligretlige regler til de privatretlige forhold, og at man ikke »bagved« retsreglerne skal tænke sig een forsørgelsespligt med barnet som interessesubjekt og ægtefællen og det offentlige som påtale-subjekt. Der foreligger to selvstændigt udformede pligtforhold, der har en vis berøring med hinanden, men i enkeltheder falder højest forskelligt ud. Hvordan man skal konstruere dette, behøver vi ikke at gå ind på i denne sammenhæng.

Privatretligt har *samlevende* ægtefæller forsørgelsespligt overfor de i hjemmet værende børn, fællesbørn og stedbørn. Det kan udledes af udtrykket »familie« i retsvirkningslovens § 2 og den dertil knyttede bestemmelse i § 5 om bidragsansættelse, medens ægtefæller samlever. Familie er et vidt begreb, der kan omfatte stedbørn, og det er naturligt at fortolke bestemmelsen på denne måde.

Herefter er der i § 5 hjemmel til at fastsætte bidrag til bl a stedbarnets underhold. Betragtningen får desuden betydning ved fortolkningen af ægteskabslovens § 53, stk 1, om adgang til separation, når ægtefællen ikke opfylder sin underholdspligt »mod ægtefællen eller børnene«. Også i denne lovbestemmelse omfatter udtrykket børn stedbørn. Så længe ægtefællerne samlever, kan det ikke godtages, at stedfaderen ikke skal udfolde bestræbelser for at skaffe underholdet til alle de børn, der er i hjemmet, eller at stedmoderen ikke er forpligtet til at tage sig af alle børnene. Man kan ikke blive stående ved en regel om, at hvis stedfaderen smider børnene ud af hjemmet, sker der kun dette, at han kommer til at refundere det offentliges udgifter til deres forsørgelse. Han er forsørgelsespligtig også i den forstand, at hustruen kan søge fastsat underholdsbidrag efter § 5 bl a til særkuldbarnet og søge separation efter ægteskabslovens § 53, stk 1, ved grov ikke-opfyldelse.

Hvis der søges separation, har man derimod den ubønhørlige

konsekvens, som praksis længe synes at have draget af ægteskabslovens § 70, at der ikke er nogen bidragspligt overfor stedbørn efter separation og skilsmisse. Herpå kan der i retsanvendelsen bødes gennem hustrubidragets størrelse, og på denne måde søger man sikkert at komme udenom de værste konsekvenser af fortolkningen.

Synspunktet ved fortolkningen af retsvirkningslovens § 2 kan også følges ved pålæg af bidrag *efter samlivsophævelse* i henhold til § 6, så at man giver ordene »de hos denne værende børn« den mening, at der kan fastsættes bidrag til stedbarn. Fra et sprogligt synspunkt er denne læsemåde den nærmestliggende. Når man antager, at stedbørn i § 2 hører med til »familien«, og at der kan fastsættes bidrag til dem efter § 5, bør man også tage dem med i § 6-tilfældet, selvom dette ofte udvikler sig til separation. Lovens forarbejder indeholder intet, der taler imod fortolkningen, og den er godkendt i administrativ praksis.⁴³⁾

Det synes heller ikke nødvendigt at statuere, at stedfaderens eller stedmoderens privatretlige pligt til at forsørge barnet ophører med den naturlige faders eller moders død. Imod slutninger fra forsorgslovens § 4 taler den omstændighed, at der i § 280 er speciel hjemmel til i trangtilfælde at yde særhjælp til de stedbørn, som stedfaderen ikke har offentligretlig forsørgelsespligt overfor. Når man med praksis accepterer, at den i § 2, jfr §§ 5–6 omhandlede forsørgelses- og bidragspligt ikke ophører ved samlivsophævelse, synes den vægtigste indvending imod at lade pligten ophøre ved død at være, at der ikke er nogen lovregel om, *at den skal ophøre*.⁴⁴⁾ Da stedmoderen eller stedfaderen kan få tilladelse til at sidde i uskiftet bo med barnet indtil dets fyldte 21 år, ville man, hvis man ikke antager, at der stadig er privatretlig forsørgelsespligt, arbejde med en konstruktion om, at det privatretligt er lovligt at sulte et

⁴³⁾ Justitsmin's utrykte skr af 28 feb 1941 til Overpræsidiets og Overpræsidiets resolutioner af fx 20 aug 1940 og 1 aug 1950. Det synes at være Bentzon, der er fader til fortolkningen, Bentzon, 1926, s 42 note 47. Også efter svensk ret vedvarer forsørgelsespligten trods samlivsophævelse, Föräldrabalken 7 kap 4 §, Walin s 127.

⁴⁴⁾ Således som i svensk ret, hvor det på den anden side fastholdes, at pligten ikke ophører ved separation. Pligten er også i en anden henseende videre i svensk ret end i dansk, idet den omfatter børn under ægtefællens vårdnad 3: forældremyndighed, selvom de ikke er medtaget til forsørgelse i det fælles hjem, Walin s 127. Efter norsk lov af 1915 om forældre og ægtebarn § 1, stk 2, er den ægtefælle, der sidder i uskiftet bo med afdødes særkuldbørn af tidligere ægteskab, underholdspligtig overfor dem.

stedbarn ihjel. Det er en så umulig løsning, at man *ud fra friere vurderinger må være berettiget til at kræve lovhjemmel for ophør* og, hvis denne ikke kan påvises, indtage det standpunkt, at den ikke er ophørt.

Da lovhjemmel ikke kan påvises, bør man derfor uden hensyn til ændringen i fattiglovens regel blive stående på den tidligere gældende regel om, at *den privatretlige forsørgelsespligt overfor stedbørn ikke ophører ved samlivsophævelse eller død*, men kun ved skilsmisse og vel også ved separation. Dette udledes af retsvirkningslovens §§ 2, 5 og 6 og ægteskabslovens § 70. Overøvrigheden har dog ikke i dødstilfældet nogen lovhjemmel for at udfærdige bidragsresolution, men barnets værge må eventuelt håndhæve et bidragskrav ved de almindelige domstole. Det kan man også komme ud for i andre tilfælde.

Hvorfor man i sin tid i Socialministeriet ændrede den offentligretlige regel om virkningerne af ægtefællens død, kan man ikke se af lovens motiver. Bestemmelsen har en dunkel forhistorie, og det menes, at det er en konkret sag, som man dengang hæftede sig en del ved, der har været udgangspunkt for overvejelserne.

Så længe spørgsmålet om varigheden af den privatretlige forsørgelsespligt ikke er helt afklaret, bør pupilautoriteterne ikke give tilladelse til hensiddent i uskiftet bo med stedbørns arv, medmindre der afgives erklæring af ansøgeren om, at han er indforstået med, at der påhviler ham forsørgelsespligt overfor stedbarnet.⁴⁵⁾

§ 12. UNDERVISNING, OPDRAGELSE OG UDDANNELSE

Forsørgelsespligten overfor børnene er den forældrepligt, der hviler tungest på mindrebedragede ægtefæller. Fra det offentlige side gøres der meget for at lette byrden. Bestemmelsen i forsørgslovens § 3 om, at forældre overfor det offentlige er forpligtet til at forsørge deres ægtebørn indtil deres 18 år, svarer til reglen i den tidligere fattiglov af 1891, men dens baggrund er radikalt ændret. Ved siden af reglerne om forskudsvis udbetaling indenfor normalbidragets rammer af de ved overøvrighedsresolution fastsatte børnebidrag,¹⁾ der stammer fra 1888 (børn udenfor ægteskab) og 1908 (ægtebørn), har man nu i forsørgsloven regler om

⁴⁵⁾ Arveretten s 29.

¹⁾ Nærmere herom i forsørgslovens §§ 182–218, Borum I s 114–18, jfr cirk 16 juni 1949 i Min Tid 1948 s 244.

bidrag til børn af enker og enkemænd og til forældreløse børn samt reglerne om særforsorg. Det offentlige kan overtage den væsentligste part af udgifterne til forsorgen for epileptiske, vanføre, lemlæstede, talelidende, blinde og døvstumme børn og til forsorgen for åndssvage børn. De bidrag, som forældrene kommer til at betale, når et barn anbringes under særforsorg på institution, hospital eller anstalt, dækker kun en brøkdel af det offentliges udgifter.

En anden form, hvorunder det offentlige yder meget betydelige beløb til børns underhold, er ved støtten til boligbyggeri. Gennem de offentligt kontrollerede boligselskaber har man længe bygget boliger specielt beregnet for mindrebemidlede med børn, og desuden gives der nu særlige tilskud til nedsættelse af de børnerige familiers husleje.²⁾ Og endelig ydes der offentlig støtte gennem et direkte efter den skattepligtige indkomst differentieret tilskud til børn af forældre, hvis indkomst ligger under en vis grænse,³⁾ gennem forsørgertillæg til lønninger, gennem børnefradrag ved opførelse af den skattepligtige indkomst osv. Reglen om forpligtelsen til overfor det offentlige at forsørge børn har fået et andet reelt indhold i løbet af et halvt århundrede.

Ægtefællers forpligtelse til at sørge for, at børnene får føde, bolig, klæder og fodtøj, lader sig lettest kontrollere og er derfor inde under den mest omfattende retlige normering. Ved siden heraf skal ægtefæller også sørge for børnenes undervisning og opdragelse. Under nutidens forhold fyldestgøres denne forpligtelse især ved, at barnet sættes i skole, og også her letter det offentlige forældrenes byrde ved at sørge for en tilfredsstillende og billig undervisning i forskellige slags skoler.

Reglerne om undervisningspligten findes i folkeskoleloven af 1937. Ethvert undervisningspligtigt barn (d: barn, der er fyldt 7 år ved skoleårets begyndelse og ikke fyldt 14 inden skoleårets udgang) skal søge folkeskolen, hvis det ikke på anden måde får en undervisning, der kan stå mål med, hvad der almindeligt kræves i denne. Undervisningen kan gives i en privatskole, men indehaveren af forældremyndighed har også ret til at lade barnet hjemmeundervise, når der afgives erklæring til skolekommissionen om, at der bliver sørget for barnets undervisning. Der føres et vist tilsyn med sådan hjemmeundervisnings kvalitet, og skønnes den ikke forsvarlig, kan skolekommissionen beordre barnet undervist i den offentlige skole.

²⁾ Bkg nr 288 af 14 juni 1951 af lov om byggeri med offentlig støtte §§ 29-36 c.

³⁾ For skatteåret 1954-55 lov nr 109 af 13 april 1954. Tilskuddet ydes, når den skattepligtige indkomst er under 16.000 kr, for børn under en vis alder med et beløb på højst 182 kr pr barn. Det modregnes såvidt muligt i pålignet personlig skat.

Ansaret for, at et undervisningspligtigt barn modtager fyldestgørende undervisning, hviler på »den, til hvis husstand barnet hører« : normalt på forældrene, men det kan også påhvile slægtninge eller plejeforældre. *Pligtreglen korresponderer ikke med reglen om beføjelsen* til at afgøre, om barnet skal i offentlig eller privat skole, og om det skal undervises udover det 14 år, der er en funktion af forældremyndighed. Undervisningspligten har intet at gøre med forældremyndighedsreglerne, men er knyttet til et andet subjekt, der ofte vil være det samme som indehaveren af forældremyndighed, men ikke behøver at være det. Ud fra den funktionelle rettighedsterminologis synspunkt er der intet mærkeligt heri. – Lader forældre uden lovlig grund deres børn forfølge den offentlige skole, pålægges der dem skolemulkter.⁴⁾

Efter den stadig gældende regel i § 9 in fine i loven af 13 april 1851 om ægteskabs indgåelse udenfor de anerkendte trossamfund antages det, at børn skal opdrages i en trosbekendelse, til hvilken en af forældrene hører, eller i folkekirkens tro. *Forældre, der står i folkekirken, må ikke sende deres børn i en katolsk skole.*⁵⁾ Børn i ægteskaber mellem katolikker og protestanter vil blive sendt i katolske skoler som følge af, at katolikker kun kan få dispensation fra de disciplinære bestemmelser i Codex juris canonici om forbud mod ægteskab med bl a protestanter på betingelse af, at børn opdrages i den katolske tro.

Forpligtelsen til at sørge for et barns religiøse opdragelse fyldestgøres ved at lade barnet deltage i skolens religionsundervisning. Når et barn, der undervises i folkeskolen, på grund af forældrenes trosbekendelse ikke skal opdrages i den evangelisk-lutherske tro, kan det forlanges fritaget for deltagelse i religionsundervisningen, og der er desuden en vis adgang for forældre, der selv vil sørge for barnets religiøse opdragelse, til at få barnet fritaget.

I familieretskommissionens udkast til myndighedsloven fandtes der en bestemmelse om, at et barn skal have en opdragelse og uddannelse, som stemmer med forældrenes og barnets stilling og vilkår, og at der ved uddannelsen såvidt muligt skal tages hensyn til barnets anlæg og ønsker. Under de følgende forhandlinger

⁴⁾ Lov nr 160 af 18 maj 1937 om folkeskolen §§ 43–49. Inden barnet kommer i skole, skal det være vaccineret. Pligten til at sørge herfor hviler på »barnets forældre eller dem, der træder i deres sted«, men om der her ved sigtes til forældremyndighedsreglerne, er ikke klart. Loven er skødesløst formuleret. Se lov nr 84 af 31 maj 1931 § 1, stk 1, § 2, stk 2, § 3, stk 1, og § 9.

⁵⁾ Forbudet har stået fast siden Justitsmin skr af 2 marts 1863 til Kirke- og Undervisningsmin (Ussings reskriptsamling), men dets juridiske grundlag er yderst spinkelt. Kun ved at løsrive sidste punktum i § 9 fra sammenhængen kan man komme til sætningen. Den harmonerer ikke med grundsætningen om religionsfrihed. Spørgsmålet har aldrig været for domstolene.

blev bestemmelsen strøget, medens der både i den norske og den svenske lov findes forskrifter af lignende indhold. Ægtebørnslovens § 7 giver nu gennem henvisningen til reglerne om børn udenfor ægteskab hjemmel til at pålægge den fraskilte eller fraseparerede fader og den fader, der har ophævet samlivet med moderen, bidrag til børnenes uddannelse indtil deres 21 år, såfremt hans økonomiske forhold taler derfor.

Samlevende ægtefæller kan i modsætning hertil ikke tvinges til at sørge for børnenes uddannelse. De kan heller ikke tvinges til at give udstyr til en datter, der skal giftes. BGB indeholder en regel om, at faderen er forpligtet til at give den datter, der skal giftes, et »passende« udstyr,⁶⁾ men dette er et meget vidt begreb, og forpligtelsen er gjort så elastisk, at det er vanskeligt at se reglens nytte. Man bevæger sig ind på et område, hvor forældrepligter ikke kan og ikke bør reguleres ved rettens tvang.

⁶⁾ BGB § 1620-22. Kun hvis han har råd og kun een gang.

APPENDIX

§ 13. BØRN UDENFOR ÆGTESKAB

I. *Baggrunden for lovene af 1937.*

Den ældste danske lovbestemmelse om faderens forsørgelsespligt overfor sit udenfor ægteskab fødte barn findes i en forordning af 1763, der pålægger ham at drage omsorg for barnets opdragelse på lige fod med moderen og at betale mindst halvdelen af udgifterne ved dets nødtørftige forsørgelse indtil dets 10 år.

Hverken i DL eller i andre ældre love findes der lignende regler. Men herfra kan man ikke slutte, at der ikke fandtes retsregler om faderens forsørgelsespligt. Frd 1763 er ikke en nydannelse, men en indskærpelse og tydeliggørelse af en faderen allerede påhvilende retspligt. Det fremgår af forordningens tekst, der konstaterer, at også faderen har en »naturlig pligt« til at forsørge barnet. Og det kan ses af forordningens forarbejder, som er nogle af generalprokurør Stampe afgivne erklæringer.

I disse fremhæves det, at den påtænkte lovregel ikke er en ny retsregel. Vel pålægger DL ikke udtrykkeligt faderen at forsørge sit barn udenfor ægteskab, men den ophæver på den anden side heller ikke den forpligtelse, som naturens lov pålægger alle forældre i almindelighed til at opfostre deres børn. Efter naturens lov er der ikke forskel på ægtebørn og børn udenfor ægteskab.¹⁾ Hvad Stampe sigter til, er ikke moralregler, men retsregler, som var fastslået i dansk domspraksis. »I den henseende er det og nogle gange håndet, at en fader, som har vægret sig ved at tage del i de omkostninger, hans uægte barns ernærelse og opdragelse udfordrede, *er ved Højesterets dom bleven kendt pligtig dertil at bidrage noget vist*, efter hans vilkår og formue.« Når Stampe foreslog reglen fikseret som lovregel, beroede det ikke på, at han mente, at Højesteret ville ændre praksis, men på, at »en underdommer kan være hel forlegen med at dømme i slige tilfælde, hvor han ikke har en tydelig lov for sig.«²⁾

Der er ingen sammenhæng mellem frd 1763 og oplysnings-tidens filosofi. Den bog, der kunne have inspireret reformen, Rousseaus *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*

¹⁾ Se den klassiske bemærkning i nov 89, c 1.

²⁾ Stampes erklæringer, I s 407 (1755), IV s 188 (1763).

parmi les hommes, udkom så kort tid før Stampes første erklæring, at han ikke da kan have kendt den. Montesquieu og Voltaire interesserede sig ikke for at få gennemført sådanne reformer. Emnet lå udenfor deres horizon, som det i den klassiske romerrets periode lå udenfor de kendte juristers horizon.³⁾ Retssætningen om faderens forsørgelsespligt også overfor sit barn udenfor ægteskab er ældre end oplysningstidens filosofi. Den stammer fra *aequitas canonica* og er tidligt blevet accepteret af de franske og tyske domstole. »Qui fait l'enfant doit le nourrir«, hedder det i en gammel fransk retssætning. Der har sikkert været en forbindelse mellem dansk ret og »gemeines Recht«.⁴⁾

Det gøres ofte gældende, at det hovedsagelig skyldes kirkens indflydelse, at børn udenfor ægteskab har haft og i visse lande stadig har en ringere stilling end ægtebørn overfor deres forældre. Hertil må først bemærkes, at kanonisterne hentede reglerne om børn der, hvor de hentede så mange andre regler, nemlig fra romersk ret. De strenge regler er udformet, længe før kirken fik nogen indflydelse på retsudviklingen. Men der er det rigtige i betragtningen, at der først opstår et problem, når forholdet mand-kvinde får en vis fasthed og ordnes efter eet og kun eet sæt retsregler. Denne betingelse blev opfyldt i middelalderen, og det skyldes den katolske kirkes indsats med læren om ægteskabet som den eneste acceptable form for kønsforbindelse og udbygningen i sakramentslæren og uopløselighedslæren. Uden ægteskab som en retlig dominerende form er der intet problem om retsstillingen for børn udenfor ægteskab i samme forstand som nu. Når man anerkender denne form, og den foretrakkes af den allerstørste del af befolkningen, fremkommer der uundgåeligt en deling af børnene i børn født i og børn født udenfor ægteskab, hvilke ændringer man end foretager i lovgivningen.

Den eneste måde, hvorpå man kan løse spørgsmålet om stillingen for børn udenfor ægteskab, er gennem en ophævelse af

³⁾ Schulz s 160-61.

⁴⁾ Justinian foreskrev forsørgelsespligt overfor konkubinebørn ved novelle 89, se navnlig c 1 og c 12, men undtog adulterini og incestuosi (=: børn født af en kvinde, der havde begået ægteskabsbrud, og børn af for nært beslægtede), c 15. Panormitanus tog afstand fra denne undtagelse og hævdede, at faderen har forsørgelsespligt overfor alle børn udenfor ægteskab, Esmein II s 38-39, hvad forøvrigt også Bartolus og Baldus gjorde.

Romerrettens udtryk legitimi og illegitimi, som gennem kanonisk ret er gået over i moderne ret, bruges ikke i dansk ret. Der findes ikke illegitime børn, men kun illegitime forældre. Illegitimi inddeltes i naturales (=: konkubinens børn), spurii (=: flygtig, men ikke løsagtig forbindelse), vulgo quæsitii (=: løsagtig), adulterini og incestuosi. I engelsk ret har man bevaret terminologien bastardy. Det kan være hensigtsmæssigt at anvende udtrykkene adulterini og incestuosi. Udtrykket børn udenfor ægteskab er skabt under den franske revolution.

ægteskabsinstitutionen. Det er en utopisk tanke. Ægteskabsinstitutionen holdes oppe af mange andre faktorer end kirken, og det store flertal ønsker absolut ikke ægteskab erstattet med fri kærlighed. Ellers ville ægteskabet som retlig form være forsvundet nu, hvor kirken forlængst har mistet sin indflydelse på retsudviklingen. Ægteskabet har en etisk og en seksuel side og for nogle også en religiøs. Men ægteskab er også en praktisk og betryggende ramme om et arbejdsfællesskab mellem en mand og en kvinde og deres børn fx om en landbrugsejendom eller en detailforretning. Hvad er en husmand værd uden en dygtig hustru?

Samlivet og samarbejdet på en bedrift skaber et sammenhold og en fjendtlig indstilling overfor enhver, der vil forsøge at bryde det udefra, det være sig som kreditor eller arving. Modstanden mod den arveretlige ligestilling af børn udenfor ægteskab med ægtebørn bunder også i ægtebørnenes og ægtehustruernes modvilje mod at skulle afgive en del af den formue, der er opsparet *bl a ved deres arbejdsindsats og deres afsavn*, til en, der ikke har været med til at skabe virksomheden eller opspare formuen. Der er tale om primitive af ejendomsretten afledte uvenlige følelser imod ligestilling af børn, der ikke har levet med i flokken, med børn, der har gjort dette over en årrække.

En anden betydningsfuld hæmningsfaktor i arbejdet for at forbedre de udenfor ægteskab fødte børns stilling har været den »dobbelte« kønsmoral. Det er betegnende, at arbejdet for fuld ligestilling først har kunnet vise resultater i Norge, hvor agitationen mod den dobbelte kønsmoral fra slutningen af det 19 årh har været særlig stærk (Bjørnson).

Endelig har uligheden haft den styrke, der ligger i, at det nedarvede formodes at være rationelt.

At uligheden skyldes dybtliggende økonomiske og andre faktorer synes at fremgå af den skæbne, som ligestillingstanken fik under den franske revolution. Under påvirkning af de Rousseauske synspunkter og efter forslag fra Cambacérés gennemførtes loven af 12 brumaire år II om bl a fuld arveretlig ligestilling og med bibeholdelse af den adgang til sagsanlæg for moderen mod den, der var uvillig til at anerkende faderskabet, som bestod efter ældre ret. Loven var ikke helt klar med hensyn til, på hvilke børn den fandt anvendelse, og da den yderligtgående bevægelse havde kulmineret med Robespierres fald, lemlæstede man den ad fortolkningsvejen, så den blev betydningsløs. Ved et cirkulære til domstolene indførte man i 1795 det indtil da ukendte princip »la recherche de la paternité est interdite«. Ville en mand ikke frivilligt anerkende faderskabet, var der intet at stille op, moderen kunne ikke anlægge sag om underholdsbidrag. Det var de jurister, der havde foreslået reformen, som gik i spidsen med hensyn til at komme bort fra princippet, og det skete på den

måde, at man fortolkede loven i strid med både dens bogstav og formål. Formelt opretholdt man ligestillingen, men dens reelle indhold blev et andet.

Som regel gør man Bonaparte ansvarlig for den tidligere gældende regel i Code civil art 340 og citerer hans udtalelse om, at staten ikke har nogen interesse i, at afstammingsforholdet vedrørende et barn udenfor ægteskab konstateres. Det er borgernes privatsag. Det er en kendsgerning, at det var de radikale, der slog om, da de opdagede, at reformen ikke harmonerede med befolkningens indstilling.⁵⁰⁾

Diskussionen om »la recherche de la paternité est interdite« fortsatte i over et århundrede, før grundsætningen blev modereret. Ved en ændring af 1912 fik moderen adgang til at rejse faderskabssag i nærmere angivne situationer. Man undtog tilfælde, hvor moderen i avlingstiden »était d'une *inconduite notoire* ou a eu *commerce avec un autre individu*«. Her afvises sagen, og moderen får intet underholdsbidrag til barnet fra manden, som hun har forsøgt at få dømt.

Denne ordning plejer man at kalde exceptio plurium concubentium-ordningen. Det anerkendes, at indklagede til sit forsvar kan gøre gældende, at moderen i avlingstiden har haft eller må formodes at have haft samleje med en anden eller andre, så at det må *henslå som usikkert, om han er fader*. Da grundlaget for at pålægge forsørgelses- eller bidragspligt er en antagelse om, at den sagsøgte er fader, drager man efter den tankegang, der har ført til den nugældende regel i Code civil, den konklusion af den beviste exceptio plurium indsigelse, *at man lader den indstævnte slippe*. Forskellig herfra er en ordning, hvorefter indstævnte frifindes, når det er *bevist, at han ikke kan være barnets fader*.

Det er vigtigt, hvorledes man ordner den situation, som exceptio plurium reglen sigter imod, og den romanistiske løsning er ikke den eneste tænkelige eller den eneste logiske. Et ret betydeligt antal af de udenfor ægteskab fødte børn fødes af kvinder, som i de kritiske måneder har haft forbindelse med flere mænd. Frifindelsesløsningen fører derfor til, at en del mødre ikke kan fremsætte krav om bidrag til barnets underhold, hvilket i sidste instans får til følge, at det offentlige i de fleste tilfælde må overtage en del af byrden. Der er følgende løsninger:

⁵⁰⁾ C Brinton: French Revolutionary Legislation on Illegitimacy 1789–1804, 1936, Planiol I s 538–39. Arnholm s 48 med oplysning om Josef II's lovgivning, der også måtte opgives.

1. Sagsøgte frifindes, når indsigelsen er bevist.
2. Sagsøgte dømmes, idet man ikke tillægger det betydning, at det bevises, at en anden kan være fader, men kun, at det godtgøres, at sagsøgte *ikke selv kan* være fader.
3. Alle, der kan være fader, inddrages i sagen og dømmes til at betale underholdsbidrag til barnet.
 - a. Konkubenterne hæfter pro rata overfor moderen.
 - b. Konkubenterne hæfter solidarisk.
 - c. Konkubenterne hæfter ikke overfor moderen. Mellem moderen og konkubenterne indskydes en offentlig kasse, af hvilken moderen får udbetalt sædvanligt bidrag, medens konkubenterne alle skal indbetale fuldt bidrag.

Løsning I er den romanistiske ordning, der er lagt til grund for Code civil, BGB og ZGB. I tysk ret taler man om »Einrede des Mehrverkehrs« eller »Einrede der Bescholtenheit«, og kan denne indsigelse bevises, slipper manden for at skulle betale bidrag. Princippet er meget gammelt.^{3b)} I BGB findes denne vigtige undtagelse med hensyn til faderens bidragsforpligtelse overfor det udenfor ægteskab fødte barn i en bisætning til reglen om Zahlvaterschaft »es sei denn, dass auch ein Anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat«. Baggrunden for exceptio plurium ordninger er en samfundstilstand med dobbelt kønsmoral og offentlige huse.

I schweizisk-tysk ret har man længe skarpt kritiseret lovreglerne. Barnets levevilkår gøres direkte afhængig af moderens adfærd i konceptionstiden. En anden indvending går ud på, at ordningen har til følge, at en mand får en positiv økonomisk interesse i at lokke en kvinde ud i promiscuitet. Så kan han i givet fald fremsætte promiscuitetsindsigelse og slippe for forpligtelser. Fra visse sider har man peget på den nuværende danske ordning som efterlignelsesværdig.⁴⁾ Spørgsmålet har længe været på dagsordenen, men der synes ikke at være kommet noget ud af bestræbelserne for en reform. Exceptio plurium ordningen har også mange tilhængere, mest vel blandt mænd.

^{3b)} R Wedlich i Archiv für bürgerliches Recht, 1902, s 26f (måske allerede Carpzow. Undersøgelserne går næppe til bunds). Indsigelsen anerkendtes også i ældre fransk ret.

⁴⁾ Lehmann s 214–15 med forveksling af norsk og dansk ret. BGB § 1717. ZGB art 314, stk 2, og art 315. Egger II s 166, 215, 216–19. Palandt s 1460–61.

Løsning 2 er den ordning, man har haft i svensk ret og for så vidt stadig har, men i svensk ret har man ikke noget sidestykke til den norsk-danske regel om arveret ved faderskab α : i de tilfælde, hvor der ikke foreligger promiscuitet fra moderens side i avlingstiden. Løsningen er nøjagtig lige så logisk som *exceptio plurium* ordningen, og den har den fordel, at den ikke prisgiver barnets interesser i forsørgelse. Man kan jo også vende Bonapartes udtalelse om, og hævde, at staten ikke har nogen interesse i, at en mand, som kan være fader til et barn, slipper for forpligtelser eller slipper billigere, end han ellers ville, blot fordi også andre kan være fader.

I svensk ret har man foretrukket denne løsning, og svenske jurister har vanskeligt ved at forsone sig med den norsk-danske bidragskonstruktion. Hvis man ikke havde fået blodtypebeviset, ville der være noget tiltalende ved løsningen, hvorved man også undgår, at der ved dom konstateres forhold, som det kan være ubehageligt at få frem på tryk. Sådanne forhold har naturligvis altid eksisteret og vil vedblive med at gøre det, men der er noget tiltalende i at undgå de minutiøse undersøgelser af menneskers seksuelle adfærd, som man må ind på efter den norsk-danske ordning. Efter den svenske ordning spares statsmaskineriet for det store arbejde, som det er at trænge til bunds i promiscuitetssagerne, på samme måde som i Frankrig, Schweiz og Tyskland, men det går ikke ud over barnets forsørgelse. Moderen vil blandt flere mulige foretrække at vælge den, der er bedst stillet i økonomisk henseende eller har den fineste sociale position, som barnets »officielle« fader. De stadige fremskridt på blodtypeområdet medfører, at et sådant system kun kan bestå, hvis der er en meget snæver adgang til genoptagelse.

Løsning 3 b var dansk rets indtil 1938⁷⁾ og er stadig norsk rets.⁸⁾ Løsning 3 c er den nugældende danske. Dens ophavsmand er Steincke.⁹⁾ I disse tilfælde pålægges det domstolene at opklare de nærmere omstændigheder ved promiscuitet i alle de tilfælde, hvor der

⁷⁾ Bentzon, 1916, s. 387–92 med oplysninger om praksis' stilling til hæftelsesformen, der har varieret noget. Svend Bentzon: *Uægte Børn*, 1906 s. 23f, jfr s. 39 om ældre svensk praksis' afvisning af *exceptio plurium*-ordningen. Bogens oplysninger om den historiske udvikling og fremmed ret må tages med noget forbehold. Om nugældende svensk ret Walin s. 41f, navnlig s. 46.

⁸⁾ Lov nr 3 af 10 april 1915 § 22, stk 2 (solidarisk ansvar, ansvarsregres efter det af amtmanden fastsatte fordelingsforhold). Arnholm s. 54.

⁹⁾ Steincke ændrede Zahles forslag ved genfremsættelsen, RT 1935–36 till A sp 2392–94.

fødes et barn. Det er en ofte håbløs opgave, og man må ikke overse, at det koster det offentlige store penge at lade domstolene bruge megen tid på faderskabssagers opklaring.

Også på andre områder end det forsørgelsesretlige har børn udenfor ægteskab i dansk ret haft en bedre retsstilling end i fransk, tysk-schweizisk og engelsk ret. Når der ses bort fra adulterini, som siden romerrettens dage næsten allevegne har haft en meget ugunstig særstilling i andre relationer end den forsørgelsesmæssige, gik DL's ordning ud på, at barnet ansås som medlem af moderens, men ikke af faderens familie. Dette er den klassiske romerrets hovedsynspunkt, som er fulgt mange andre steder. »Nul n'est bâtarde par la mère.« Barnet stod under moderens forældremyndighed, fik moderens navn og havde legal arveret efter moderen og hendes slægt og vice versa, men ikke efter faderen og hans slægt.¹⁰⁾

Det vigtigste ved frd 1763 var, at man fæstnede gældende ret om forsørgelsen til papiret, så reglerne lettere kunne håndhæves, og at man udarbejdede reglerne i enkeltheder. To af forordningens regler er uden væsentlige ændringer gået over i de nugældende love 1) reglen om, at faderens bidrag udredes »efter øvrighedens skønnende«, og 2) reglen om, at øvrigheden, hvis faderen ikke betaler med det gode, skal hjælpe moderen til »at nyde det af hans løn eller anden indkomst« : det forbud mod udbetaling af en vis del af lønnen, som i praksis gennemgående er det mest effektive inddrivelsesmiddel.

Med hensyn til forsørgelsespligtens nærmere ordning er der siden 1763 lidt efter lidt foretaget en udvidelse af faderens forpligtelser. 10 års grænsen blev allerede i 1839 forhøjet til 14 år, senere til 18 år med mulighed for forlængelse i uddannelsesøjemed til det 21. Minimumsgrænsen er dog stadig de 14 år, og de er også i mange tilfælde maksimumsgrænsen, fordi det tillades faderen i henhold til en overøvrighedsresolution at slippe eller dog få bidraget nedsat, når barnet selv bliver i stand til at bidrage til sit underhold. Normen for barnets underhold er blevet ændret fra »nødtørftig« til den standard, som normalbidraget repræsenterer, med mulighed for at gå højere, når faderens livsvilkår er væsentligt bedre end moderens, 1937-lovens § 3, stk 2, om, at barnet skal forsørges, opdrages og uddannes under hensyntagen til begge forældres livsvilkår. Faderens andel er blevet forhøjet fra mindst halvdelen og vil nu normalt andrage $\frac{3}{5}$, der er fordelingsbrøken, når begge forældre er ubemidlede.

Mellem 1763 og 1937 er den vigtigste nydannelse indførelsen i

¹⁰⁾ DL 5-2-72 og 73. Schulz s 160. Efter engelsk ret fik barnet først i 1926 legal arveret efter sin moder.

1888 af ordningen med forskudsvis betaling, når moderen opfylder en række betingelser, hvoraf den vigtigste går ud på, at hendes indtægt skal ligge under en vis grænse, og at bidraget skal være fastsat ved en overøvrighedsresolution. Udbetalingen har ikke retsvirkninger for moderen. Hun skal ikke tilbagebetale beløbet, hvis det ikke indgår fra faderen, og det er for så vidt misvisende at tale om »forskudsvis« udbetaling. Gennem denne særordning garanterer det offentlige for faderens betalingssevne og betalingsvilje og for, at han forbliver i live, og det offentlige fritager moderen for besværet med at afkræve faderen beløbet og for det ubehag og den pression, som kan følge hermed. Hele inkassobesværet går over på det offentlige. I relation til visse fædre kan man opfatte ordningen under synsvinklen bankiervirksomhed, dog kun tabbringende. Fra 1908 er ordningen blevet udvidet til ægtebørn, når der foreligger bidragsresolution, og forældrene ikke samlever. Endelig har man i 1948 ved en ændring af forsorgslovens § 224 skabt hjemmel til udbetaling af offentlig understøttelse svarende til normalbidraget i tilfælde, hvor der er stor trang til hjælp, men tidligere ikke kunne udbetales hjælp under denne særlige form, nemlig hvor der overhovedet ikke er nogen mand, der bliver kendt bidragspligtig overfor barnet. Udbetalingen sker i henhold til overøvrighedsresolution og uafhængigt af de privatretlige regler om udfærdigelse af bidragsresolution.

Herudover er der især grund til at pege på den norske lov af 1915 om børn, hvis forældre ikke har indgået ægteskab, en af de Castbergske børnelove. Ved denne nåede man på ny frem til det principielle synspunkt bag loven af 12 brumaire år II.

Castbergs forslag blev fremsat som regeringsforslag i 1909. Først i 1915 vedtoges det af Stortinget. Sagen havde givet anledning til bevægede diskussioner med massemøder og protester i stor stil mod den ødelæggelse af familielivet,¹¹⁾ svækkelse af kvindens ansvarsbevidsthed osv, som man frygtede ville blive en følge af gennemførelsen. Meningerne blandt politikerne stod skarpt overfor hinanden. Størstedelen af højrepartiet gik imod, og det gjorde også mange blandt venstre med regeringschefen i spidsen. Nu ser man mere lidenskabsløst på disse problemer, og en ophævelse er ikke aktuel politik. Hvis man vil forsøge at komme bort fra sondringen faderskab-bidragspligt, vil det dog blive nødvendigt at moderere den arveretlige regel. Ellers vil arverettens grundlag i visse tilfælde blive et andet end slægtskab.

Hovedprincipperne i den Castbergske lov er optaget i den danske ordning. Den vigtigste afvigelse er behandlingen af tilfældet

¹¹⁾ »Den dag, da vi sløjfer svælget mellem de ægte og uægte børn, kan vi lige så godt stryge ægteskabet som det, hvorpå samfundet bygger,« Mathilde Hauschultz i FT 1922-23 sp 2935.

med flere bidragspligtige. Man har heller ikke efterlignet reglerne om faderskabsforelæg.

I een henseende har man såvel i den norske som i den danske lov måttet blive ved den nedarvede ordning, og det er den vigtigste. Børn udenfor ægteskab er normalt alene undergivet moderens forældremyndighed, og hun har værgemålet. Man kan umuligt se bort fra, at det er i et fåtal af tilfælde, at børn udenfor ægteskab vokser op i noget, der kan sidestilles med ægtebørns hjem. Det sker, men man har afstået fra for disse tilfælde at give en særregel om faderens andel i forældremyndighed.

En anden væsentlig forskel overfor ægtebørn, som har sammenhæng hermed, er, at faderens økonomiske forpligtelser overfor barnet typisk ikke kan være andet end en bidragspligt. I loven om børn udenfor ægteskab har man i § 3, stk 1, fastslået faderens forsørgelsespligt, men i alle tilfælde, hvor faderen ikke senere er blevet gift med moderen eller lever fast sammen med hende, må man erstatte forsørgelsespligt med bidragspligt, § 20, stk 1.

II. *Faderskab eller bidragspligt?*

Hovedbetingelsen for, at der kan modtages faderskabsanerkendelse fra en mand, og for, at han under en retssag kan dømmes som fader eller bidragspligtig, går ud på, at han har haft samleje med kvinden *i avlingstiden*.¹²⁾ En faderskabsanerkendelse kan ikke træde i stedet for en adoptionsbevilling. Erklæring til politimesterens protokol om anerkendelse er bevis for, at den erklærende har haft samleje med moderen i avlingstiden, og beviset har en sådan styrke, at det efter omstændighederne kan sidestilles med en uafbeviselig formodning.

Mere end halvdelen af fødslerne udenfor ægteskab resulterer i faderskabssag ved domstolene. Disses antal ligger nu på knap 3.000 om året, men har en overgang været betydeligt højere.

Har en mand anerkendt faderskab, skønt han måtte være klar over, at der er andre muligheder, er han afskåret fra senere at fragå anerkendelsen og forlange sagen for retten til konstatering af, at der kun kan blive tale om bidragspligt, § 15, stk 1. Han var ved anerkendelsen klar over, at det var tvivlsomt, om han skulle anses *som fader*. Heller ikke hustru og ægtebørn eller andre arvinger kan få en sådan materielt urigtig anerkendelse ophævet af hensyn til de arve-

¹²⁾ § 14, stk 1, om faderskab, stk 2, om bidragspligt, jfr § 6, stk 2. Da samlejebetingelsen kun gengiver naturens orden, er det særlige ved lovreglen det *juridiske* begreb avlingstid.

retlige konsekvenser, hvis de undtagelsesvis skulle kunne føre bevis for, at faderskab ikke burde være anerkendt. I enkelte tilfælde foretages der anerkendelse for at undgå, at sagen kommer for retten, skønt både manden og kvinden var klar over, at der højst kan være tale om bidragspligt.

Hvis en mand i retten pure benægter, at han har haft samleje med moderen, må hun bevise det. Også på dette område har man skabt bevisregler fx den af Antoine Favre opstillede og af de franske domstole en overgang benyttede creditur virgini grundsætning. »Domstolene bør fæste lid til jomfruens forklaring om, at hun har været kæreste med en mand og er blevet besvangret af ham, men ikke til skøgens.« Som regel bestrides ikke samleje, men det, som dommeren ikke kan få til at stemme, er parternes forklaring med hensyn til tidspunkter for samleje. Tidligere faldt afgørelsen herom ofte ud til afgørelse ved partsed, enten mandens benægtelsesed eller kvindens sigtelsesed efter dommerens skøn over parternes troværdighed. Da denne afgørelsesmåde frister til misbrug,¹³⁾ er man gennem en ændring af retsplejeloven gået bort fra den udstrakte anvendelse af edsaflæggelse.

I ægtebørnssager regnes enhver usikkerhed med hensyn til avlingstidens længde in favorem matrimonii, og man kan herved komme til at udstrække den til mere end to måneder. Grænserne for det biologisk *mulige* er meget vide. I sager om børn udenfor ægteskab vil man sjældent udstrække avlingstiden udover to måneder, men selvfølgelig kan en sådan sag være så beslægtet med en ægtebarnssag, at man må behandle den på samme måde.

Udgangspunktet er en svangerskabsperiode på 270 dage fra konceptionstiden til fødslen for et normalt udviklet barn på 7 pund. Ved hjælp af tabeller regner man tilbage til den 270 dag før fødslen, lægger en måned til på begge sider af den fundne dato og angiver resultatet med en nomenklatur, der hindrer for skarpe drejninger. Når barnets vægt afviger fra normalvægten, sker der først en forskydning ved hjælp af korrektionstabeller.¹⁴⁾ En rutineret dommer

¹³⁾ UfR 1949 s 84 H og HRT 1951 s 277, jfr UfR 1951 s 691, hvor Højesteret uden hensyn til den for underretten aflagte benægtelsesed dømte sagsøgte. Forbeholden imødegåelse regnes som indrømmelse. Jfr herved NRt 1943 s 168 H 3-2, hvor en lærer blev dømt trods reserveret imødegåelse. Han påstod, at han havde en dårlig hukommelse.

¹⁴⁾ Retslægerådets vejledning med tabeller se Borum I s 33-36. Når der er tale om større udsving fra det normale, vil embedslægen forelægge

kan selv foretage disse beregninger og vil i mange tilfælde undlade at indhente erklæring fra kreds- eller amtslæge (Retslægerådets kontor).

Selv om den i sagen inddragne har haft samleje med barnets moder i avlingstiden, kan han dog slippe *såvel for faderskab som for bidragspligt*, såfremt det godtgøres, at han ikke kan være fader. Både i § 14, stk 1, om faderskab og i stk 2 om bidragspligt tales der om, at der ikke må foreligge omstændigheder, som *udelukker*, at barnet kan være avlet ved samlejet, medens der i pater est reglen i ægtebørnslovens § 2, stk 2, kun siges, at det skal være godtgjort, at ægtemanden *ikke kan være* fader. Der er ingen grund til ud fra en ordmagisk indstilling at hæfte sig ved denne forskel i formuleringen.¹⁵⁾ Den beror på tilfældigheder, og koncipisterne synes at være kommet til at bytte om på de sproglige udtryk, da »udelukker« passer bedre i ægtebørnsloven og »ikke kan være«-tanken bedre til loven om børn udenfor ægteskab. I praksis er det ulige vanskeligere for en ægtemand at slippe for faderværdighed end for den, der har en mindre fadermulighed vedrørende et barn udenfor ægteskab. Men dommere hæfter sig mindre ved ordene end lægfolk, fordi ret for dem ikke så meget er sproglige udtryk som en nedarvet orden, en tradition.

Når det herefter er givet, at een og kun een mand skal dømmes i en paternitetssag, skal dommeren til sidst tage stilling til, om han vil dømme manden som *fader eller kun som bidragspligtig*, og det vil navnlig sige, om tilknytningen mellem barnet og manden kan siges at være så fast, at det kan forsvares at give barnet arvet efter manden og hans slægt og adgang til at få hans navn. I forsørgelsesmæssig henseende er det ligegyldigt, om den pågældende dømmes som fader eller enebidragspligtig. Reglerne om faderens og den enebidragspligtiges forsørgelsespligt er de samme, medens kravene til flere bidragspligtige er stemt noget ned.

Således som § 14 er formuleret, gælder der den absolutte regel, at en mand ikke kan dømmes som fader, hvis moderen har indrømmet, eller det på anden måde er bevist, at hun i avlingstiden har haft samleje også med en anden mand, som ikke ved blodtypebestemmelse eller på anden måde kan udelukkes som fader.

sagen for Retslægerådet. Skematisk benyttelse af korrektionstabellerne i ydertilfældene kan være farlig.

¹⁵⁾ I denne retning også Borum I s 29.

En ordning med arveret forudsætter, at den biologiske sandsynlighed for faderskab er meget stor. Det er uden betydning, om både moderen og de to mænd samt en ad hoc værge for barnet er enige om, hvem der skal anses for fader, fordi han efter deres overbevisning *er* fader. Herom har disse mødre ofte en meget sikker overbevisning, hvis grundlag er udenfor dommerkontrol. Men da domstolene kan acceptere en polysymptomatisk lighedsprøve som tilstrækkeligt bevis, er reglen ikke så absolut, som den ved første øjekast ser ud til.

Kan den ene udelukkes, er der mulighed for at give faderskabsdom, medmindre moderens seksuelle adfærd tyder på promiscuitet. Forhold til to mænd i de kritiske måneder behøver ikke at være udtryk for promiscuitet, omend det oftest vil være det.¹⁶⁾ Hvis en gift kvinde ophæver samlivet med sin mand for at søge separation eller skilsmisse og »forlover« sig med en anden for at indgå ægteskab, såsnart skilsmissen er i orden, kan der gives dom til faderskab, hvis ægtemanden kan udelukkes som fader,¹⁷⁾ men har hun opretholdt en dobbeltforbindelse under ægteskabet, vil der ud fra promiscuitetssynspunktet ikke blive givet dom til faderskab.¹⁸⁾

Er det ikke bevist, at moderen i avlingstiden har haft samleje med andre mænd, må der dog ikke gives dom til faderskab, hvis der »iøvrigt foreligger omstændigheder, som gør det tvivlsomt, om den sagsøgte er barnets fader«. Det er de samme synspunkter, som efter Code civil og ZGB fører til fritagelse for enhver forpligtelse for faderen på grund af »inconduite notoire« eller »unzüchtiger Lebenswandel« eller kendsgerninger »die erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen«. Tanken hermed er, at domstolene skal basere afgørelsen på en vurdering af moderens seksuelle adfærd i avlingstiden. I Byrettens vejledning til dommerne er synspunktet udtrykt således, at »dom for faderskab gives heller

¹⁶⁾ Fx UfR 1945 s 193, hvor der, hvis der kun kunne være tale om de to mænd, var 99,99 % chance for den enes faderskab, og 1952 s 302.

I den i Min Tid 1940 s 200 refererede afgørelse har Justitsministeriet antaget, at den, der ved dom er kendt bidragspligtig, *senere* kan anerkende faderskab til politiprotokollen. Afgørelsen synes uforenelig med bl a lovens § 7, stk 3, og er i strid med motiverne til denne bestemmelse.

¹⁷⁾ UfR 1951 s 911 (intet nyt ægteskab) og 1952 s 439. Juristen 1948 s 329, men cfr Borum I s 29.

¹⁸⁾ Tvillingsagen i UfR 1945 s 914.

ikke, hvor det oplyses, at sagsøgerinden har haft løse kønslige forhold,¹⁹⁾ selvom samleje med flere i avlingstiden ikke er oplyst».

Vejledningens ofte citerede »Piger, der stifter bekendtskab på Bakken eller på obskure danserestaurationer og har samleje samme aften, får sædvanligvis ikke dom for faderskab« er så selvfølgelig, at der ikke her kan søges nogen støtte. Efter beskrivelsen må den pågældende være prostitueret. Vanskelighederne hidrører fra den store gruppe halvprostituerede, som glider over i de mere normale tilfælde. At bekendtskabet er indledet under lidt tilfældige former i Tivoli, på sommerbal, ved en fagforeningsfest eller på et badehotel, kan ikke være afgørende, da mange agtværdige ægteskaber er indledet på ret tilfældig måde. Synspunktet må være, at *der skal være oplyst noget positivt ufordelagtigt om moderensandel, før der nægtes faderskab*,²⁰⁾ og man kan ikke hæfte sig for meget ved de former, hvorunder bekendtskabet er gjort²¹⁾ eller dyrket.²²⁾

I vejledningen har man forsøgt at komme udenom disse vanskeligheder ved at give en positiv beskrivelse af kravene til faderskab. Der skal normalt have foreligget »et *nogenlunde fast* forhold mellem parterne, sædvanligvis mindst strækkende sig over nogle måneder og med hyppige samlejer«. Dette er en meget god beskrivelse af typetilfældet, men bortset herfra en ubrugelig regel, og den er også blevet kritiseret. Kravet om hyppighed er en misforståelse. I praksis stilles der visse krav til kønsmoral, før der gives dom til faderskab, dog synes de danske domstole at være mindre strenge end de norske.

¹⁹⁾ UfR 1944 s 61 H om gadebekendtskab. NRt 1944 s 669, forlovelse, men moderens kønsmoral ustabil. Da afgørelsen beror på umiddelbar vurdering, bliver det som regel underinstansens afgørelse, der bliver den endelige. Har svangerskabstiden afveget væsentligt fra det normale, skal der lidt til af ufordelagtige oplysninger om moderensandel, før der statueres bidragspligt, se fra norsk praksis NRt 1948 s 1012 H, 245 dage, 1951 s 239 H, 300 dage. Dømmes der mod blodtypeerklæring, vil der blive bidragspligt. UfR 1940 s 233 H 6-3 om A₂ B konstellation og NRt 1949 s 1019 H 4-1 om en af de mindre sikre MN-konstellationer.

²⁰⁾ Bemærkningen i dommen i UfR 1945 s 1056 H. Mandens avledygtighed var nedsat i svær grad, men der dømtes alligevel til faderskab.

²¹⁾ Se på den ene side UfR 1945 s 449 H 5-4, hvor der statueredes bidragspligt (marinesoldat, restaurationsbekendtskab, men ikke helt tilfældigt, uoverensstemmende forklaringer, kvinden ansat på kaffebar (?)) og på den anden side UfR 1950 s 813 om officer knyttet til den britiske militærmission (2-1).

²²⁾ UfR 1945 s 1056 H (Grand Hotel i Odense), 1946 s 753 (tidligere barn med samme mand), 1950 s 813 (militærmissionssagen).

hvis afgørelser ligger tættere op ad den kurs, der blev angivet i loven af 1915.²³⁾

III. *Faderskabspræsumptionens styrke i promiscuitetssager.*

Efter den før 1938 gældende ordning hæftede de mænd, der på grund af samleje med moderen i avlingstiden kunne være fader til et udenfor ægteskab født barn, solidarisk for underholdsbidraget.²⁴⁾ Når en af dem havde betalt det fulde beløb, havde han *anparts-regres* mod de medforpligtede og kunne bruge moderens inddrivelsesmidler. I praksis gik man frem på den måde, at der udfærdigedes bidragsresolution for hver af de forpligtede lydende på, at han skulle betale in solidum med de andre, og derefter overgav man samtlige resolutioner til moderen. Hun kunne så enten afkræve een af de bidragspligtige hele beløbet eller alle en forholdsmæssig anpart. Juridisk var ordningen uangribelig, men fra et menneskeligt synspunkt var den utiltalende og inhuman. Hver gang moderen eller den, der havde forsorgen for barnet, skulle foretage inddrivelse eller have forskudsvis betaling, skulle man have resolutionerne frem og fik repeteret de uheldige omstændigheder ved barnets afstamning. Det var uundgåeligt, at der dannede sig mindre smigrende benævnelser for sådanne børn.

²³⁾ Lovmotiveerne forudsætter, at domstolene vil vise forsigtighed med hensyn til at fastslå faderskab, se Odelstings prop nr 5 for 1914 s 52.

Som eksempler på den strengere kurs i Norge se fx NRt 1953 s 277 H. enstemmig afgørelse for bidragspligt »såpass sterk tvivl om A er den eneste hun har hatt samleie med i den kritiske tid«, og i samme retning NRt 1948 s 545 H 4-1, hvor bekendtskabet havde været flygtigt, og forlovelse ikke havde været på tale, hvorfor det ikke fandtes uantageligt, at moderen havde haft s med en anden. Spørgsmålet ret indgående drøftet i Marie Sneide sagen i NRt 1949 s 346 H 3-2 om gårdejer med fast forhold til pigen, som var virgo intacta, da forholdet indledtes. Karlen indblandet, usikkert, hvad bevist. Faderskab fastslået.

I de danske lovmotiver drøftes det, om man ikke kunne gå over til den svenske ordning med kun een fader – og ingen arveret efter ham! –, men man var klar over, at dette er uforeneligt med almindelig arveret for barnet efter faderen. Se RT 1934-35 till A sp 2609.

I en netop afgivet svensk kommissionsbetænkning stilles der forslag om, at det udenfor ægteskab fødte barn får arveret efter sin fader som i Danmark og Norge. Da også svenskerne er klar over, at arveretten må kræve et vist minimum af tilknytning mellem barnet og manden, og at man ikke kan give barnet arveret efter en blandt mange skønsmæssigt udvalgt konkubent, stilles der forslag om en exceptio plurium ordning med offentlig overtagelse af forsorgen for disse børn. Se Ärvdabalk s 48-49, 73.

²⁴⁾ Lov nr 130 af 27 maj 1908 § 14, stk 4.

I 1937 slog Rigsdagen systemet i stykker, og der er ikke grund til at fremsætte megen kritik mod de principper, som er lagt til grund for den nugældende lov. De har vakt interesse i andre lande, hvor man stadig slås med problemet om den retlige ordning for børn af forældre med tilbøjeligheder til promiscuitet. Barnets dåbsattest er affattet på samme måde som ved enebidragspligtige ²⁵⁾: forældre rubrikken indeholder ikke oplysning om fader, men kun om moder. Af ministerialbogen kan man ikke se, om der er tale om enebidragspligt eller flere bidragspligtige. Forholdet kan derimod ses af den omstændighed, at moderen har fået en særlig bidragsresolution, der lyder på normalbidraget, men ikke oplyser noget om de bidragspligtiges navne, men det ses ikke, hvorledes man ellers skulle gå frem, og hun kommer ikke i forbindelse med de bidragspligtige, men får bidrag udbetalt af kommunen. Landsnævnet for Børneforsorg sørger for indkrævning af bidrag hos de bidragspligtige.²⁶⁾ Man ser af og til fremsat kritik af »flerfædresystemet«, men den fremkommer fra personer, der ikke har kendskab til reformen af 1937, eller som forveksler bidragspligt med faderskab.

Uviljen overfor promiscuitet er meget udbredt og kan spores bag bestræbelserne for at begrænse ordningen med flere bidragspligtige mest muligt. Fra teoriens side blev der straks efter lovens gennemførelse udtalt ønske om, at domstolene ville benytte de muligheder, som de biologiske bevismidler frembyder, til i videst muligt omfang at arbejde sig bort fra ordningen med fleres bidragspligt,²⁶⁾ og denne henstilling er blevet taget til følge ved fortolkningen af udtrykket »udelukker« i bidragspligtbestemmelsen i § 14, stk 2, i relation til promiscuitetssager ²⁷⁾: sager, hvor der er indblandet mange, eller hvor moderens vandel med sikkerhed viser, at hun har haft samleje i flæng, men ikke vil eller ikke kan give oplysning om sine forbindelser. Man sporer en tydelig tendens i de trykte domme til at stemme kravene til bevis for, at en mand ikke kan være fader, ned i disse sager, hvor følgerne af at lade een slippe kun bliver til gavn for barnet. Hvad der ikke er tilstrækkeligt til at fratage et barn dets status som ægtebarn eller til at berøve et barn udenfor ægteskab en fader eller en enebidragspligtig, kan efter omstændighederne godtages som udelukkelsesgrund i sager med mange indblandet. Også her er der en grænse for, hvor lidt

²⁵⁾ §§ 18, 19 og 30. Om domskonklusionens redaktion se UfR 1939 s 406.

²⁶⁾ Borum I s 32 med henvisninger.

domstolene vil acceptere som bevis, og man kan ikke sige, at domstolene undergraver den bestående ordning med flere bidragspligtige gennem utilladelige fortolkningsmetoder. Børneværnsmyndighedernes fiskale interesser lider noget, hvis man kommer helt bort fra ordningen med flere bidragspligtige, men det tages der med rette ikke hensyn til.

Da størstedelen af dommene i disse sager er utrykte underretsdomme, idet der ikke er nogen, der har synderlig interesse i at påanke afgørelsen om, at een af mange slipper, er det umuligt at give et billede af den faktiske tilstand, men man kan slutte sig til den. Af de opgørelser, der foretages af Landsnævnet for Børneforsorg som administrerende børnebidragsfonden og af Overpræsidiets ved man, hvor mange domme der afsiges om bidragspligt for flere, og det er ikke noget stort antal. Især for Københavns vedkommende er det relativt lille. Overpræsidiets har i de senere år ikke udfærdiget resolution i mere end 30–35 sager om året.

De veje, domstolene går i deres arbejde for at nedbringe antallet, er mange. Der er for det første ikke nogen grund til at dømme personer, der har stået i forhold til moderen *udenfor* den efter de skematiske synspunkter fastsatte avlingstid, og dette gælder, selvom det skulle vise sig, at de andre i sagen inddragne kan udelukkes ved blodprøve. Der er anledning til at tro, at moderen så vil dække over en mand for at skåne ham for bidragsforpligtelse. Den *biologiske* mulighed for, at et samleje udenfor avlingstiden har været befrugtende, synes lige så stor som i ægtebørnssager, men det kan der ikke tages hensyn til i en promiscuitetssag med forhåndsformodning for andre muligheder.²⁷⁾ Den statistiske sandsynlighed for, at svangerskabsperioden er mellem 250 og 298 dage, skal efter tyske undersøgelser være 99% %. Muligheden for besvængning i de sidste og første 4–5 dage af avlingstiden er så lille, at der ikke synes at være grund til at tage hensyn dertil, når det drejer sig om en sag med mange implicerede. Underretterne har vistnok i praksis været meget smidigere på dette punkt end landsretterne, der gerne vil have Retslægerådet til at sige god for, at fristen kan forkortes.

²⁷⁾ ØLD i UfR 1944 s 1202, en decideret promiscuitetssag, kan ikke anses for rigtig, jfr kritikken i UfR 1945 B s 68–71, men cfr B s 92–93. I norsk praksis er man tilbøjelig til at indsnævre svangerskabstiden endnu mere efter konkret vurdering, selv i sager, der næppe kan siges at høre til denne særlige gruppe, se fx NRT 1950 s 540 H (3150 gram, 244½ dage, frifindelse. Dansk skemapraksis 264 ÷ 30 dage — 234 dage).

Det beror på en misforståelse af, hvad de lægelige myndigheder kan udtale sig om. Forholdet bliver kun relevant, når der foreligger bevis for promiscuitet, og om dette er tilfældet, må domstolene og ikke lægerne afgøre.

Endvidere vil sætningen om, at moderen må bevise, at de i sagen inddragne har haft samleje med hende i avlingstiden, i praksis spille en større rolle i disse sager, hvor muligheden for, at moderen forveksler to mænd, kan være stor. »Creditor virgini«, skrev Antoine Favre, men han tilføjede »Meretrix non item«. De reservationer, som Retsmedicinsk Institut tager ved udelukkelse efter ABO-, MN- og Rh-systemerne, vil domstolene ikke nære betænkeligheder af nogen art ved at se bort fra. Man accepterer også udelukkelse efter P-systemet og ethvert andet system, når Retslægerådet blot vil erklære, at muligheden for faderskab er så fjerntliggende, at man kan se bort derfra, hvis der er andre sikre faderskabsmuligheder.²⁸⁾

Ved siden af disse klassiske metoder er der ikke så få andre. I en ægtebarnssag vil domstolene være utilbøjelige til alene på grundlag af en erklæring om stærkt nedsat avledygtighed at frakende et barn ægtebarns status, og de har også enkelte gange sat sig ud over lægers erklæringer om avledygtighed. I en promiscuitetssag vil erklæringen blive bedømt fra den stik modsatte synsvinkel, at det er heldigt, om der kan tages hensyn til denne kendsgerning, og det fører til, at den af og til lægges til grund.²⁹⁾ Skal dommeren afgøre en ægtebarnssag, hvor ægtefæller med blå regnbuehinder uden brunt pigment har fået et barn med regnbuehinder med brun pigmentering, vil han ikke turde basere afgørelsen alene på dette biologiske faktum, skønt der i befolkningen kun er 1-2 % sandsynlighed for kombinationen. Han ved ikke, om chancen i retssager stemmer med fordelingen i befolkningen: om de sager, der kommer for domstolene, er et repræsentativt udsnit. Men i promiscuitetssager tager man dette som fuldt bevis for, at manden ikke kan være fader,³⁰⁾ fordi det gælder om at få reduceret antallet af bidragspligtige, helst ned til een.

²⁸⁾ Bevisbyrden se fx HRT 1943 s 74, 1944 s 607, UfR 1947 s 500 H. Nye blodtypesystemer se fx UfR 1951 s 1026 H i en typisk sag fra denne gruppe. Afgørelsen byggedes bl a på det da ikke særlig gennemprøvede Lewis-system.

²⁹⁾ Juristen 1946 s 138 sammenholdt med de s 86-87 citerede domme. Se også NJA 1945 s 389 H.

³⁰⁾ Juristen 1950 s 262.

Endelig er der mulighed for at kombinere forskellige svagere bevisdata til fuldt bevis, og herom faldt der en højesteretsdom i slutningen af 1930'erne, der vel vedrørte den tidligere lov, men alligevel er blevet retningsgivende. Højesteret kombinerede 1) polysymptomatisk lighedsprøve med 2) oplysning om efterfølgende menstruation og 3) samlejets beliggenhed kun få dage efter avlingstidens begyndelse samt 4) den indrømmede kendsgerning, at kvinden i hele avlingstiden havde haft et fast forhold til en anden mand, der ikke kunne udelukkes ved blodprøve, til fuldt bevis for, at det var *overvejende usandsynligt*, at vedkommende var fader, og frifandt ham.³¹⁾

Underretterne har fulgt denne linie. Oplysning om menstruationsblødning efter samleje er ikke et sikkert bevis mod faderskab, dels fordi der er risiko for erindringsforskydning og uregelmæssigheder, dels fordi der kan ske forveksling af menstruationsblødning og svangerskabsblødning,³²⁾ men man bruger den i kombination.³³⁾ Samlejets beliggenhed i yderkanten tager man i underretspraksis også hensyn til. Muligheden for besvangring er 20 à 25 % i avlingstidens midte, og hyppigheden af besvangring aftager til begge sider i en stejl kurve, så at den i de første og de sidste dage er meget lille.³⁴⁾ For kort tid siden er der påny faldet en højesteretsdom, hvor bevis kombineres ret frit på samme måde som i den nævnte dom og i underretspraksis. Retten frifandt på grundlag af en polysymptomatisk lighedsprøve og en nogen tid efter besvangrelsen foretaget lægeundersøgelse, hvorved livmoderens størrelse var konstateret. Herefter kunne lægemyndighederne afgive erklæring om,

³¹⁾ UfR 1938 s 325 H. Bemærkningen i præmisserne om anvendelse af antikonceptionelle midler skal man ikke hæfte sig ved, da der er fast praksis for, at der ikke kan tages hensyn hertil, så lidt som til parternes forklaring om coitus abruptus eller andre enkeltheder vedr kønsakten. Jfr Ärvdabalk s 253. Retslægerådets erklæring.

³²⁾ Retslægerådets erklæring i UfR 1938 s 325 H og Ärvdabalk s 246. Jfr NRt 1949 s 347 H i Marie Sneide sagen. Retslægerådet anfører også, at man med vor nuværende biologiske viden og kliniske erfaring *ikke* kan *udelukke*, at befrugtningen kan finde sted ved samleje lige før, lige efter eller endog under m. »Der vil dog her være tale om sjældne fænomener.«

³³⁾ Juristen 1949 s 349 (+ polysymptomatisk). Se også ægtebarnssagen Juristen 1948 s 329 samt fra Norge NRt 1948 s 467 med dissens, jfr 1941 s 809.

³⁴⁾ Juristen 1935 s 92. Colov-Herfelt s 33 om underretspraksis. Sagen UfR 1939 s 988 (2 % sandsynlighed) hører næppe til denne kategori. Den ville idag måske få det modsatte udfald.

at et samleje *i avlingstidens sidste tredjedel* ikke kunne have været befrugtende.³⁵⁾

Den kunst, hvormed dommerne med sagførernes og lægernes bistand sammenlægger bevismosaikken i promiscuitetssager, er så stor, at man skal søge forklaringen på det relativt lille antal sager med flere bidragspligtige, som man er kommet ned på, i denne omstændighed og ikke i en almindelig højnelse af kønsmoralen.

Efter denne udvikling i praksis er det et spørgsmål, om der er synderlig trang til en formel ændring af § 14, stk 2, for at stille domstolene friere. Også uden lovændring kan dommerne tage hensyn til blodtypestatistiske beregninger, som *i kombination med andet bevis* efter omstændighederne kan give næsten lige så sikkert bevis som en udelukkelseserklæring. Hvis man ikke åbent vil indrømme, at man agter at lade dommeren skønne frit over den sidste rest, kan man næppe komme meget længere ned i København. En ændring af »udelukker« til »gør det overvejende sandsynligt, at . . . ikke« kommer post festum. Domstolene har længe læst bestemmelsen på denne måde.³⁶⁾

IV. *Anfægtelse af anerkendelse og genoptagelse af pådømt sag.*

Den, der har anerkendt faderskab, har efter § 15, stk 1, adgang til at anfægte anerkendelsen og forlange retssag indledet, 1) når han godtgør, at anerkendelsen på grund af sindssygdom, åndssvaghed, tvang eller af andre grunde ikke kan anses for en bindende viljeserklæring, eller 2) når han godtgør, at han først efter anerkendelsen er kommet til kundskab om omstændigheder af betydning, der kan begrunde en fralæggelse af faderskabet.

Bestemmelsen er hentet fra den norske lov. Dens rækkevidde og indhold giver anledning til tvivl.

Der tales om anerkendelse »i henhold til § 6« : til politimesterens eller Overpræsidiets protokol for faderskabssager. I praksis

³⁵⁾ UfR 1953 s 827 H (»appelsinstor«). Sagen synes ikke at være en promiscuitetssag.

³⁶⁾ Præmisserne i UfR 1938 s 325 H, jfr note 31 foran, og den i Højesterets dom i UfR 1953 s 827 citerede erklæring af Retslægerådet.

For provinsens vedkommende vil man antagelig ved en mere rationel behandling af promiscuitetssagerne kunne reducere antallet yderligere. Sammenligner man Overpræsidiets tal med Landsnævnets, kan man se en tydelig forskel. Jfr H Topsøe-Jensen i UfR 1941 B s 88. Seneste trykte opgørelse fra Landsnævnet findes i Statistisk Beretning for 1950 s 33-39.

afsluttes mange sager med indenretlig anerkendelse af faderskab. Grunden til, at manden ønsker sagen for retten, behøver ikke at være, at han kan godtgøre noget om, at kvinden har haft samkvem med andre i avlingstiden, men kan være løs mistanke eller blot håb om at kunne slippe for at betale bidrag. Når blodtypebestemmelsen viser, at han ikke kan udelukkes som fader, kan dommeren ofte bevæge ham til at vedgå faderskab. Efter rpl § 275 henhører spørgsmål om gyldigheden af indgåede forlig under retterne i første instans, men denne regel kan ikke anses for anvendelig på forlig i faderskabssager, idet resultatet ville blive, at man bortskar de særlige regler om faderskabssager (dommerens officialvirksomhed, reglen om, at barnet altid anses som part, de særlige retsmidler til sagens opklaring osv) og i stedet anvendte den almindelige procesart. Det er et resultat, som ikke kan godkendes, og man antager derfor, at der uanset den mindre nøjagtige formulering af § 15, stk 1, må gås frem i overensstemmelse med § 15 også ved anfægtelse af retsforlig og rejses en særlig faderskabssag indenfor den i § 15, stk 2, omhandlede korte frist.³⁷⁾

Den omstændighed, der oftest giver adgang til anfægtelse af et forlig om faderskab, er svig fra moderens side. I strid med sandheden har hun forklaret manden, at hun ikke har haft samleje med andre i avlingstiden og herved bevæget ham til at påtage sig faderskab. Sindssygdом, åndssvaghed og tvang, der nævnes som eksempel på ugyldighedsgrunde, har i sammenligning hermed liden betydning. Lovordene kan fortolkes således, at enhver af en sindssyg eller åndssvag foretagen anerkendelse af faderskab er ugyldig, men bestemmelsen bør læses som en unøjagtig gengivelse af princippet i myndighedslovens § 65, så at det afgørende er den manglende evne til at handle fornuftmæssigt. Den mindreårige og den umyndiggjorte kan kun anerkende faderskab med værgens godkendelse.

Har den anerkendende været *klar over, at moderen har stået i forhold til en anden mand i avlingstiden*, eller har han dog haft god grund til at nære mistanke herom, kan han under alle omstændigheder ikke senere forlange retssag indledet for at få fastslået, at der *kun* kan være tale om *bidragspligt*. Forudsætningslæren er åbenbart uanvendelig, og man kan ikke sige, at han »først efter anerkendelsen er kommet til kundskab om omstændigheder af be-

³⁷⁾ Colov-Herfelt s 137-38, St Hurwitz: Tvistemål, 1941, s 311.

tydning, der kan begrunde en fralæggelse af faderskabet«. Det kan heller ikke antages, at den anerkendende i denne situation fx på grundlag af en udelukkelseserklæring efter Rh- eller P-systemet kan forlange retssag indledet for at få fastslået, at han *ikke* kan være *fader*.

De fleste går ud fra, at der må være en vidtgående adgang til at anfægte en anerkendelse af faderskab, når det senere gennem biologiske bevismidler sandsynliggøres, at den anerkendende ikke kan være fader. Argumentet er, at det er børnelovens princip, at der skal være overensstemmelse mellem det biologiske og det juridiske faderskab. Den biologiske sandhed skal for enhver pris frem og lægges til grund for barnets status.

Når der alene tænkes på en faderskabssags første runde, er denne grundbetragtning om »sandhedsprincippet« rigtig, men den kan ikke uden videre godtages i anden og følgende runde. Har et barn fået fastlagt sin status, er det *af hensyn til barnets tarv* betænkeligt at indrømme en vidtstrakt adgang til anfægtelse, og jo længere tid, der er forløbet siden anerkendelsen, desto betænkeligere bliver det at tillade anfægtelse. Man skulle nødtigt nå frem til en ordning, hvorefter et barn, som betragter en bestemt mand som fader, pludselig berøves denne fader af et mekanisk arbejdende retsmaskineri, der ikke tager hensyn til menneskers følelser.³⁸⁾

Modhensyn fører til en begrænsning af adgangen til anfægtelse, og dette har også fundet udtryk i flere bestemmelser i børnelovene. Begrænsningsbetragtninger har for det første ført til anerkendelsesreglen i ægtebørnslovens § 5, stk 2. Har en bidragspligtig indgået ægteskab med moderen og derefter anerkendt barnet som sit, skønt han meget vel må vide, at der er et betydeligt biologisk usikkerhedsmoment, kan han ikke bagefter, når der ad biologisk vej opnås omtrentlig vished for, at han ikke er fader, anfægte sin anerkendelse.

Det må endvidere være begrænsningsbetragtninger, der har ført til optagelse af fristreglen i § 15, stk 2, i loven om børn udenfor ægteskab. Hvad der skal være meningen med denne bestemmelse,

³⁸⁾ Når Karen Johnsen i UfR 1952 B s 67 hævder, at der er en »offentlig interesse« i, at faderskabssagers resultat er i overensstemmelse med de faktiske forhold, tydes den offentlige interesse som = mandens interesse, og der ses bort fra barnets interesse og interessen i at undgå en ordning, hvorefter samtlige sager om børn udenfor ægteskab i princippet kan trævles op, hver gang der opdages et nyt biologisk bevismiddel. Hensynet til sikkerhed gør, at der må være grænser for systemets benyttelse bagud.

bliver uforståeligt, om man ikke accepterer, at den i mange tilfælde vil føre til, at det ikke er muligt at ændre afgørelsen om barnets status, skønt man nu kan se, at afgørelsen ikke stemmer med den »biologiske sandhed«. Fristen er yderst kort, og det peger i samme retning. Og endelig må det også være begrænsningsbetragtninger, der ligger bag den almindelige regel i § 15, for ellers kunne man have behandlet faderskabsanerkendelse på samme måde som fx aftaler om fordeling af forældremyndighed, der til enhver tid kan ændres af myndighederne.

Hvis man ikke udelukker adgangen til anfægtelse i alle de tilfælde, hvor moderen ikke har lagt skjul på, eller manden kunne sige sig selv, at hun har haft forbindelse med en anden i avlingstiden, risikerer man at komme ud i en tilstand, der ikke er holdbar. Opdagelsen af Rh-systemet har forøget udelukkelsesmulighederne med ca 50 %. Man er ved at tage nye systemer i brug, som vil sætte den teoretiske udelukkelsesprocent yderligere i vejret. En skønne dag har man måske også fået klarhed over arvelovene for de brune øjne, så man tør erklære denne undersøgelse for ligeså sikker som de svagere blodtypeudelukkelser. Og endelig er der »smager-ikke smager« egenskaben overfor det kemiske stof phenyl thiocarbamid, som man ved nedarves efter bestemte regler. Den dag, man har eksperimenteret sig frem, så man med sikkerhed kan bygge også på dette biologiske bevismiddel, står man overfor det uhyggelige problem, hvorledes denne nye metode skal bruges ved afgørelsen efter § 15, stk 1. Her har man ikke blot *ikke kendt* metoden til bevismidlets anvendelse, men man har *ikke kunnet bruge* den, fordi den er uanvendelig overfor børn under en vis alder.

Der kan således anføres gode grunde for at fortolke § 15, stk 1. restriktivt, så at man ved »kundskab om omstændigheder af betydning« forstår dette, at den anerkendende *først nu er blevet klar over, at moderen i de kritiske måneder har stået i forhold til andre*. At der findes nye bevismetoder med hensyn til faderskabet, er irrelevant. Hvis manden uden hensyn til andre fadermuligheder påtager sig faderskab, har han med oprejst pande overtaget en risiko, og der er ikke nogen grund til senere at hjælpe ham med at få lavet om på barnets status.³⁹⁾

³⁹⁾ »Nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtes schliesst die Anerkennung eines ausserehelichen Kindes den Verzicht auf die Einreden des Mehrverkehrs und des unzüchtigen Lebenswandels in sich. Der Anerken-

Rækkevidden af § 15, stk 1, har været berørt i en af Højesteret for nylig afsagt dom.⁴⁰⁾ De 9 dommere delte sig i 3 grupper, og man kan derfor ikke tillægge dommen synderlig værdi som præjudikat. Sagen var af flere grunde ikke egnet til principiel afgørelse. Dommen synes at vise, at der er nogen usikkerhed i retten med hensyn til principperne for fortolkningen af § 15, stk 1, og man tør derfor forvente, at retten næste gang træffer afgørelsen in pleno. Før det er sket, ved man faktisk ikke, hvad der er »gældende ret«. De synspunkter, der er udviklet her, er på linje med, hvad der har fundet udtryk i en af to højesteretsdommere afgivet dissens og dissensen til landsrettens dom.

Den, der er *dømt som fader* ved upåankelig dom, kan efter den specielle regel i rpl § 456, n, stk 3, jfr stk 5, indenfor en frist af 2 år kræve sagen genoptaget, når han godtgør at være kommet til kundskab om omstændigheder, der kan antages at ville have givet sagen et andet udfald. Fristreglen fører til, at det, når begrundelsen er en udelukkelseserklæring efter et nu anvendt blodtypesystem, som regel bliver Højesteret, der skal træffe afgørelse, og retten kan ved overvejelserne også tage hensyn til barnets tarv. Er manden *dømt som bidragspligtig*, omfattes tilfældet ikke af særreglen i rpl § 456, h, stk 3.⁴¹⁾ De mange og stramme betingelser i rpl § 423 bevirker, at mulighederne for at få tilladelse til at påanke en upåankelig dom om bidragspligt er små.

Når adgangen til at anfægte faderskabsanerkendelse begrænses på denne måde, bliver spørgsmålet om moderens forpligtelse til tilbagebetaling af oppebårne underholdsbidrag mindre vidtrækkende end efter en ordning med almindelig adgang til at få det juridiske faderskab redresseret, så det kommer til at svare til det biologiske.

Tilbagebetaling kan forlanges ud fra aftalesynspunkter, når man-

nende nimmt regelmässig die bestehende objektive Ungewissheit seiner Vaterschaft in Kauf, um den Vaterschaftsprozess zu vermeiden.« BGE 1953 s 27, dom 19 marts 1953.

I et tilfælde som det i Min Tid 1940 s 200 omhandlede, hvor Justitsministeriet gav en mand, der var dømt som bidragspligtig, adgang til at anerkende faderskab, ville det være særlig stødende, om han senere efter blodtypebestemmelse kunne fralægge sig faderskab. Han havde med åbne øjne påtaget sig risikoen. En anden sag er det, at afgørelsen næppe er lovlig.

⁴⁰⁾ UfR 1953 s 51 H, jfr noten s 54-55 med landsretsdissensen. Jfr ovenfor s 109.

⁴¹⁾ Nærmere herom Th Haagen i Juristen 1951 s 79-85.

den har betinget anerkendelse af, at der foretages fornyet blodprøve eller polysymptomatisk lighedsprøve, og udtrykkeligt har reserveret sig tilbagebetaling af betalte beløb, hvis sagen får det udfald, at han pure frifindes. Moderen må også være forpligtet til tilbagebetaling, hvis hun har tvunget manden til urigtig anerkendelse ved trusler om meddelelse til hustru, pårørende eller foresatte om forholdet eller har fremkaldt anerkendelsen ved svig.

I princippet er svigsreglen klar, og begrebet må bestemmes på lignende måde som i aftalelæren. Har moderen fortalt manden, at hun var *virgo intacta* og aldrig har haft samleje med andre mænd. *og har han troet på denne oplysning* og heraf ladet sig motivere til anerkendelse, må han kunne forlange tilbagebetaling, når oplysningen viser sig urigtig.⁴²⁾ Moderens fortielse af samleje med andre i de kritiske måneder kan også være så grov, at der ikke kan være tvivl om, at hun har været klar over, at sagen derved kunne få et andet udfald, end den skulle have.⁴³⁾

Bortset herfra vil det i reglen være betænkeligt at statuere svig, dels fordi der indgår et kvantitativt moment i forestillingerne om svig, dels fordi det kan være praktisk taget umuligt at afgøre, om moderens forklaring om samlejetidspunkter mv har været *bevidst* urigtig. Sagens forløb er jo dette, at moderen først, når hun skal have barnet, har anledning til at hæfte sig ved de nøjagtige tidspunkter. Denne rekonstruktion vil og må ofte blive urigtig, uden at man kan stemple moderens adfærd som svigagtig, jfr at mandens forklaring også ofte vil være urigtig, uden at der foreligger svig. Og alene dette, at moderens forklaring viser sig urigtig, kan ikke være tilstrækkeligt til at begrunde tilbagebetaling ud fra forudsætningssynspunktet.⁴⁴⁾ Det er ikke rimeligt at lægge risikoen for opdagelsen af nye blodtypesystemer udelukkende på moderen.

Heller ikke overfor den tredjemand, der nu dømmes, kan der ud

⁴²⁾ UfR 1941 s 400, hvor der ikke dømmes til tilbagebetaling alene ud fra blodtypebestemmelsen, men også ud fra moderens forklaring om samlejetidspunkter.

⁴³⁾ UfR 1952 s 661. Fortielse for at skjule blodskam.

⁴⁴⁾ UfR 1943 s 1058, hvor landsretten nægtede at dømme til tilbagebetaling alene på grundlag af udelukkelseserklæring efter ABO-systemet. Der havde foreligget et fast samlivsforhold gennem ca 3 år. UfR 1938 s 795 H, der for moderens vedkommende er enstemmig. Jfr NJA 1942 s 39 H, hvor der forelå MN-udelukkelse i en 7 år tidligere pådømt sag, og hvor retten med 4 stemmer mod 1 nægtede tilbagebetaling.

fra almindelige formueretlige synspunkter stilles krav om refusion af afholdte udgifter, medmindre han har medvirket til svig.⁴⁵⁾

Når en pådømt sag genoptages, og genoptagelsen fører til, at en af de dømte frifindes, må spørgsmålet om tilbagebetaling fra moderen eller refusion fra tredjemand afgøres efter lignende synspunkter.

V. Forsørgelses- og bidragspligt.

På grund af forskellen i barnets stilling, eftersom det har en fader, eller der kun er fastslået bidragspligt, *skal* der rejses faderskabssag ved enhver fødsel af barn udenfor ægteskab,⁴⁶⁾ og kun under ganske særlige omstændigheder fx forestående bortadoption vil moderen få dispensation fra bestemmelsen i § 5, stk 4, om oplysningspligt.⁴⁷⁾

Det er ikke påbudt, at der skal udfærdiges bidragsresolution, og i mange tilfælde frafaldes det. Blandt anerkendelsessagerne vedrører ikke så få⁴⁸⁾ børn, der er født før vielsen og legitimeret i kraft af ægtebørnslovens § 5, stk 1. Det fritager ikke for faderskabssag, idet man har den retsteknisk skarpe regel, at der skal sættes fader-

⁴⁵⁾ UfR 1938 s 795 H, frifindelse med 5-2 i en sag, der vedrørte den ældre lovgivning. Cfr UfR 1935 s 24 H, hvor tredjemand havde aflagt falsk ed og i første omgang var blevet frifundet, i anden omgang blev dømt. Refusion pålagt.

Se til teksten A Vinding Kruse i UfR 1951 B s 247-50.

⁴⁶⁾ Selv om barnet er født af en gift kvinde, kan sagen sluttes med tredjemands anerkendelse til politiprotokollen i de tilfælde, hvor der haves sikkerhed for, at ægtemanden på grund af fængselsophold, sejlsads i udenrigs fart osv i hele avlingstiden ikke kan være fader. Min Tid 1949 s 103.

⁴⁷⁾ Virkningerne af moderens nægtelse er så svage, at hun er i stand til at negligere reglen, hvis hun har faderen i ryggen. Hun får en bøde, og der beskikkes en værge, som skal prøve at få anlagt sag, men der kan ikke anvendes tvangsmulkt. Nærmere Borum I s 26-27.

Ifølge Indenrigsmin cirk 10 sep 1945, Min Tid 1945 s 535 sender jordemødre og læger de påbudte anmeldelser til mødrehjælpsinstitutionerne, der – om fornødent – foretager afhøring og lader sagen gå videre til politimesteren.

Reglerne om anmeldelses- og oplysningspligt gælder ikke den gifte kvinde, der samlever med manden, Colov-Herfelt s 19, Min Tid 1939 s 274, hvor samlivet havde været hævet i 8 år. Er et barn anmeldt til ministerialbogen som ægtebarn, og det fastslås, at det er barn udenfor ægteskab, må tilførslen rettes. Er politiet bekendt med sagens udfald, skal det sørge for rettelsen, Min Tid 1942 s 59.

⁴⁸⁾ Det er en væsentlig mangel ved en vurdering af problemet børn udenfor ægteskab, at man ikke har opgørelse over, hvor mange der legitimeres. Man kender antallet af § 4-børn, ca 13 % af samtlige ægtebørnsfødsler.

skabssag i gang, når fødslen har fundet sted før vielsen.⁴⁹⁾ Ægtemanden må hen på politikontoret, hvad han ofte har svært ved at fatte nødvendigheden af.

Efter § 7, stk 2, kan moderen frafalde, at der udfærdiges bidragsresolution. Dette sker dels, når barnet er legitimeret, dels når der er tale om faste samlivsforhold. Moderen kan også frafalde udfærdigelse af resolution, når sagen har været for retten, medmindre dommen går ud på flere bidragspligtige. Så kommer Landsnævnet for Børneforsorg ind i billedet. Ved flere bidragspligtige løsnes forbindelsen mellem moderen og de bidragspligtige i den forstand, at Landsnævnet overtager opkrævningen af de fastsatte bidrag fra alle de bidragspligtige, og moderen kan ikke indgå aftale med een af de bidragspligtige om, at han skal slippe for bidrag. Moderen kan måske heller ikke ved at frafalde bidrag efter barnets fyldte 14 år med henvisning til, at det nu kan klare sig selv, foranledige, at overøvrigheden fritager alle de bidragspligtige for indbetaling.⁵⁰⁾

Til belysning af, hvorledes reglerne virker, meddeles en oversigt over fordelingen af Overpræsidiets sager for 1952:

	Bidragsresolution ud- færdiget	ikke ud- færdiget
1. Faderskab anerkendt til Overpræsidiets protokol	301	383
2. Faderskab anerkendt efter forhandling i retten	303	110
3. Bidragspligt fastslået efter forhandling i retten		
a. enebidragspligt	100	3
b. flere bidragspligtige	29	—
	733	496

Om størrelsen af *fastsatte* bidrag og om bidragspligtens varighed, når *faderskab er fastslået*, eller der er *een bidragspligtig*, gælder i princippet det samme som ved fastsættelse af underholdsbidrag til ægtebørn ved samlivsophævelse, separation og skilsmisse.⁵¹⁾ Er

⁴⁹⁾ Min Tid 1939 s 276.

⁵⁰⁾ Min Tid 1953 s 132 om moderens afkald overfor en enkelt. Jfr. lovens §§ 27, 2 punktum, 17 in fine, 22, stk 2, 29 og 30. Henvisningen i § 22, stk 2, til nedsættelses- og ændringsbestemmelserne i § 20, stk 3 og stk 7, skulle herefter bero på en lapsus. Forsåvidt der er tale om bortfaldsbestemmelser, synes fortolkningen at være vel fri.

Nærmere om, hvorledes ordningen praktiseres, i Socialmin cirk i Min Tid 1938 A s 5-7.

⁵¹⁾ Ovenfor s 221-28. § 24, stk 1, er ved Højesterets dom i UfR 1954 s 489 antaget ikke at hindre bidragspålæggelse fra barnets fødsel 10 år før domsafsigelsen, skønt årsagen til udelukkelse i første omgang var urigtig

begge forældre ubemidlede, vil faderen ikke slippe med mindre end det til enhver tid for barnets opholdssted fastsatte normalbidrag, og er moderen død eller forsvunden, må faderen overtage også moderens part, § 20, stk 2.⁵²⁾ Er faderen velstillet og moderen ubemidlet – en ikke ualmindelig situation –, skal barnet forsørges og opdrages også under hensyn til faderens kår.⁵³⁾ Der kan desuden pålægges ham større andel end $\frac{2}{3}$, og der kan i denne situation være grund til at pålægge ham større bidrag end sædvanligt til barnets uddannelse indtil dets 21 år.

Særlig for børn udenfor ægteskab er reglen om den første regning, der sendes faderen, for andel i udgifterne ved moderens barselsfærd og ophold i nogen tid før og nogen tid efter fødslen.⁵⁴⁾ Af hensyn hertil er moderen interesseret i at kunne rejse sag inden fødslen, og adgangen hertil står hende åben efter loven, § 4. Men hvis manden ikke anerkender faderskab, støder sagens behandling på den hindring, at der ikke er mulighed for at blodtypebestemme barnet, og i praksis vil man derfor sjældent komme ud for, at en sag *pådommes* før barnets fødsel.⁵⁵⁾

Når der er flere bidragspligtige, får moderen kun udbetalt normalbidraget, og det erlægges kun forskudsvis af det offentlige, hvis hun opfylder de almindelige betingelser herfor. Af bidragsfonden kan hun efter særligt andragende få udbetalt konfirmationsbidrag, bidrag til uddannelse og de andre særlige bidrag. De bidragspligtige indbetaler uden hensyn til deres økonomiske forhold kun normalbidraget, og der kan efter lovens formulering ikke pålignes dem de særlige bidrag til konfirmation mv.⁵⁶⁾

blodtypebestemmelse fra Retsmedicinsk Instituts side. 2 af 7 dommere ville nøjes med bidrag fra underrettsdommens indankning for landsretten.

⁵²⁾ Bestemmelsen om fuld forsørgelsespligt, hvis barnet er frugt af en kønsfrihedsforbrydelse, er uden større interesse, da der her gives tilladelse til svangerskabsafbrydelse.

⁵³⁾ § 3, stk 2, og § 20, stk 2. Tilføjelsen i § 3, stk 2, om, at der ikke skal tages sædvanligt hensyn til faderens kår, hvis det ikke stemmer med barnets tarv, er en reminiscens af den dobbelte kønsmoral. Den skal forhindre for store udsving (millionæren og hans husassistent).

⁵⁴⁾ Ved tvillingfødsel kun eet barselsfærdsbidrag, *Min Tid* 1945 s 232. Normaltaksten p t 52 kr i alle kommuner. Moderens underholdsbidrag før og efter fødslen sættes i København til 84 kr pr måned. Bkg nr 251 af 4 sep 1953.

⁵⁵⁾ *Juristen* 1953 s 112 med note. Genoptagelsesadgangen i rpl § 456, n, stk 1, benyttes derfor ikke ret ofte.

⁵⁶⁾ § 22, stk 2, og § 30, stk 4. *Colov-Herfelt* s 45.

Forpligtelsen til at indbetale til fonden bortfalder for samtlige bidragspligtige, dersom moderen indgår ægteskab med en af dem, og han anerkender barnet som sit, ægtebørnslovens § 5, stk 2. Bliver barnet ikke anerkendt, vil alle de bidragspligtiges forpligtelser overfor fonden, såfremt barnet medtages til forsørgelse i det fælles hjem, blive suspenderet, sålænge moderen samlever med sin ægtefælle, § 31.

Moderen kan ikke gyldigt beskære bidragsfondens indtægter ved at eftergive en af de bidragspligtige bidraget, hvad hun ikke ville lide noget ved. Men hvis barnet bortadopteret, antages det, at adoptantens afkald på bidrag fritager samtlige for forpligtelse til at indbetale til fonden.⁵⁷⁾

Hvis der undtagelsesvis opnås tilladelse til genoptagelse af en pådømt sag med flere bidragspligtige, og den nu ender med, at en eller flere frifindes, bortfalder forpligtelsen til for fremtiden at betale bidrag. Efter rpl § 456, n, stk 7, kan der ved sagens afgørelse træffes bestemmelse om tilbagebetaling af erlagte bidrag. Dette må også gælde bidrag, der er indbetalt til bidragsfondens, men efter de synspunkter, der har ført til ordningen, er der ikke grund til at give pålæg til fonden om tilbagebetaling. Det var ikke op-havsmandens tanke, at bidragsfondens skulle være en slags sparekasse. Er der derefter kun een bidragspligtig tilbage, ophører den særlige betalings- og opkrævningsordning, og der udfærdiges en enebidragsresolution af sædvanligt indhold i stedet for den særlige resolution.

Om aftaler om underholdsbidrag se § 25. Ønsker faderen eller den bidragspligtige ved ægteskabs indgåelse at kunne præstere »ren« attest efter ægteskabslovens § 21, stk 11, må han ud med et beløb svarende til bidragenes kapitalværdi. Efter inddrivelseslovens § 25 skal beløbet indbetales til Overformynderiet. Dør barnet inden sit 18 år, tilbagebetales beløbet til faderen, medmindre der på forhånd er truffet anden bestemmelse.⁵⁸⁾ Den omstændighed, at der er god-

⁵⁷⁾ Min Tid 1940 s 255, jfr 1953 s 132.

⁵⁸⁾ Det samme gælder beløb indbetalt fra bidragspligtiges dødsbo eller af en bidragspligtig, som vil udvandre. I praksis vil Overformynderiet forsøge at få overøvrigheden til at påse, at der i overenskomster optages særlige bestemmelser om, hvem kapitalen skal tilfalde ved barnets død inden sit 18 år, og hvem der skal have en eventuel rest ved barnets 18 år, se forbeholdet i inddrivelseslovens § 25. Gifter faderen eller den bidragspligtige sig med moderen, får han ikke indbetalte beløb ud med det samme. Der er

kendt aftale om affindelsessum, afskærer ikke overøvrigheden fra at pålægge de særlige bidrag til konfirmation, uddannelse mv, jfr § 25 i loven om børn udenfor ægteskab.

Hvis en fader er velstillet, kan han være interesseret i, at der gives et arveafkald på barnets vegne, og man har i administrativ praksis været ude for anmodning om godkendelse af en ordning med en rundelig affindelsessum, imod at der gaves sådant afkald. Justitsministeriet indtager det standpunkt, at disse aftaler, der som regel har til formål at skjule barnets eksistens, ikke kan godkendes.⁵⁹⁾

VI. *Den forsørgelsespligtiges eller bidragspligtiges død.*

Barnets retsstilling ved den forsørgelses- eller bidragspligtiges død er forskellig, eftersom der er tale om 1) faderskab, 2) enebidragspligt, 3) fleres bidragspligt.

1. a) Når faderen dør, og boet straks skiftes, ophører bidragsforpligtelsen på samme måde som i forholdet mellem fraskilte og fraseparerede mænd og deres børn, og barnet er henvist til at fremsætte sit arvekrav. Forfaldne ubetalte bidrag kan dog som forudsat i motiverne kræves betalt på samme måde som anden gæld uanset den noget kategoriske formulering af § 26, stk 1.

Et barn udenfor ægteskab, der ikke er født ved faderens død, må antages at have arveret på samme måde som ægtebarn, DL 5-2-30 sammenholdt med § 1 i loven om børn udenfor ægteskab.⁶⁰⁾ Er boet inden barnets fødsel blevet overtaget af andre arvinger til privat skifte, må barnets retsstilling bedømmes efter reglen om forbige arvingers retsstilling i loven af 1946 om borteblevne § 25, der henviser til §§ 18 og 22. Maksimum for, hvad arvingerne skal udrede, er den arv, de har modtaget.

b) Er faderen gift, og har hans enke fået tilladelse til at sidde i uskiftet bo, der i § 26, stk 1-situationen vil være – eller blive – uskiftet bo med livsarvinger, bliver der ikke foreløbig tale om arv, men enken er i så fald forpligtet til at udrede underholdsbidrag af boets midler.

fast praksis for, at reglen i inddrivelseslovens § 25 ikke omfatter adoptionsvederlag, hvorunder man også henfører affindelsessummer fra faderen. Sådanne kapitaler antages at tilhøre barnets bo, ovenfor s 128.

⁵⁹⁾ Utrykt skr af 23 nov 1940.

⁶⁰⁾ Min Tid 1940 s 602.

Under den tidligere retstilstand syntes man, at det kunne være hårdt for en enke, der sad i uskiftet bo, at hun skulle betale mandens underholdsbidrag til børn udenfor ægteskab, og man skabte derfor en regel om, at det beroede på overøvrighedens bestemmelse efter et skøn over hendes økonomiske forhold, hvor meget hun skulle betale. Denne regel har man bevaret, skønt der derved kommer en forskelsbehandling frem imellem enken, der skifter straks og derfor må udrede arv, og enken, der vælger uskiftet bo. Da man i praksis antager, at der kan udfærdiges bidragsresolution, selv om faderen er død, med den virkning, at der kan ske forskudsvis udbetaling af bidraget, og da der er hjemmel til, at forskudsvis udbetaling fortsætter, selv om faderen afgår ved døden, vil overøvrighederne være tilbøjelige til at moderere kravet mod enken eller fritage hende helt. Udgifterne væltes over på det offentlige.

Enken må til enhver tid kunne frigøre sig for forpligtelsen ved at begære skifte og udrede arv efter boets øjeblikkelige forfatning. Forpligtelsen påhviler hende kun, sålænge hun *hensidder* i uskiftet bo.

2. Dør den enebidragspligtige, må der ligeledes sondres imellem, om boet skiftes med det samme, eller den bidragspligtige har en enke, der *hensidder* i uskiftet bo.

a) Skal boet skiftes med det samme, kapitaliseres bidragskravet og anmeldes i boet med et passende tillæg svarende til de særlige bidrag til konfirmation, opdragelse og uddannelse, efter omstændighederne også til uddannelse indtil barnets 21 år.⁶¹⁾ Beløbet udredes ikke, før alle kreditorer er betalt (»så vidt det er solvent«), og på den anden side kan der ikke blive tale om arv, før det er betalt (»som forfalden gæld«). Det indsættes i Overformynderiet, der sørger for den halvårslige udbetaling.

Til beskyttelse af den bidragspligtiges arvinger tjener to regler i § 2, stk 2. Den ene går ud på, at kravet *i relation til den bidragspligtiges enke og afkom* ikke kan overstige, hvad barnet ville have arvet, hvis der havde været tale om faderskab. Bidragsbarnet skal ikke have en bedre stilling end faderskabsbarnet. Den anden er, at begæring om betaling under alle omstændigheder skal være fremsat inden en vis frist regnet fra den bidragspligtiges død. Det bortfalder selv uden proklama.⁶²⁾

⁶¹⁾ Justitsmin utrykte skr 29 april 1940 om bl a uddannelsesbidrag til det 21 år. Boet var på over ½ mill.

⁶²⁾ Er der udstedt proklama, skal kravet være fremsat inden dettes ud-

Har andre arvinger end enke og børn overtaget den bidragspligtiges bo til privat skifte eller vedgået arv og gæld i boet, hæfter de næppe personligt for kravet, men kun med, hvad der har været i boet. Tanken bagved reglen i § 26, stk 2, er tydeligt nok denne, at barnet ikke skal stilles bedre, end om der var fastslået faderskab. Barnets krav er en mellemting mellem et arvekrav og et gældskrav, og dets stilling kan bedst sidestilles med legatarens. Antog man ikke dette, ville det være en ret risikabel sag at overtage boet efter en ugift mand til privat skifte, især efter den forhøjelse af normalbidragssatserne, der har fundet sted i de senere år. Arvingerne kunne risikere at skulle udrede *som en dem personlig påhvilende forpligtelse* underholdsbidrag i 18 år + de særlige bidrag.

Resultatet er uantageligt, og i administrativ praksis har man også taget afstand fra det og antaget, der kun hæftes begrænset 3: med hvad der er i boet efter fradrag af gæld og begravelsesudgifter.⁶³³⁾ Dette kan støttes på, at der i § 26, stk 2, står, at forpligtelsen udredes af boet »*så vidt* det er solvent« 3: i det omfang, der er midler. Domsafgørelser foreligger ikke.

Bidrag, der var forfaldne ved den bidragspligtiges død, men ikke betalt, behandles også her som almindelig gæld. Der kan være tale om store beløb, især hvis moderen har fået bidraget udbetalt forskudsvis.

b) Efterlader den bidragspligtige sig enke, der hensidder i uskiftet bo, kan kravet også her kun gøres gældende mod enken, i det omfang overøvrigheden tillader, bortset fra forfaldne bidrag.

Det kan diskuteres, om denne beskyttelsesregel også gælder til fordel for den enke, der sidder i uskiftet bo med den bidragspligtiges udarvinger af 2 arveklasse, eller om hun må nøjes med den ansvarsbegrænsning, der ligger i, at hun kun hæfter med, hvad der er i boet. Sammenhængen med den ældre regel i loven af 27 maj 1908 § 3 taler for, at der kun sigtes til enke med livsarvinger. Herfor taler yderligere, at det *legale* begreb »uskiftet bo« ikke omfatter det såkaldte uskiftede bo med 2 arveklasse, jfr kapitel II i loven af 1926 om ægtefællers arveret og uskiftet bo. Udtrykket er et *systemudtryk*, der nok forekommer i motiverne til loven af 1926, men ikke i lovens tekst. Hvad der har været meningen med

løb. Eksempel på, at fristreglen på ½ år har beskyttet arvinger se UfR 1949 s 1120.

⁶³³⁾ Min Tid 1950 s 180.

§ 26, stk 2, kan der ikke siges noget om, da koncipisten ikke har omtalt problemet i motiverne, og der under rigsdagsforhandlingerne ikke var nogen, der var opmærksom på det.

Højesteret har i anden sammenhæng sidestillet uskiftet bo med 2 arveklasse med det historiske uskiftede bo med livsarvinger nemlig med hensyn til fritagelse for betaling af arveafgift,⁶⁴⁾ og da trangen til beskyttelse mod bidragskravets gøren gælden i fuldt omfang *fra enkens synspunkt* er omtrent lige stor, hvad enten hun sidder i uskiftet bo med livsarvinger eller med 2 arveklasse, synes noget at tale for at tage begge grupper med. Efter den nuværende sprogbrug vil dette ikke være en søgt fortolkning, men den nærmest-liggende. Problemet har været fremme en enkelt gang i administrativ praksis. Justitsministeriet afviste at udvide beskyttelsen til uskiftet bo med 2 arveklasse.⁶⁵⁾ Domsafgørelser foreligger ikke.

3) Dør en af flere bidragspligtige, finder samme regler anvendelse, men kravet gøres gældende af Landsnævnet, § 29, stk 4.

VII. *Navn, arveret mv.*

Hovedbestemmelsen om retsstillingen for børn udenfor ægteskab er teoretisk § 1 om ligestillingen med ægtebørn overfor forældrene : moderen og faderen, men ikke den bidragspligtige. Men da loven har en reservation »medmindre lovgivningen udtrykkelig fastsætter andet«, er reglens positivretlige indhold ikke stort. I motiverne siges det rentud, at paragraffen er en politisk programerklæring uden positivretligt indhold, men der peges samtidig – ikke helt konsekvent – på, at paragraffen indeholder et *fortolkningsprincip*. Stor rækkevidde har reglens indhold ikke, men der er dog foran peget på, at den må have betydning for fortolkningen af DL 5–2–30. I Colov-Herfelts kommenterede udgave af loven nævnes der ingen eksempler på følgeslutninger fra § 1, og domssamlingernes rubra er også tomme.

Efter § 2, stk 1, har barnet ret til at få tillagt enten moderens eller faderens familienavn, forudsat at faderskabssagen er afsluttet. En gift kvindes barn udenfor ægteskab kan ikke få ægtemandens navn, men skal have enten moderens familienavn eller den eventuelle faders familienavn. Skal navngivelse foretages, inden faderskabssagen

⁶⁴⁾ UfR 1929 s 678 H.

⁶⁵⁾ Min Tid 1945 s 152. Reservation af domstolenes stilling.

er afsluttet, må moderens familienavn benyttes, og der er så efter § 2, stk 2, adgang til, hvis faderskab senere fastslås, ved anmeldelse til ministerialbogen at tillægge barnet faderens familienavn.

I praksis går mødrene ofte den vej at benytte faderens familienavn som mellemnavn for barnet, »Erik Hviid Sørensen«, men det er ingen klog løsning. Gifter moderen sig senere med en anden end faderen, kan stedfaderen efter stedfaderreglen i § 2, stk 3, kun tillægge barnet sit familienavn, og mellemnavnet Hviid bliver stående.

Barnet har under visse betingelser adgang til navneskifte fra sit fyldte 18 til sit fyldte 22 år. Denne regel begynder nu at blive aktuel.

Stedfaderreglen i § 2, stk 3, anvendes meget i praksis. Er barnet navngivet med faderens navn, kan rettelsen i ministerialbogen kun ske med hans samtykke. Dette gør han ofte betinget af, at han slipper for at skulle betale bidrag til barnet. Ved henvendelse til overøvrigheden kan stedfaderen som regel i så fald opnå dennes tilladelse til, at barnet får hans navn, og faderens bidrag fortsætter.

Navneretten giver selvsagt ingen arveret efter stedfaderen.

Om de arveretlige regler henvises til fremstillingen i arveretten.

EFTERSKRIFT

Dette første bind af en Ægteskabsret indgår i studiet af I Civilret jævnsides med O A Borums Familieretten I-II, 2 udg 1945 og 1946, og fx C F Arnholms Lærebok i Familierett, 2 udg 1945. Andet bind vil omfatte formueordningen mellem ægtefæller, samlivsophævelse, separation og skilsmisse og vil blive afsluttet med et fælles sagregister og lovregister.

Tekst sat med særlig type læses i hovedtræk. Ved universitetsgennemgangen vil blive fremhævet, hvilke domme der bør gennemlæses.

Jeg bringer en tak til min kollega O A Borum, som ved at stille sine noter til disposition, ved tilladelse til fri benyttelse af den af ham givne fremstilling og ved mundtlige drøftelser af visse emner har lettet mig arbejdet meget væsentligt. Stoffet er afgrænset ud fra de samme synspunkter, som Borum har lagt til grund for sine bøger, og jeg har fulgt den samme systematik med de ændringer, der har været en følge af visse under forhandlinger om det juridiske studium fremførte ønsker om at få fremstillingen af reglerne om ægteskabs indgåelse og omstødelse mere koncentreret.

Min hustru cand jur Gudrun Engberg har gennemlæst manuskriptet og bistået mig ved korrekturlæsningen. Lektor, landsrets-sagfører Oluf Lind har gennemlæst den væsentligste del af manuskriptet, landsdommer Jørgen Trolle store dele, ekspeditionssekretær Poul Gaarden, Justitsministeriet, adoptionsafsnittet, og vicekontorchef Jensen, Overpræsidiat, afsnittet om forsørgelse af ægtebørn. Jeg beder dem modtage min tak for interesse for arbejdet, opmuntring, gode råd og praktiske vink om mange enkeltheder.

Ansaret for plan, tilrettelæggelse, enkeltheder og kritik hviler dog udelukkende på forfatteren.

Egernvej 41, juni 1954.

Ernst Andersen.

FORKORTELSER

I. LITTERATUR FORKORTET VED HJÆLP AF FORFATTERNAVNE

- Arnholm: Carl Jacob Arnholm, Lærebok i Familierett, 2 udg 1945.
Arnold: J C Arnold, The Marriage Law of England, 1951.
Arvefaldet: O A Borum, Arvefaldet, 1949.
Arveretten: O A Borum, Arveretten, 1950.
Bentzon, 1916: Viggo Bentzon, Den danske Familieret, 2 udg 1916.
Bentzon, 1924: Viggo Bentzon, Familieretten I, 1924.
Bentzon, 1926: Viggo Bentzon, Familieretten II, 1926.
Bishop: J P Bishop, Commentaries on the Law of Marriage and Divorce, 1881.
Borgerlig Ret: H Munch-Petersen, Den borgerlige Ret, 13 udg 1948, ved E Munch-Petersen.
Borum I: O A Borum, Familieretten I, 2 udg 1945.
Borum II: O A Borum, Familieretten II, 2 udg 1946.
Böhmer: J H Böhmer, Jus ecclesiasticum protestantium, 4 udg 1754, bd 4.
Buckland: W W Buckland, A Manual of Roman Private Law, 2 udg 1947.
Colov-Herfelt: E Colov og J Herfelt, Børnelovene af 7 maj 1937, 2 udg 1943.
Egger I og II: A Egger, Das Familienrecht. I = Das Eherecht, 2 udg 1936.
II = Die Verwandtschaft, 2 udg 1943.
Esmein I og II: A Esmein, Le Mariage en Droit Canonique, I-II, 2 udg, I 1929, II 1934.
Eversley: Eversley's Law of Domestic Relations, 6 udg 1951.
Faurholt: Ægteskabs Indgaaelse og Opløsning. Kommentar, 3 udg 1948.
Ved J Faurholt og H Topsøe-Jensen.
Gaarden I: Poul Gaarden, Myndighedsloven, 3 udg 1949.
Gaarden II: Poul Gaarden, Lov om Ægteskabets Retsvirkninger, 3 udg 1950.
Grant: H B Grant, Marriage, Separation and Divorce, 1946.
Hofmann-Stephan: Edgar Hoffmann og Walter Stephan, Ehegesetz, 1950.
Keezer: Keezer, On the Law of Marriage and Divorce, 3 udg 1946.
Latey: Latey's Law and Practice in Divorce and Matrimonial Causes, 13 udg 1945.
Lehmann: Heinrich Lehmann, Deutsches Familienrecht, 2 udg 1948.
Nordstedt: Nordstedts Juridiske Handbok, 1953.
Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 9 udg 1951.
Personretten: O A Borum, Personretten, 3 udg 1953.
Planiol: Traité Élémentaire de Droit Civil de Planiol. Ved Ripert og Boulanger, I, 5 udg 1950, III, 4 udg 1951.
Rayden: Rayden's Practice and Law in the Divorce Division, 6 udg 1953.
Ross: Alf Ross, Om Ret og Retfærdighed, 1953.
Scheel: A W Scheel, Familieretten, 2 udg 1877.
Schulz: Fritz Schulz, Classical Roman Law, 1951.
Støylen: Andreas Støylen, Separasjon og skilsmisse etter norsk rett, 1948.
Undén-Malmström: Undén-Malmström, Äktenskapsrätt, 1951. (Kompendium.)
Walín: Gösta Walín, Föräldrabalken, 1952.
Ørsted: A S Ørsted, Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, bd 2, 1825.

II. ANDRE FORKORTELSER

- AC: Law Reports, Appeal Cases.
Adoptionsloven: Lov nr 87 af 26 marts 1923 om adoption.

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1896.
 BGE: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts.
 C: Codex.
 Cc: Code civil (den franske).
 Ch: Law Reports, Chancery Division.
 D: Digesterne.
 Ehegesetz: Den af kontrolrådet udstedte Ehegesetz af 20 feb 1946.
 Entsch B: Entscheidungen des Bundesgerichts in Zivilsachen.
 Entsch: Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen.
 Fam kom I: Udkast til Lov om Ægteskabs Indgaaelse og Opløsning, 1913.
 Fam kom II: Udkast til Lov om Adoption, 1913.
 Fam kom III: Udkast til Lov om Ægteskabets Retsvirkninger, 1918.
 Fam kom IV: Udkast til Lov om Umyndighed og Værgemaal, 1921.
 Forsorgsloven: Bkg nr 475 af 31 aug 1946 af lov om offentlig forsorg.
 FT: Folketingstidende.
 H: Højesteretsdom.
 HRT: Højesteretstidende.
 I: Institutiones.
 Inddrivelsesloven: Lov nr 133 af 7 maj 1937 om inddrivelse og sikring af underholdsbidrag.
 JU: Juridisk Ugeskrift.
 KB: Law Reports, King's Bench Division.
 Loven om børn udenfor ægteskab: Lov nr 131 af 7 maj 1937 om børn uden for ægteskab.
 LT: Landstingstidende.
 Min Tid: Ministerialtidende.
 Myndighedsloven: Lov nr 277 af 30 juni 1922 om umyndighed og værgemål.
 NJA: Nytt Juridiskt Arkiv.
 Nov: Novelle.
 NRt: Norsk Retstidende.
 ORD: Overrettsdom.
 P: Law Reports, Probate Division.
 QB: Law Reports, Queen's Bench Division.
 Retsvirkningsloven: Lov nr 56 af 18 marts 1925 om ægteskabets retsvirkninger.
 Rev Rep: Revised Reports.
 Rpl: Bkg nr 265 af 15 sept 1953 af lov om rettens pleje.
 RT: Rigsdagstidende.
 RÅ: Retslægerådets årsberetning.
 Sc and Div: Law Reports, Scottish and Divorce.
 Schl: Schlegels Samling af Højesteretsdomme.
 SvJT: Svensk Juristtidning.
 TfR: Tidsskrift for Retsvidenskab.
 UfR: Ugeskrift for Retsvæsen.
 VLD: Vestre Landsrets dom.
 ZGB: Schweizerisches Zivilgesetzbuch af 1907.
 Ärvdabalk: Förslag av ärvdabalkssakkunniga. 1954. Statens offentliga utredningar, 1954 nr 6.
 Ægteskabsloven: Lov nr 276 af 30 juni 1922 om ægteskabs indgåelse og opløsning.
 Ægtebørnsloven: Lov nr 132 af 7 maj 1937 om ægtebørn.
 ØLD: Østre Landsrets dom.

INDHOLD

Første afsnit: Ægteskabs indgåelse og omstødelse.	Side
§ 1. Forlovelse	5–18
§ 2. Ægteskabsstiftelse. Træk af udviklingen	18–29
§ 3. Ægteskabsforbud	30–44
§ 4. Omstødelse	45–65
Andet afsnit: Ægtebørn og adoptivbørn.	
§ 5. Pater est	66–102
§ 6. Legitimation	102–111
§ 7. Adoption	111–151
Tredje afsnit: Forældremyndighed og samkvemsret.	
§ 8. Forældremyndigheds indhold og varighed	152–163
§ 9. Forældremyndigheds indehaver	164–196
§ 10. Samkvemsret	197–204
Fjerde afsnit: Forsørgelse m v.	
§ 11. Ægtebørns forsørgelse	205–237
§ 12. Undervisning, opdragelse og uddannelse	237–240
Appendix.	
§ 13. Børn udenfor ægteskab	241–273
Efterskrift	274
Forkortelser	275–276