



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Marina Andersson

Surrogatmoderskap kontra moderskapspresumtionen

Examensarbete
30 högskolepoäng

Eva Ryrstedt

Familjerätt

Termin 9

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Allmänt	5
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Disposition och avgränsning	7
2 RÄTTSLIGT FÖRÄLDRASKAP	9
2.1 Det rättsliga föräldraskapets syfte	9
2.2 Konventioner till skydd för familjelivet	11
3 RÄTTSLIGT FADERSKAP	13
3.1 Allmänt om faderskap	13
3.2 Faderskap vid assisterad befruktning	15
3.2.1 Allmänt vid assisterad befruktning	15
3.2.2 Vid assisterad befruktning i homosexuella relationer	15
3.3 Hävande av faderskap	17
3.4 Förvanskande av familjeställning	18
3.4.1 Definition av brottet	18
3.4.2 Ny reglering	20

4	RÄTTSLIGT MODERSKAP	22
4.1	Moderskapets fastställande	22
4.2	Praxis i moderskapsfall	23
4.2.1	Fall där förväxling hade skett	23
4.2.2	Fall med okänd mor	24
4.2.3	Hittebarnsfall	24
4.2.4	Hovrättsfallet 1996	24
4.2.5	NJA 2007 s.684.	25
4.2.6	Surrogatmoderskapsfallet	25
4.3	Moderskapspresumtionen	27
4.3.1	Allmänt	27
4.3.2	Föräldraskap för barn genom insemination	28
4.3.3	Äggdonation och surrogatmoderskap	29
4.3.4	Utvecklingen under 90-talet	31
4.3.5	Surrogatmoderskapets etiska aspekter	33
4.4	Villkor för assisterad befruktning	34
5	UTLÄNDSK RÄTT	35
5.1	Engelsk rätt	35
5.1.1	Allmänt	35
5.1.2	Rättsligt moderskap	35
5.1.3	Surrogatmoderskap	36
5.1.4	Domstolsbeslut	38
5.1.5	Överförande av föräldrarätten	39
5.2	Amerikansk rätt,	40
5.2.1	Allmänt	40
5.2.2	Kalifornisk lagstiftning	42
6	ANALYS	45
6.1	Den genetiska moderns rätt	45
6.1.1	Moderskap enligt formella fastställelsegrunder	45
6.1.2	Behov av ytterligare reglering?	47
6.1.3	Rätt till rättsligt moderskap enligt föräldraskapets rättsverkningar	48

6.1.4	”Genetisk mor” v. äggdonator	49
6.2	Utländska erfarenheter	50
6.2.1	Engelsk rätt	50
6.2.2	Amerikansk rätt	52
6.3	Sammanfattande slutsatser	53
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	60

Summary

On the 7th of July 2006, the Swedish Supreme Court passed a ruling on the first surrogacy case known in Sweden. In the case at hand, the father of the child had revoked the approval needed by the biological mother in order for her to be granted the right to adopt the child and thus become the child's legal parent.

Surrogate motherhood is the method used by childless couples when the woman for some reason cannot carry the pregnancy to term. The surrogate mother, often a relative or a close friend, goes through IVF-treatment where the embryo, the genetic child of the couple, is being implanted in her uterus. At birth, the child is given to the biological father, who then acknowledges fatherhood. The prospective mother then adopts the child, with the permission of the legal parent.

Surrogacy arrangements are prohibited by the Swedish law. The ban on the caregivers doesn't prevent the couple from traveling abroad, preferably to England or Finland where altruistic surrogacy is allowed, to have the arrangement done.

In this essay I will be examining the possibility of legal parenthood for the biological (in Sweden; the genetic) mother. This will be done firstly by investigating the legal ground of parental rights. Subsequently I will be investigating the legal grounds of paternity, with emphasis on the "contractual" fatherhood. When IVF with donor sperm is carried out, the future father's approval of the procedure is the prerequisite of the IVF-fertilization being done. His approval of the method is the legal ground of his fatherhood.

I will also examine the motives behind the legal presumption, "*mater semper certa est*", to see whether any legal right can be given to the biological mother based on the conventional and legal view on motherhood. Is the biological (in Sweden; genetic) motherhood really *the* opposite of the essence of motherhood? This I intend to find out.

To add a comparative view to this essay, I will make a brief summary of foreign legislations where surrogacy arrangements are carried out legally, which is primarily English and American (Californian) law.

With this essay I hope to initiate a discussion whether there is need of legislation to surrogate motherhood in Sweden, and the – presumably positive - legal effects of such legislation.

Sammanfattning

Den 7 juli 2006 meddelades dom i HD i det första fallet i svensk rätt där surrogatmoderskap hade förekommit. I fallet hade barnets far återkallat samtycket som krävdes för att den genetiska modern skulle få adoptera barnet och bli dess rättsliga förälder.

Surrogatmoderskap är en metod som används av barnlösa par, när kvinnan i paret av någon anledning inte kan fullfölja graviditeten. Surrogatmodern, som ofta är en släkting eller nära vän, undergår IVF där embryot, paret genetiska barn, inplanteras i hennes livmoder. Barnet ges till paret genast vid födseln, som får det rättsliga föräldraskapet överfört t.ex. genom att fadern erkänner faderskapet till barnet. Den blivande modern kan sedan adoptera barnet, med tillåtelse av barnets rättsliga förälder.

Surrogatmoderskap är förbjudet i svensk lag. Förbudet mot vårdgivarna att tillhandahålla tjänsten hindrar dock inte svenska par från att resa utomlands, företrädesvis till England eller Finland där altruistiskt surrogatmoderskap är tillåtet, för att få arrangemanget utfört.

Denna uppsats kommer att undersöka om det enligt svensk rätt finns någon laglig grund till den genetiska (i engelsk rätt; biologiska) moderns rätt till barnet. Detta kommer att göras först genom en undersökning av föräldraskapets rättsliga grunder. Sedan kommer jag att undersöka den rättsliga grunden till faderskap, med betoning på det sociala faderskapet, med vilket menas mannens avsikt att bli rättslig far. Detta återkommer i sammanhang där föräldrarna inte är gifta och även när barnet som blir till genom assisterad befruktning inte är faderns biologiska barn. Den blivande faderns godkännande av behandlingen är rekvisitet för att behandlingen får ske, och grundar också för hans rätt som förälder.

I uppsatsen kommer också motiven bakom den legala presumtionen ”*mater semper certa est*” att undersökas, för att se vad som där kan grunda den genetiska moderns rätt baserat på det konventionella och legala inställningen till moderskap. Står det genetiska (i engelska system; biologiska) moderskapet verkligen i motsats till andemeningen av moderskap?

För att anlägga en komparativ syn på uppsatsen, kommer jag att göra en kort jämförelse med utländsk lagstiftning, främst engelsk och amerikans (kalifornisk) rätt, där surrogatmoderskap utförs legalt.

Med den här uppsatsen hoppas jag väcka en diskussion huruvida det finns behov för lagstiftning kring surrogatmoderskap i Sverige, och de – förhoppningsvis positiva – legala yttringar av en sådan lagstiftning.

Förord

Jag kan nu med förtjusning konstatera att jag är färdig med mitt examensarbete i juridik. Juristutbildningen har för mig varit ett väldigt passande val, eftersom den låter mig kombinera mitt intresse för människor med en praktisk möjlighet att hjälpa dem.

Tack vare juristutbildningen har jag lärt mig att tänka och resonera på ett nytt och utvecklande sätt, som jag hoppas kunna utveckla ytterligare i det förestående arbetslivet.

Den här uppsatsen vill jag tillägna min lille son Gabriel (i skrivande stund två år), som har varit min motivation på sluttampen.

Min tacksamma kärlek riktas till min man Christian, min mamma, som föreslog juristlinjen för mig, och min vän Anna, som har kommit med råd och feedback när det har känts motigt.

Ett stort tack vill jag också ge Eva, min handledare.

Malmö, februari 2009

Marina Andersson,

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter, antagen av FN:s generalförsamling den 20 november 1989
BMA	British medical association
COTS	Childlessness overcome through surrogacy
FB	Föräldrabalken
FN	Förenta Nationerna
HBT	Homo, bi och transsexuella
HD	Högsta domstolen
HFEA	Human fertilization and embryology Act
HR	Häradsrätt
HovR	Hovrätten
IVF	in-vitro fertilisering, assisterad befruktning
SAA	Surrogacy Arrangements Act
SMER	Statens medicinskt -etiska råd
ÄktB	Äktenskapsbalken

1 Inledning

1.1 Allmänt

Det rättsliga moderskapet är i Sverige förbehållet kvinnan som föder barnet, enligt moderskapspresumtionen, *mater semper certa est*". Denna vilar på det rättsfaktum att kvinnan som har fött barnet är att anses som barnets mor- "*mater est quam gestatio demonstrat*". Moderskapspresumtionen finns sedan den 1 januari 2003 lagstadgad i föräldrabalken, i de fall där barnet har kommit till genom äggdonation och den genetiska länken mellan modern och barnet är bruten.

Den 7 juli 2006 meddelades dom i HD i ett adoptionsmål där surrogatmoderskap hade förekommit.¹ Den genetiska och sociala modern till barnet ville bli förklarad som mor till hennes och makens gemensamma barn. Barnet hade tillkommit genom IVF², med parets genetiska material, men blivit framfött av makens syster, som hade ställt upp som surrogatmor.

Surrogatmoderskap är inte tillåtet i Sverige. Ett visst stöd för metodens legalisering finns bland de ofrivilligt barnlösa och inom HBT- rörelsen. Metoden är lagstridig ur flera synvinklar. Bland annat skär den sig mot adoptionslagen, enligt vilken ersättning vid adoption är förbjudet. Ekonomisk ersättning, anser man, är en av förutsättningarna för surrogatmoderskap, eftersom paret vanligen ersätter surrogatmodern för utgifter i samband med graviditeten. Surrogatmoderskap anses heller inte etiskt försvarbart, eftersom det är mot människovärdesprinciperna att en individ används som medel för att lösa en annan individs – i det här fallet, det barnlösa parets – problem.³

Förbudet hindrar inte svenska par från att bege sig utomlands, där surrogatmoderskap är tillåtet, t.ex. till Finland, som inte har någon särskild lagstiftning kring assisterad befruktning, och där metoder som kan anses stå i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet, får lov att tillämpas.⁴ Även i Finland gäller moderskapspresumtionen, men det har gjorts möjligt för par som har använt sig av en surrogatmors tjänster att adoptera barnet gemensamt, varefter även moderskapet överförs till den beställande modern. I en rapport från år 2002 uppges att 17 par hade behandlats vid tiden för den genomförda studien, varav två av paren kom

¹ NJA 2006 s. 505

² Assisterad befruktning, provrörsbefruktning där befruktningsprocessen sker utanför kvinnans kropp

³ Prop. 2001/02:89 s. 55

⁴ A.a. s. 20

från Sverige.⁵ Surrogatmoderskap är även under vissa förutsättningar tillåtet i England, där frågor kring assisterad befruktning behandlas under Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), och USA, där lagstiftningen kring surrogatmoderskap främst är koncentrerad till delstaten Kalifornien.

En av frågorna som det inledningsvis angivna rättsfallet NJA 2006 s. 505 väckte hos mig är vilka rättigheter den genetiska modern har i ovan nämnda fall och om det finns någon rättslig grund för henne att bli tillerkänd statusen som barnets mor. En annan fråga som uppstår är huruvida domen står i samklang med principerna om barnets bästa och de olika konventionerna till skydd för familjelivet.

1.2 Syfte och frågeställning

Eftersom surrogatmoderskap är förbjudet enligt svensk rätt, vill jag med denna uppsats lyfta fram de frågor som uppkommer när den genetiska och sociala modern, såsom i fallet NJA 2006 s. 505, vill få tillerkänd föräldrarättslig status som barnets mor.

Mina frågeställningar blir således

- Finns det något som i svensk rätt talar för den genetiska moderns rätt till barnet i surrogatmoderskapsfall?
- Står moderskapspresumtionen och surrogatmoderskap i motsatsförhållande till varandra?
- Hur ser regleringen ut i andra länder där surrogatmoderskap tillämpas och vilka lärdomar kan vi dra av detta?

1.3 Metod och material

För att undersöka om det finns något som grundar den genetiska moderns rätt till barnet i dessa specifika fall, utgår jag i mitt arbete först från syftet bakom det rättsliga föräldraskapet. Eftersom både rättsligt moderskap och faderskap innebär samma rättigheter och skyldigheter gentemot barnet, har jag valt att ta med en kort översikt av och bakgrund till det rättsliga faderskapet. Här har jag tillämpat klassisk rättsdogmatisk metod. Mina huvudsakliga källor har varit lag, förarbeten, praxis och doktrin, i huvudsak Anna Singers avhandling *"Föräldraskap i rättslig belysning"*.

⁵ Söderström- Anttila, Viveca, Blomquist, Tom, et.al. *Experience of in vitro fertilization surrogacy in Finland, Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica, 2002, vol.81,*

Eftersom den familjerättsliga regleringen har utgångspunkt i barnets bästa och kärnfamiljens bevarande, har jag även använt mig av konventionerna för att se hur regleringen stämmer överens med principer för individens Fri- och rättigheter, såsom skyddet för hem och familjeliv.

Jag har valt att anlägga ett moraliskt/etiskt samt komparativt perspektiv på uppsatsen, varför jag på det området har använt mig av utlåtanden från Statens medicinskt- etiska råd (SMER) och moralfilosofiska skrifter om assisterad befruktning och surrogatmoderskap av Torbjörn Tännsjö⁶. I den komparativa delen har jag använt mig av Engelsk och Kalifornisk lagtext, vägledande domar och artiklar som återger den rådande rättsliga och etiska utvecklingen på området.

1.4 Disposition och avgränsning

Kapitel 2 inleds med en redogörelse för rätten till rättsligt föräldraskap, dess syfte och rättsverkningar. Detta följs av en beskrivning av de konventioner som är till skydd för familjelivet. Det sista avsnittet är ägnat åt problematiken kring förvanskande av familjerättslig ställning, som också ger utrymme för eventuell tillämpning av regeln på mödrar som felaktigt registrerar andras barn som sina.

I kapitel 3 redogörs översiktligt för grunden till rättsligt faderskap och möjligheterna till hävande av detsamma. Det som här betonas är det avsiktsbaserade föräldraskapet, i form av samtycke vid donatorinsemination/ assisterad befruktning och faderskaps erkännanden. I kapitlet tas även upp föräldraskap i homosexuella förhållanden.

I kapitel 4 behandlas de rättsliga grunderna för moderskap, med relevant rättspraxis i moderskapsavgöranden. Sedan följer en fördjupning i bakgrunden till moderskapspresumtionens lagfästande. Den assisterade befruktningens utveckling och dess betydelse för moderskapsfrågan tas också upp här.

I kapitel 5 tar jag upp Englands och USA:s rättsliga reglering kring surrogatmoderskap, med början i engelsk rätt. I den amerikanska rätten tar jag endast upp kalifornisk lagstiftning på moderskapsområdet samt de vägledande rättsfallen.

Kapitel 6 består av analysdelen. Avsnittet 6.1 omfattar analys av moderskapets fastsällelse genom formella fastställelsegrunderna för moderskap, samt grunderna till moderskap utifrån den traditionella moderskapsrollen.

⁶ Torbjörn Tännsjö är professor i praktisk filosofi vid Stockholms universitet, ledamot av Socialstyrelsens rådgivande nämnd för etiska frågor och Donationsrådets etiska kommitté, samt professor i medicinsk etik vid Stockholms universitet.

I avs. 6.2 redogörs för utländska erfarenheter av surrogatmoderskap. I avs. 6.3 återfinns de sammanfattande slutsatserna.

Frågor som inte specifikt kommer att tas upp i den här uppsatsen är resonemang om barnets bästa, även om hänvisningar kommer att göras till barnkonventionen, där detta är relevant.

Den andra avgränsningen jag väljer att göra är den som berör adoptionsproblematiken i fallet. Adoptionsregleringen kommer dock att nämnas och hänvisas till, där detta är motiverat.

2 Rättsligt föräldraskap

2.1 Det rättsliga föräldraskapets syfte

Genom tiden har man i svensk rätt strävat efter att bevara den biologiska länken mellan föräldrar och barn så intakt som möjligt. Även i andra sammanhang finns en längtan efter att ha kontroll över blodsbanden genom noggranna språkliga definitioner som *mor-mor* och *far-mor*, vilket återger en strävan efter en biologiskt väldefinierad släktkonstruktion.⁷

Den första stora familjerättsliga regleringen skedde i början av 1900-talet för att förbättra de utomäktenskapliga barnens situation och i bättre mån tillgodose deras behov. Det huvudsakliga ansvaret för barnets fostran vilade på modern, varför moderns levnadsvillkor uppmärksammades. Ett sätt att förbättra för barnen var möjligheten till arv på modernet, vilket infördes år 1905.⁸ År 1917 togs anonymitetsrätten⁹ för mödrar bort på ett förslag av lagrådsberedningen, av hänsyn till barnets rätt till kännedom om sin härkomst. Lagberedningen ansåg också att ”[G]enom att barnet undandrages moderns inflytande och stöd här i livet uppstå de olyckligaste följder för barnet”.¹⁰

I led med den rådande åsikten att barnets fostran och försörjning huvudsakligen skulle åligga föräldrarna, införde man samma år möjligheten att fastställa faderskap för barn födda utom äktenskapet. Den praktiska innebörden var en plikt för fadern att utge underhåll för barnet, men också ett sätt att återknyta fadern till familjen.¹¹

Det är i flera sammanhang viktigt att fastställa ett barns rättsliga föräldrar. Föräldraskapets rättsverkningar innebär i praktiken en rätt för föräldern att tillgodose barnets behov, vilket är själva vårdnaden om barnet.¹² Vårdnadslagstiftningen i sin tur bygger på uppfattningen om barnets bästa. Barnets bästa varierar och beror på det enskilda barnets behov, men en viktig princip för att uppnå detta är att barnet ska ha nära och goda relationer till båda sina föräldrar.¹³

⁷ Lundin, Susanne, *Guldägget- reproduktion i biomedicinens tid*, s. 44; Lund, *Historiska media*

⁸ Saldén, *Barn och föräldrarätt*, s. 56

⁹ Införd år 1778 av Gustav III genom ”barnamordsplakatet” som en möjlighet för mödrar för att lämna bort oönskade barn, som då antecknades som barn till okända mödrar.

¹⁰ Singer, s. 63f. med vidare hänvisning till LB III s. 182

¹¹ Singer, s. 62 f.

¹² FB 6:1

¹³ FB 6:2

Det är i första hand den biologiska föräldern som anses var bäst lämpad att fullgöra föräldraskapets rättsverkningar, eftersom barnet genom det biologiska bandet ges familjerättslig status, kännedom om sitt ursprung och god omvårdnad. Enligt Anna Singer är det här tal om en s.k. rättslig paketlösning för den biologiska föräldern.¹⁴ Det finns dock ingen garanti för att det alltid är den biologiska föräldern som erhåller rättslig status. Det rättsliga faderskapet grundas om modern är gift på faderskapspresumtionen, eller, om modern är ogift, genom bekräftelse. Utan synnerliga skäl görs ingen prövning av de faktiska omständigheterna.

Det rättsliga föräldraskapet kan också fastställas för annan än den biologiska föräldern, i fall där adoption eller faderskap efter insemination har ägt rum. Vid adoption läggs fokus vid barnets behov av trygga uppväxtförhållanden. Genom adoptionen får också adoptivföräldern en möjlighet att bli förälder till ett barn. Inhemska adoptioner är inte vanliga idag, eftersom barnet kan erbjudas och omsorg utan att rättsligt knytas till vårdnadshavaren.¹⁵ De särskilda skäl till adoption som anges i föräldrabalken är att

Tillstånd får ges endast om adoptionen är till fördel för barnet samt sökanden har uppfostrat eller vill uppfostra det eller det annars med hänsyn till det personliga förhållandet mellan sökanden och barnet finns särskild anledning till adoptionen.¹⁶

I det här sammanhanget bör också nämnas möjligheten till ensamadoption.¹⁷ Vid regelns tillkomst innebar det en rätt för mannen att genom adoptionen legitimera det utomäktenskapliga barnet, när ett äktenskap med barnets mor inte var möjligt. Möjligheten innebar även att mödrar kunde adoptera sina biologiska barn, utan att avslöja det biologiska bandet. Dessutom behövde inte kvinnans make adoptera sin hustrus barn, vilket hade inneburit att barnet fick arvsrätt efter honom.¹⁸

Föräldrarnas självständiga intresse av att få fullgöra funktionerna har inte blivit uppmärksammat nämnvärt, eftersom föräldraskapslagstiftningen är orienterad efter barnets behov. I frågor som rör faderskap är lagstiftningen t.ex. utformad efter barnets rätt till och behov av en far, inte faderns självständiga vilja att ta på sig faderskapet.¹⁹

Det kan likafullt finnas olika självständiga anledningar att få föräldraskapet fastställt. Som styvförälder kan man t.ex. vilja erkännas den roll som egentligen hade tillkommit den biologiska föräldern, om man har hand om den faktiska vårdnaden om barnet. När föräldrarätten väl har erhållits, gäller

¹⁴Singer, s. 388 ff.

¹⁵ Singer, s. 238 ff.

¹⁶ FB 4:6 1 st. 2 men.

¹⁷ FB 4:3, som i undantagsfall även tillämpas i FB 4:1. Förhållandet mellan ursprungsföräldern står vid tillämpning av 3 § kvar.

¹⁸Singer, s. 263 ff.

¹⁹Saldéen, Barn och föräldrarätt, s. 44 ff.

föräldraskapet mot alla, med medföljande beslutsrätt som kan finnas kvar även sedan barnet av någon anledning inte är kvar i föräldrarnas vårdnad. Detta antyder att beslutsrätten tillkommer föräldern för föräldrarnas egen skull- och hans/hennes intresse av att barnet ska dela hans/hennes värderingar.²⁰

2.2 Konventioner till skydd för familjelivet

När FN:s barnkonvention²¹ antogs i svensk rätt innebar detta ingen större förändring av de svenska reglerna, eftersom synsättet om barnets bästa redan fanns etablerat genom barnets behov som en målsättning med bestämmelserna i föräldrabalken. I barnkonventionen finns heller ingen uttrycklig rätt för barnet att få föräldraskapet fastställt, den förutsätter att en fastställelse redan finns. Barnet har rätt till skydd för familjeliv, vilket innebär en rätt att få bekräftat de familjerättsliga band som finns mellan barnet och de andra familjemedlemmarna.²²

Barnkonventionens huvudprinciper återfinns i art. 3 där det framkommer att barnets bästa alltid ska beaktas i alla frågor som rör barnet.

Fullgörandet av de föräldrarättsliga funktionerna är utformat kring barnets behov, vilket kommer till uttryck i konventionens art. 7-9, där barnets primära intressen tas upp. Till dessa räknas barnets rätt att få vetskap om sina föräldrar och bli omhändertaget av dem (art. 7) och rätten att behålla sin identitet, namn och släktförhållanden (art. 8). Barnet har rätt att inte bli åtskilt från föräldrarna, såvida åtskiljandet från föräldrarna inte är till för barnets bästa (art. 9). Principen att båda föräldrarna gemensamt ska ansvara för barnets uppfostran och utveckling skall så långt som möjligt efterföljas (art. 18). Konventionen ger alltså stöd för föräldern att fullgöra föräldrarättsliga funktioner mot barnet, samtidigt som barnet ges rätt till föräldrarnas omsorg.

I Europakonventionen,²³ finns skyddet för individens rätt att bilda familj och visas respekt för sitt privat och familjeliv, upprätthålla och utveckla sina relationer utan ingripande från staten (art. 8). Bestämmelsen kan tolkas som en grund för barnets rätt att få sitt familjeliv definierat, genom att t.ex. få fastställt vem dess föräldrar är. Detta får dock inte ske på bekostnad av barnets bästa eller det faktiskt föreliggande familjelivet.²⁴

²⁰Singer, s. 391 ff.

²¹ FN:s konvention om barnets rättigheter, antagen av FN:s generalförsamling den 20 november 1989

²² Ryrstedt, Eva, *Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer*, SvJT 2003 s.571 ff.

²³ Svensk lag sedan 1995, genom (SFS 1994:1219)

²⁴ Ryrstedt, Eva, *Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer*, SvJT 2003 s.573-574 med vidare hänvisning till Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk*

Skyddet för den personliga integriteten och rätten till privatliv finns även i rättighetsstadgan²⁵ där art. 8 i ovan motsvaras av art. 7, enligt vilken var och en har rätt till respekt för sitt privatliv och familjeliv, sin bostad och sina kommunikationer.

I FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna finns skyddet för privatliv, familj, hem och korrespondens (art. 12) och även ett skydd för rätten att ingå äktenskap och bilda familj, med samma rättighet för kvinnor och män i fråga om äktenskaps ingående, under äktenskapet och vid dess upplösning. Familjen anges vara ”[d]en naturliga och grundläggande enheten i samhället och har rätt till samhällets och statens skydd” (art.16. 3p).

praxis- En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, Stockholm, 2000

²⁵ *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna*

3 Rättsligt faderskap

3.1 Allmänt om faderskap

Huvudregeln för barn födda inom äktenskapet är att fadern är den som äktenskapet utpekar, ”*pater est quem nuptiae demonstrant*”, även kalla pater est-regeln.²⁶

Faderskapspresumtionen infördes i lag år 1917 som skydd åt det sociala föräldraskapet. Presumtionen grundades på antagandet att barnet var avlat inom äktenskapet, eftersom modern i allmänhet var gift med barnets far.

Mannen i äktenskapet är enligt regeln att anses som barnets far, om inget annat talar emot det, såsom att faderskapspresumtionen bryts enligt de förutsättningar som finns uppställda för detta. Maken i äktenskapet anses också vara fadern om modern är änka och barnet kan ha blivit avlat av maken dessförinnan.²⁷

År 1917 infördes också faderskapsbekräftelsen, vid den tiden kallad ”faderskapserkännande”, som ett sätt att förbättra de utomäktenskapliga barnens ställning. De tidigare avtalen om underhåll för barn födda utom äktenskap konstituerade ingen familjerättslig ställning för barnet, utan byggde på antagandet att den underhållsberättigade var barnets biologiske far. När formkraven infördes skulle erkännandet avlämnas muntligen inför präst eller annan myndighetsperson, eller skriftligen med godkännande av barnavårdsnämnd och barnets mor eller barnets förmyndare.²⁸ Formkravet var också ägnat att förhindra förhastade åtaganden från fadern, eftersom möjligheterna att visa att denne inte var barnets biologiske far var begränsade.²⁹

Formellt krävs idag att mannens bekräftelse av faderskapet är skriftligt och bevitnat av två personer, enligt de formkrav som finns uppställda för detta.³⁰ Mannen ska kunna bedöma bekräftelsens innebörd och konsekvenser.³¹

Talan om fastställande av faderskap kan väckas av barnet.³² Om modern har vårdnaden om barnet, får hon alltid föra barnets talan, även om hon inte har uppnått myndig ålder. Talan får även föras av en särskilt förordnad vårdnadshavare för barnet, eller av socialnämnden som har en allmän

²⁶ Singer, s. 128

²⁷ FB 1:1

²⁸ Singer, s. 174 f

²⁹ A.a.

³⁰ FB 1:4

³¹ Singer, s. 180

³² FB 3:5

skyldighet att fastställa faderskapet till barn.³³ Undersökningsskyldigheten omfattar inte de barn som är födda inom äktenskapet, eftersom de omfattas av pater est- regeln.

Faderskap kan fastställas genom dom om det av en rättsgenetisk undersökning framkommer att mannen är barnets far. Faderskapet fastslås också genom dom om mannen har haft samlag med modern under konceptionstiden, eller om modern har inseminerats med hans spermier.³⁴ Faderskap kan dock inte tilldömas för spermiegivare som omfattas av lag (2006:351) om genetisk integritet. Syftet med en donation är inte att bli rättslig far, och avser heller inte ett specifikt barn. Om donatorn däremot vill ta på sig faderskapet, kan han ges rättslig status som far. Med denna status följer dock inte föräldrskapets rättsverkningar. Förutsättningen för att detta ska ske, är om samtycke till inseminationen saknas. En donator som vill ha rättslig status som barnets far anses vara det bästa för barnet i en sådan situation.³⁵

Om flera män är potentiella fäder, får talan föras mot flera män, om dessa skäligen kan komma i fråga angående faderskapet till barnet.³⁶ Vid fastställelse av faderskap används DNA-analys. Socialnämnden kan verka för att blodundersökning företas, på initiativ av den som kan vara far till barnet, om det finns anledning att tro att modern haft samlag med mer än en man.³⁷ Det har i samband med metodens breda användning väckts frågor om inte presumtionsregeln vid bestämmande av faderskap skulle komma att tas bort till förmån för allmänna bevisregler. I rättstillämpningen kan ses att en förändring har skett.³⁸ Sedan 1 juli 2005 gäller att faderskapet kan fastställas utan särskild bevisning om att den instämde mannen har haft samlag med barnets mor, om det genom DNA- analys har framkommit att han är barnets far. Enligt lagstiftningen som gäller efter den 1 juli 2005 finns presumtionsregeln kvar som undantagsregel när faderskapet skall fastställas för barn födda efter nämnda datum.³⁹

Socialnämnden kan välja att lägga ner en påbörjad utredning, om faderskapet inte kan fastställas, eller om samtycke till adoption har lämnats. Vid adoption tillgodoses barnets behov av en rättslig och social far. Särskilda skäl, såsom att utredningen medför men för modern utgör också ett rekvisit för att utredningen läggs ner.⁴⁰

³³ FB 2:1

³⁴ FB 1:5

³⁵ Singer, s. 335-338.

³⁶ FB 3:6

³⁷ FB 2 kap. 6 §

³⁸ Se t.ex. NJA 1998 s.184 och 1999 s. 598

³⁹ Saldéen, Barn och föräldrarätt, s. 67 ff.

⁴⁰ FB 2:7 1st. p. 1-2.

3.2 Faderskap vid assisterad befruktning

3.2.1 Allmänt vid assisterad befruktning

Om barnet har tillkommit genom insemination, är samtycket som lämnades av moderns make eller sambo det som binder honom till det rättsliga faderskapet.⁴¹ Kravet är att barnet har tillkommit vid inseminationen i fråga. Att samtycket från kvinnans make ska vara formbundet och påskrivet har sin grund i att mannen inte ska kunna fransäga sig ansvaret för barnet på den grunden att han inte är dess biologiske far.⁴²

Vid befruktning utanför kroppen som har skett med moderns ägg, blir likaledes den som har lämnat samtycke, make eller sambo, barnets rättslige far.⁴³ Vid äggdonation skall befruktningen ha skett med makens/sambons spermier, vilket anges som villkor för behandlingen.⁴⁴ Maken eller sambon blir i det här fallet också barnets biologiska förälder, vilket uppfyller kravet om ett delvis bevarat genetiskt band mellan barnet och åtminstone en i föräldraparet.

3.2.2 Vid assisterad befruktning i homosexuella relationer

Om samtycket till inseminationen har lämnats av en kvinna som är moderns sambo eller registrerade partner, fastställs föräldraskapet för henne. Detta sker genom bekräftelse eller dom.⁴⁵

Utgångspunkten är att barnet som föds ska ha två rättsliga föräldrar och vara fött av den ena föräldern. Liksom vid assisterad befruktning i heterosexuella förhållanden är det viljan att utöva de faktiska föräldrafunktionerna som är det avgörande för det rättsliga föräldraskapet.⁴⁶

Förslag till en moder est- presumtion som bygger på pater est- presumtionen framfördes i SOU 2001:10 d1,⁴⁷ men detta kom inte att införas. Moder est- presumtionen hade inneburit att talan om hävande inskränktes till den registrerade partnern och barnet, utan möjlighet för den genetiska fadern att ta på sig faderskapet. Skillnaden mellan den föreslagna moder est- och pater est- presumtionen är att den senare bygger på antagandet att den

⁴¹ FB 1:6

⁴² SOU 1983:42 s.74

⁴³ FB 2:8

⁴⁴ Lagen (3006:351) om genetisk integritet, 7 kap 3 §.

⁴⁵ FB 1:9

⁴⁶ Prop. 2004/05:137 s.43

⁴⁷ SOU 2001:10 d1 Barn i homosexuella familjer

presumerade fadern, mannen i äktenskapet, också är barnets biologiske far. Detta skulle inte stämma om den andra föräldern är en kvinna.⁴⁸

Möjligheten till benämningen ”medförälder”/”medmor” nämndes i Justitiedepartementets lagförslag om lesbiska pars rätt till assisterad befruktning. En sådan benämning ansågs inte lämplig, eftersom detta antydde att den andra parten inte skulle vara en helt likvärdig förälder. En ny föräldrarättslig beteckning ansågs också skapa praktiska och lagtekniska svårigheter.⁴⁹

I SOU 2007: 3⁵⁰ föreslås att reglerna om föräldraskap för en kvinna ska ändras och omfatta assisterad befruktning som sker utanför tillämpningen av lagen om genetisk integritet, dvs. i de fall där insemination sker utomlands eller i egen regi. Förslaget går ut på att faderskap inte ska fastställas för spermiegivaren, utan att moderns registrerade partner automatiskt skall anses vara barnets förälder. Det föreslås också ett införande av en föräldraskapspresumtion för moderns partner, som en motsvarighet till faderskapspresumtionen. Presumtionen föreslås kunna hävas om barnet inte har tillkommit genom den insemination som moderns partner inte har lämnat samtycke till. Likadant skall faderskapet kunna fastställas för den man som har bidragit med det genetiska materialet. I det fallet skall moderns partner godkänna mannens bekräftelse, så även barnets moder.⁵¹

Skälen till föräldraskapspresumtionen anges vara att situationen för maken och moderns registrerade partner inte skiljer sig åt, eftersom presumtionen för mannen i äktenskapet inte överensstämmer med det biologiska faderskapet vid assisterad befruktning med donation. Eftersom den genetiske fadern inte har talerätt till fastställande av sitt faderskap – detta aktualiseras endast i de fall där presumtionen har hävts – anser man att argumentet inte kan åberopas för att särbehandla samkönade par och hindra en föräldraskapspresumtion från att komma till stånd. I utredningen föreslås istället stärka barnets möjligheter till kännedom om sitt ursprung.⁵²

En anledning till varför en presumtion tidigare inte ansågs önskvärd, uppgavs vara att det skulle hindra barnets möjlighet att få kännedom om sitt genetiska ursprung.⁵³ Emellertid framkommer av utredningen att det vid assisterad befruktning i egen regi, spermiegivaren ofta är en god vän eller bekant till modern, som barnet får en nära kontakt med under sin uppväxt. Ibland har modern och fadern även gemensam vårdnad om barnet.⁵⁴ Det

⁴⁸ Ryrstedt, Eva, *Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer*, SvJT 2004 s. 569f

⁴⁹ Se DS 2004:19 *Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella*, s. 52

⁵⁰ SOU 2007: 3 *Föräldraskap vid assisterad befruktning*

⁵¹ A.a. s. 75

⁵² A.a. s. 85f.

⁵³ A.a. s. 78

⁵⁴ A.a. s. 79 med vidare hänvisning till prop. 2004/05: 137, *Assisterad befruktning och föräldraskap*, s. 55

framkommer även i utredningen att 30 % av de tillfrågade kvinnorna skulle föredra en privat insemination och 33 % insemination vid sjukhus med vald givare, men att endast 17 % skulle föredra insemination vid sjukhus oavsett givare.⁵⁵ Slutsatsen som drogs var att dessa män sannolikt skulle komma att fungera som aktiva fäder eller ta aktiv del i barnets liv.⁵⁶ Givarens möjligheter tas också upp, liksom hans önskan att utöva ett aktivt föräldraskap. Detta bör dock inte ske på moderns partners/sambos bekostnad.⁵⁷ I utredningen uppmärksammas målsättningen med lagstiftningen, som är att föräldraskapet till ett barn ska vara klart utrett och garantera barnet två rättsliga föräldrar.⁵⁸

Utredningen tar också upp problematiken som uppkommer när assisterad befruktning med donerade ägg/spermier sker utomlands. I heterosexuella förhållanden innebär detta att den samtyckande maken blir barnets rättslige far, vilket inte sker för moderns registrerade partner/sambo. Förutsättningen för att moderns registrerade partner/sambo ska kunna adoptera barnet, är att faderskapet finns fastställt. Fastställelsen, eller oförmågan till att fastställa faderskapet, kan fördröja adoptionsprocessen om behandlingen har skett utomlands med en anonym donator. Som värsta scenario uppges att en sådan situation kan medföra att barnet inte kan få två rättsliga föräldrar.⁵⁹ Slutsatsen som drogs i utredningen var att reglering vid assisterad befruktning med donerade ägg och spermier borde vara jämställd i olikkönade och samkönade förhållanden, och att samlevnadsformen och samtycket till behandlingen borde utgöra grunden till det rättsliga föräldraskapet.

3.3 Hävande av faderskap

När faderskapspresumtionen föreligger, kan faderskapet hävas om presumtionen bryts.⁶⁰ Presumtionen hävs om mannen i äktenskapet skriftligen har godkänt en annan mans bekräftelse av faderskapet. Kravet här är att även barnets mor skriftligen lämnar sitt godkännande. På åttiotalet hände det att maken i äktenskapet kunde häva faderskapet till barnet om det framkom att barnet, tillkommet genom donatorinsemination, inte var hans biologiska barn. Detta förde med sig att barnet blev rättsligt faderlöst. Inseminationslagstiftningen från år 1985 undanröjde dock den här möjligheten att häva faderskap pga. blodsband, om maken hade samtyckt till behandlingen.⁶¹

⁵⁵ A.a. s. 79 f. med vidare hänvisning till undersökning av SCB gjord år 2000 för Kommittén om barn i homosexuella familjer, SOU 2001:10. Undersökningen återfinnes i sin helhet i utredningens bilaga 5, s. 195-382.

⁵⁶ A.a. s. 80

⁵⁷ A.a. s. 83

⁵⁸ A.a. s. 81 f

⁵⁹ A.a. s. 79

⁶⁰ FB 1:2 § 1 st.

⁶¹ Saldéen, Barn och föräldrarätt, s. 74 ff.

Vid mål om hävande av faderskap tillkommer talerätten den som berörs av rättsförhållandet, vilket är mannen⁶² och barnet.⁶³ Om barnet är omyndigt, får talan föras av barnets förmyndare eller gode man. Om det går, skall modern också höras i målet.⁶⁴ Socialnämnden har heller ingen talerätt i mål om hävande av faderskap. Sedan den taleberättigade har väckt talan, finns en möjlighet för barnets biologiske far att få faderskapet fastställt, antingen genom bekräftelse eller genom dom, om talan väcks mot honom. I detta fall initieras socialtjänstens utredningsskyldighet av vårdnadshavaren.⁶⁵

Rätten att föra talan är inte begränsad i tiden. En tidsbegränsning finns dock mot mannens arvingar, om dessa efter dennes död väcker talan mot hans faderskap.⁶⁶ De inskränkningar som finns mot arvingarnas talerätt motiveras t.ex. om mannen i praktiken hade erkänt barnet som sitt eller varaktigt sammanbott med barnet och kanske inte hade tänkt aktualisera frågan.⁶⁷ Rätten att väcka talan måste väckas inom ett år från mannens död.⁶⁸

Omprövning av statusförhållanden brukar inte ske ofta. Motiven till den begränsade talerätten hittas i propositionen till 1982 års lagstiftning, där det framgår att relationen mellan barnet och dess rättslige far, oavsett biologiskt släktskap, inte i onödan skall störas; stabiliteten i relationen väger tyngre än det materiellt riktiga faderskapet.⁶⁹

3.4 Förvanskande av familjeställning

3.4.1 Definition av brottet

Förvanskande av familjeställning är ett brott mot familjen som omfattar de fall där man understicker barn, men även där man falskeligen inträder någon annans rättsliga ställning.⁷⁰ Den rättsliga påföljden för förvanskande av familjeställning är böter eller fängelse i högst två år.⁷¹ Förvanskande är straffbart även på försöksstadiet, om brottet är att anses som grovt.⁷²

Vid förvanskande av familjeställning skall mannen, enligt gärningsbeskrivningen

⁶² FB 3:1

⁶³ FB 3:2

⁶⁴ FB 3:4

⁶⁵Ryrstedt, s. 569 f.

⁶⁶ FB 3:2

⁶⁷Saldéen, s. 75 f. med vidare hänvisning till mot. 1998/99:L401 samt bet. 1998/99:LU18, s. 23 ff. samt bet. 2000/01:LU15

⁶⁸ FB 3:1

⁶⁹Singer, s. 395 ff.

⁷⁰ BrB 7:3

⁷¹ BrB 7:3

⁷² BrB 7:5

”[...] genom att avgiva oriktig anmälan till myndighet eller underlåta anmälan, tillvälla sig eller annan falsk familjeställning eller berövar annan hans rätta familjeställning[...]”⁷³.

Förvanskandet anses kunna ske antingen genom att underlåta att underrätta folkbokföringen om de rätta förhållandena träder in i någon annans ställe, eller genom att aktivt ge officiella register ett oriktigt innehåll.⁷⁴

Innan straffbestämmelsen mot förvanskande av familjeställning blev ett självständigt brott, fanns det bland bedrägeribrotten straffbestämmelser mot bedrägligt tillvällande av familjerättigheter. Det man troligen hade i åtanke var de fall där gärningsmannens syfte var att få del av ett arv eller underhåll som tillkom någon annan. Under sådana omständigheter kunde man dock ställas till svars för mened, osann partsutsaga, bedrägeri eller förfalskning, varför något praktiskt behov av lagstiftning enligt departementschefen egentligen inte förelåg, när brottet lagfördes år 1962.⁷⁵

Vid tillkomsten av faderskaperkännandet pr 1917 uppmärksammade man att det fanns en möjlighet att den man som utgav sig för att vara barnets far inte nödvändigtvis behövde vara den biologiska fadern. Eftersom syftet med regleringen var barnets intresse av att ha en rättslig far, fick detta gå före den biologiska släktskapen. En skärpt kontroll av de biologiska banden infördes år 1970, när regler om ömsesidig arvsrätt infördes.⁷⁶

Det finns ingen praxis refererad om brottet, förutom ett hovrättsfall från år 1995, där åtalet mot en man ogillades, sedan han först hade fällts för förvanskande av familjeställning i TR.⁷⁷ Frågor ställdes kring brottsrubriceringen, och vad som avsågs med ”rätt” familjeställning.

Mannen hade i det fallet tagit på sig faderskapet för barnet som hans hustru hade sedan ett tidigare förhållande, eftersom han kände sig som en far till barnet. När kvinnan dog, väcktes åtal mot mannen på den grunden att han oriktigt hade erkänt sig vara far till barnet, varigenom han skulle ha berövat barnet hennes rätta familjeställning.

TR ansåg att mannens oriktiga uppgift var en sådan osann anmälan som avsågs i BrB 7:3, varigenom mannen ska ha medverkat till att barnet berövades sin rätta familjeställning. HovR ansåg att det visserligen handlade om en sådan oriktig anmälan, men att barnets rätta far inte hade framträtt vid tidpunkten för erkännandet, varför barnet inte kunde berövas egenskapen av att vara hans dotter. Hovrätten ogillade därför åtalet.⁷⁸

⁷³ BrB 7:3

⁷⁴ Singer, s. 185

⁷⁵ Singer, s. 186 f.

⁷⁶ Singer, s. 186-188

⁷⁷ Singer, s. 185 med vidare hänvisning till Svea Hovrätt 1995-02-17, mål nr B 3100/94

⁷⁸ A.a.

Rättsläget är inte helt klart, men det finns en del tolkningsmodeller. Två tolkningar som presenteras av Anna Singer avser frågan kring rättslig familjeställning och biologiskt släktskap. Om rätt familjeställning avser rättslig familjeställning, måste den rättsliga familjeställningen vara fastställd innan den straffbara åtgärden vidtas. Detta innebär t.ex. att ett barn som föds inom äktenskapet, där mannen inte är dess biologiske far, inte omfattas, eftersom mannens faderskap följer av lag, FB 1:1, och maken i äktenskapet inte är förpliktigad att uppge att han inte är barnets biologiske far.⁷⁹

Om rätt familjeställning avser biologiskt släktskap, skulle detta enligt Singer innebära att barnet berövas rätt familjeställning varje gång status fastställs för någon annan än den biologiska föräldern, vilket skulle gå emot syftet med regleringen kring fastställande av faderskap, som är utformat efter barnets behov av en social far och erbjuder skydd för det sociala faderskapet.⁸⁰

Singer omnämner också möjligheten aktualiserande av förvanskande av familjeställning i moderskapsfrågan. Eftersom det finns en anmälningsplikt vid födelsen av ett barn, kan en straffbar handling innebära att en kvinna registreras som barnets mor i folkbokföringen, men att det sedan kommer en ny anmälan, där en annan kvinna uppges vara barnets mor. Det kan då vara tal om förvanskning, eftersom barnets rättsliga ställning redan har fastställts genom grundregeln.⁸¹ I ett rättsfall från 1996 i RH framkommer dock att en felaktig uppgift om moderskap inte konstituerar ett rättsförhållande, och därför inte kan vara förvanskande av familjeställning.⁸²

3.4.2 Ny reglering

Sedan den 1 juli 2006 och med hänsyn till Sveriges godkännande av det fakultativa protokollet till konventionen om barnets rättigheter om försäljning av barn, barnprostitution och barnpornografi, tillkom en annan aspekt till frågan kring förvanskande av familjerättslig ställning. Innebörden av godkännandet av protokollet var ett tillägg i BrB 7:2 § som kriminaliserar otillbörligt utverkande av samtycke eller tillstånd till adoption av barn, och att försök till detta otillbörliga utverkande av samtycke även är kriminaliserat på försöksstadiet.⁸³

Den straffbara handlingen beskrivs i art. 3.1 a ii och omfattar de mellanhänder som otillbörligt – med våld, hot eller vilseledande eller genom att utlova/ge ersättning – framkallar samtycke till adoption av barn av den som är behörig att lämna samtycket.⁸⁴ Det måste förekomma ett otillbörligt

⁷⁹ Singer, s. 188 ff.

⁸⁰ A.a.

⁸¹ A.a.

⁸² A.a. s. 188 not 238 med vidare hänvisning till RH 1996:91

⁸³ Lag (2006:274)

⁸⁴ Prop. 2005/06:68 s. 21

aktivt handlande från gärningsmannens sida, och i strid med 1993-års Haagkonvention. Konventionens syfte är att ”stärka barns rättsskydd vid internationella adoptioner och att förhindra bortförande av, försäljning av eller handel med barn”.⁸⁵

I konventionens kapitel II art. 4 uppställs i 3p. att ”samtyckena [till adoptionen] inte [får] ha åstadkommit genom betalning eller genom ersättning av något slag och får inte ha återkallats”. Moderns samtycke till adoptionen skall ha avlämnats efter barnets födelse (art. 4 c 4). I konventionen framgår också förbud mot otillbörligt vinst i samband med internationella adoptioner. Den enda kostnaden som får lov att täckas är de som föranleds av själva kostnaden för adoptionen.⁸⁶

Syftet med lagregeln är att förhindra att adoptionsförmedlingar används som ett verktyg i försäljning av eller handel med barn, varför det i protokollet föreskrivs att förfarandet ska ha skett i samband med försäljning av barn. Regeringen ansåg dock inte att en begränsning endast till dessa fall var att föredra, eftersom straffbestämmelsen skulle bli snäv och svårtillämpad.⁸⁷

Regeringen ansåg vidare att bestämmelsen inte endast skulle tillämpas på internationella adoptioner. Man tog här upp fall där höggravida kvinnor kom till Sverige från andra länder för att föda barn som sedan direkt lämnades i Sverige för adoption. I dessa fall ansåg man att myndigheterna inte hade försetts med tillräckliga verktyg för att utreda omständigheterna bakom dessa adoptioner.⁸⁸ Regeringen tog också upp det fall där samtycke till adoption hade skett innan barnets födelse, utan otillbörlig påverkan från annan part. Under sådana omständigheter ansåg man att tillräckliga skäl till kriminalisering saknades, men att ett sådant förfarande från den biologiske förälderns sida var högst olämpligt.⁸⁹

Regeringen föreslog att brottet inte borde begränsas till mellanhänder, utan även omfatta personer vars syfte är att främja en annans adoption. Barnombudsmannen föreslog även att de presumtiva föräldrarna borde omfattas av bestämmelsen om de anstiftade eller främjade en mellanhands straffbara gärning, eller rentav själv utövade olaga tvång.⁹⁰

⁸⁵ A.a. s. 20

⁸⁶ A.a. s. 21

⁸⁷ A.a. s. 43

⁸⁸ A.a. s. 43

⁸⁹ A.a. s. 44

⁹⁰ A.a. s. 44

4 Rättsligt moderskap

4.1 Moderskapets fastställande

Maximen *Mater semper certa est* bygger på det rättsfaktum att kvinnan som föder barnet är dess mor, *mater est quam gestatio demonstrat*. Moderskapspresumtionen lagstodgades med tillåtande av äggdonation i åtanke. Det som ges uttryck för är att det är kvinnan som har fött barnet som är att anses som dess mor, oavsett om ägget kommer från en annan kvinna.⁹¹

När barnet har fötts anmäls dess födelse av sjukhuset där barnet är fött, eller av barnmorskan som är närvarande i hemmet om barnet föds hemma, eller av barnets vårdnadshavare.⁹² Eftersom moderskapet vilar på ett rättsfaktum, har socialnämnden inte samma skyldighet att utreda vem som är barnets mor, såsom de har skyldighet att utreda faderskapet. Moderskapet brukar framgå utan vidare. En allmän undersökningsskyldighet för socialnämnden att få klarhet i vem som är barnets mor uttrycktes av JO Gunnel Söderblom i *Enköpingsfallet* (se nedan i 4.1.1.) där barnets mor var okänd.

Om moderskapet inte finns fastställt, är det möjligt att föra talan om moderskap enligt de allmänna reglerna om fastställsetalan.⁹³ Förutsättningarna för talan är att osäkerhet ska råda kring rättsförhållandet, som kan vara till förfång för käranden. Eftersom moderskapet är en viktig statusfråga med viktiga rättsliga funktioner, kan en talan väckas.⁹⁴

För att uppgifterna kring det registrerade moderskapet ska ändras ska det framkomma att oriktigheter har skett vid registreringen. Någon form av utredning skall uppvisas, t.ex. födelseattest. Uppgiften måste framstå som riktig. I moderskapsfrågor gör man alltså inte prövning i sak. Den av folkbokföringen registrerade uppgiften hindrar inte heller en rättslig prövning av moderskapsfrågan. Folkbokföringens beslut är inte orubbligt på samma sätt som ett beslut med negativ rättskraft.⁹⁵

Ett beslut som att ändra det registrerade moderskapet får ske om det kan ske snabbt och enkelt och utan att medföra nackdel för någon.⁹⁶ Den som får väcka fastställsetalan är den vars familjestatus berörs; barnet, eller modern själv, om det visar sig att hon lider men av osäkerhet kring sin

⁹¹ FB 1:7

⁹² 24 § Folkbokföringslagen

⁹³ RB 13:2

⁹⁴ Singer, s. 362 ff.

⁹⁵ A.a.

⁹⁶ A.a.

rättsställning.⁹⁷ Socialnämnden kan, inom ramen för det allmänna ansvaret för barn, även ansöka om god man för barnet, som i barnets namn kan väcka talan om fastställande av moderskap.⁹⁸

Skulle det råda oklarheter om moderskapet till ett barn, finns som ovan nämnt möjligheten att väcka fastställelsetalan enligt rättegångsbalkens allmänna regler om fastställelsetalan.⁹⁹ En skrivelse från Socialstyrelsen angående behovet av särskilda regler för hanteringen av felaktigt registrerade moderskap, är föremål för beredning inom departementet. Utredningen föranleddes av de fall där vuxna i samband med invandring till Sverige hade tagit på sig föräldraskap till barn som inte var deras.¹⁰⁰ Nedan följer ett urval av rättsfall som belyser hur moderskapsfrågan har behandlats i svensk rättspraxis.

4.2 Praxis i moderskapsfall

4.2.1 Fall där förväxling hade skett

I vissa fall har det funnits biologisk osäkerhet kring vem som är barnets moder, vilket illustreras av *Bureåfallet*¹⁰¹. Omständigheterna var följande.

Två kvinnor hade på samma dag fött var sin pojke, men barnen råkade förväxlas på sjukstugan. Det ena föräldraparet misstänkte att en förväxling hade skett, varför en process i bordsfrågan inleddes. En antropologisk undersökning och en blodundersökning företogs, som visade att en förväxling av barnen hade skett. Föräldraparet yrkade vid HR:n att barnen hade förväxlas. Deras talan bifölls. Det andra föräldraparet sökte ändring i HovR:n, som fann att det var utrett att barnen hade förväxlats. HD fastställde HovR:ns dom och förpliktade således föräldraparen att byta barn.¹⁰²

Bureåfallet var det första fallet där moderskapet hade fastställts på grundval av den medicinska undersökningen. Det var också det första fall där man i rättspraxis fastslog att en talan om moderskap kunde föras, fastän modern var registrerad hos folkbokföringsmyndigheten.

⁹⁷ *Rättegång II*, s 113 ff. samt *Singer*, s.364

⁹⁸ *A.a.*

⁹⁹ *RB* 13:2

¹⁰⁰ *Bet. 2005/06:LU9* s. 12

¹⁰¹ *NJA* 1949 s.144

¹⁰² *A.a*

4.2.2 Fall med okänd mor

I *Hovrättsfallet* från år 1968 fanns moderskapet inte registrerat hos folkbokföringsmyndigheten, utan modern var här okänd.¹⁰³

En man född 1912 yrkade att en kvinna skulle förklaras vara hans mor. Både fadern och modern var enligt kyrkoböckerna okända. Den instämnda kvinnan bestred käromålet och hävdade att talan inte var av sådan art att den enligt RB 13:2 kunde tas upp till prövning. Mannens talan avvisades i HR:n, men överklagades till HovR som undanröjde beslutet och konstaterade att skäl att väcka talan förelåg, eftersom ett rättsförhållande mellan mor och barn grundar ett flertal rättsverkningar, vilket motiverade en fastställelse av förhållandet.¹⁰⁴

I praxis fastslogs här en rätt för barnet att väcka positiv fastställsetalan om vem som var dess mor.

4.2.3 Hittebarnsfall

Principen att det är födelsen av barnet som konstituerar kvinnans moderskap framkommer i *Enköpingsfallet*,¹⁰⁵ som inte kom upp till rätten utan beskrivs i JO:s ämbetsberättelse.¹⁰⁶

Ett barn hade upphittats i ett trapphus till en fastighet. Socialchefen i Enköping hade lyckats hitta barnets mor, som ville förbli anonym, något som lovades henne av socialchefen. Enligt JO var socialchefens handlande felaktigt, eftersom modern, när hennes identitet väl hade fastställts, inte längre var okänd. JO ansåg att registreringen hos folkbokföringen inte var det som konstituerade kvinnans moderskap, utan det faktum att hon hade fött barnet.¹⁰⁷ Hennes behov av anonymitet kunde enligt JO ha kunnat tillgodoses genom bestämmelserna i sekretesslagen.¹⁰⁸

4.2.4 Hovrättsfallet 1996

Ett fall där det uttrycks att det inte är registreringen som konstituerar moderskapet, är *Hovrättsfallet* från 1996,¹⁰⁹ med följande omständigheter;

En kvinna hade vid inresan till Sverige uppgett sig vara mor till två barn som i verkligheten var hennes bröder, varför hon vid tingsrätten

¹⁰³ SvJT 1968 ref. s. 89

¹⁰⁴ Singer, s. 361

¹⁰⁵ Saldéen, *Barnets rätt till sitt ursprung, rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström, De Lege*, 1996, s. 254 f

¹⁰⁶ JO 1989/90 s. 223-229

¹⁰⁷ Singer, s. 359 f.

¹⁰⁸ Saldéen, *Barn och föräldrarätt*, s. 42

¹⁰⁹ RH 1996:91

väckte negativ fastställelsetalan. Tingsrätten avvisade hennes stämningsansökan på den grunden att en sanningslös ansökan inte konstituerar det rättsförhållande som antecknades, utan att rättelse av uppgifterna kunde ske på administrativ väg. Hovrätten instämde i tingsrättens bedömning och ansåg, i likhet med tingsrätten, att en grund för fastställelsetalan inte förelåg.

4.2.5 NJA 2007 s.684.

Ett fall där negativ fastställelsetalan tilläts är NJA 2007 s.684.

Ett par hade vid inresan till Sverige uppgett att de tolv barn som följde med dem var deras egna barn. I samband med omhändertagande av fem av barnen, väckte barnen talan och yrkade att kvinnan och mannen inte längre skulle anses vara deras föräldrar. En rättsgenetisk undersökning utfördes, vid vilken det fastställdes att paret inte var barnens föräldrar. TR biföll barnens talan. Paret överklagade till HovR, som fastställde tingsrättens dom. I HD ansåg man att det måste föreligga en föräldrarättslig status som ska kunna undanröjas, men att registrering hos folkbokföringen som paret uppgav vid inresan inte konstituerar ett sådant förhållande, varför barnens talan inte kunde föras. Eftersom registreringen uppenbart var felaktig enligt den rättsgenetiska undersökningen, ansåg HD att skattemyndigheten skulle sörja för att de felaktiga uppgifterna ändrades.¹¹⁰

4.2.6 Surrogatmoderskapsfallet

I NJA 2006 s. 505 ligger tonvikten på adoptionsfrågan och huruvida den genetiska och sociala modern ska få adoptera sitt eget barn, när samtycket från fadern har dragits tillbaka. Modern ville att HD skulle förklara henne vara barnets rättsliga mor.

Omständigheterna i fallet är följande.

Barnet hade kommit till genom provrörsbefruktning i Finland, varpå faderns syster, barnets surrogatmor, bar fram sin brors och hans frus genetiska barn. Efter barnets födelse skrev fadern på faderskapsbekräftelsen och barnet kom omedelbart under makarnas faktiska vårdnad.

Inledningsvis samtyckte fadern och barnets rättsliga mor till att barnet skulle adopteras av den genetiska modern. Medan ansökningen gick igenom, hade fadern ångrat sig eftersom makarna nu låg i skilsmässa, varpå han drog tillbaka samtycket till adoptionen. TR:s beslut blev att tillstånd till adoption inte kunde lämnas, eftersom samtycke från den rättsliga föräldern inte längre förelåg.

¹¹⁰ NJA 2007 s.684

Den genetiska modern överklagade beslutet, men det ansågs i HovR inte finnas skäl att undanröja tingsrättens beslut, utan principen vid adoption framhölls, som är att styvbarnsadoption endast är möjligt om samtycke från barnets rättsliga förälder föreligger.¹¹¹

Den genetiska modern överklagade beslutet till HD och yrkade att man skulle lämna henne tillstånd att adoptera barnet. Hon ville också att HD skulle förklara henne vara barnets mor. HD avslog hennes ansökan om fastställande av moderskap, med hänvisning till moderskapspresumtionen. I domskälen från HD hänvisas till reglerna om konstgjord befruktning, där assisterad befruktning endast får ske i de fall som anges i lagen om befruktning utanför kroppen, eller motsvarande enligt lagen (2006:351) om genetisk integritet. Man framhåller att surrogatmoderskap inte ingår bland de alternativ som är tillåtna i lagstiftningen.¹¹²

I adoptionsfrågan fastställdes att samtycke till adoptionen från den rättsliga föräldern måste föreligga vid tidpunkten då adoptionsansökningen prövas. Omständigheterna jämfördes med NJA 1973 s. 62.

Två av justitieråden hade skiljaktiga åsikter. I adoptionsfrågan anfördes att paret i fråga fortfarande var gifta och att kvinnan önskade adoptera sitt genetiska barn, varför hänsyn borde tas till avsikten med adoptionen, vilket var att uppnå överensstämmelse mellan det genetiska, faktiskt utövade och rättsliga föräldraskapet för modern. Det förelåg alltså skillnader mellan omständigheterna i fallet och NJA 1973 s. 43, där HD prövade verkan av en återkallelse som skedde inom besvärstiden, vars utgång hade varit att de rättsliga banden mellan samtyckande föräldern och barnet hade skurits av. I förevarande fall skulle bandet mellan den rättslige föräldern och barnet inte påverkas.

I den skiljaktiga meningen framfördes även att det med beaktande av Europakonventionens art. 8 och Barnkonventionens art. 3 inte var fördelaktigt att ta bort möjligheten för barnet att få prövat om hennes genetiska och sociala mor även i fortsättningen skall få vara hennes mor, vilket vore den direkta konsekvensen av faderns återkallelse.¹¹³ Domen skulle för den genetiska modern innebära endast begränsade möjligheter till umgänge med barnet, eftersom hon i lagens mening varken är att anses som barnets mor eller släkting. Umgänge skulle då få ske enligt reglerna om umgänge med nära anhörig.

I det refererade fallet ansåg man således att det inte fanns anledning att pröva moderskapsfrågan, eftersom moderskapet redan var ett faktum, varom fastställelse talan inte kan väckas. Syftet med arrangemanget ovan var dock aldrig att faderns syster, barnets biologiska mor, skulle ta hand om barnet

¹¹¹ FB 4:3

¹¹² Prop. 2001:351:80 s. 55, bet. 2001/02 SoU16 s.16f.

¹¹³ NJA 2006 s. 505

som hon bar fram, medan den genetiska modern är den som från barnets födelse har inträtt den sociala rollen som mor.

4.3 Moderskapspresumtionen

4.3.1 Allmänt

Maximen ”*mater semper certa est*” grundar sig, som ovan anförts, på det biologiska faktum att kvinnan som har fött barnet är dess mor. Rättsverkningarna som automatiskt följer av detta biologiska faktum är att barnet får familjettlig status, kännedom om sitt ursprung och god omsorg.¹¹⁴ Moderskapspresumtionen som princip är också tänkt att fungera som ett skydd för kvinnan som föder barnet. Vetskapen om att hon får behålla barnet som hon har burit fram, ska ge kvinnan trygghet.¹¹⁵

När IVF- tekniken började tillämpas var grunden i moderskapspresumtionen, det biologiska faktumet som innebar att den födande modern sannolikt även var barnets genetiska mor, inte längre självklar. Genom äggdonation kunde barn ha en biologisk och en genetisk mor, den biologiska varande den som bar fram och födde barnet och den genetiska varande kvinnan som donerade ägget. Således framkom behovet att definiera vem som i fortsättningen skulle anses vara barnets rättsliga mor.

IVF med donerade ägg var på 1990-talet inte tillåten i Sverige, varför svenska kvinnor som led av barnlöshet åkte utomlands, företrädesvis England och Finland där äggdonation tillämpades. De kvinnor för vilka äggdonation var aktuell kunde bära fram barn, men inte bli befruktade av olika medicinska anledningar, t.ex. för tidig menopaus, bortopererade äggstockar eller oförmåga att producera ägg. De kunde också bära anlag för allvarliga genetiska sjukdomar i arvsmassan.¹¹⁶ När lagförslaget remissbehandlades fann flera remissinstanser att skäl saknades att motsätta sig äggdonation, eftersom spermadonation redan var tillåten och det inte fanns någon principiell skillnad mellan mäns och kvinnors genetiska material.¹¹⁷

Innan moderskapspresumtionen vid äggdonation slogs fast i lag, framfördes olika lösningar till hur moderskapet skulle fastställas; en av dessa var en analog tillämpning av grunderna för rättsligt faderskap genom genetisk undersökning.¹¹⁸ Problemet med en sådan lösning var att barnet kunde bli

¹¹⁴ Singer, s. 388 f.

¹¹⁵ Jönsson, s. 195

¹¹⁶ Prop. 2001/2:89 s.37

¹¹⁷ A.a. s. 36 ff.

¹¹⁸ FB 1:5

rättsligt moderlöst, om det efter en rättsgenetisk undersökning framkom att barnet inte härstammade från den biologiska modern.¹¹⁹

En annan möjlighet kunde vara en analog tillämpning av föräldraskap vid insemination, där godkännande till behandlingen – för kvinnans del äggdonation – grundade det rättsliga föräldraskapet.¹²⁰ Det praktiska med lösningen var att den biologiska modern också i praktiken skulle ta hand om barnet och ha det rättsliga ansvaret.¹²¹

Den lagfästa regeln om moderskap vid äggdonation i FB 1:7 kom sålunda inte att medföra en förändring av moderskapspresumtionen, eftersom det även i fortsättningen skulle vara så att kvinnan som födde barnet skulle bli barnets rättsliga mor. Regeln omfattar även de fall där behandlingen har utförts olagligt, till exempel i ett land som tillåter surrogatmoderskap.

I en artikel från 2003 av Michael Bogdan tas de problem upp som kan uppstå i samband med folkbokföring eller tvister om arv eller underhåll, om moderskapspresumtionen tillämpades enligt FB 1:7 i internationell rätt. En av frågorna som ställs är hur regeln kan komma att tillämpas när IVF-behandlingen utförs i Sverige eller i utlandet. I artikeln påpekas att problem kan uppstå när utländsk familj flyttar till Sverige, där barnen har fötts av surrogatmödrar och det inte finns en kollisionsregel om moderskap. I artikeln framförs att det med hänsyn till risken för missbruk av att resa till länder med fördelaktiga regleringar, barnets födelseort eller kliniken där behandlingen utfördes inte borde tillmätas betydelse, utan endast ses som tillfälliga anknytningsmoment till landet i fråga.¹²²

4.3.2 Föräldraskap för barn genom insemination

På 80-talet tillsattes Inseminationsutredningen för att kartlägga omfattningen av och former för givarinsemination. I utredningens huvudbetänkande SOU 1983:42 framgår behovet av att säkerställa att barn tillkomna genom insemination tillförsäkrades en rättslig far.¹²³

Under 1960 och 1970-talet hade inseminationsverksamheten successivt ökat. I utredningen framgick att antalet barn tillkomna genom givarinsemination från år 1975 till 1980 hade ökat från 100 till 230 barn.¹²⁴ I samband med metodens utbredning och bristen på rättsligt skydd för barn tillkomna genom givarinsemination, var en lagstiftning på området

¹¹⁹ Singer, s. 366 ff.

¹²⁰ FB 1:6

¹²¹ Singer, s. 369

¹²² Bogdan, Michael, *Internationellt privaträttsliga aspekter av äggdonation och surrogatmoderskap*, SvJT 2002, s. 745 ff.

¹²³ SOU 1983:42 *Barn genom insemination*

¹²⁴ SOU 1983:42 s. 13

motiverad, med utgångspunkten i barnets bästa.¹²⁵ Den rättsliga situationen för ett barn fött efter givarinsemination varierade beroende på om modern var gift eller inte. Även om barnet föddes inom äktenskapet och faderskapspresumtionen gällde, kunde mannen i äktenskapet väcka talan om att han inte var biologisk far till barnet.¹²⁶ Barn vars mödrar inte var gifta ansågs vara i behov av särskilt rättsskydd. I början av 1980-talet kunde faderskap genom dom fastställas endast för den man som hade haft samlag med barnets mor. Ett erkännande kunde inte bli giltigt om barnet tillkommit genom insemination. Om mannen sedan ville adoptera barnet, kunde detta å andra sidan medföra att moderns rätt till barnet utsläcktes.¹²⁷

Utredningen ansåg att det behövdes en otvetydig viljeförklaring från den blivande fadern, skriftlig och bevitnad, för att undvika framtida tolkningsproblem.¹²⁸ Inseminationen skulle enligt Socialstyrelsens föreskrifter också föregås av en psykosocial utredning för att få en uppfattning om paret lämplighet som föräldrar och deras förmåga att vårda och uppfostra ett barn. Krav som föreslogs ställas på paret var att deras förhållande var moget och stabilt, att mannen hade accepterat sin sterilitet och att motiven för att vilja ha barn var noga övervägda.¹²⁹

Som barnets bästa uppgavs i utredningen också barnets rätt att få veta sitt ursprung. Ett förslag var därför att barnet, sedan det uppnått myndig ålder, skulle ha en principiell rätt att få veta vem den biologiske fadern var.¹³⁰ Utredningens förslag var att anonymitetskravet togs bort. Givaren skulle vara beredd på att i framtiden eventuellt kunna kontaktas av barnet som han hade gett upphov till.¹³¹

Lagen (1984:1140) om insemination trädde i kraft den 1 mars 1985. Vid donation skulle en särskild donatorjournal upprättas och bevaras i minst 70 år, för att barn tillkomna efter donatorinsemination skulle få samma rättsliga status som biologiska och adopterade barn- en rättslig far och rätten att få veta sitt ursprung när det fyllde 18 år.¹³²

4.3.3 Äggdonation och surrogatmoderskap

År 1985 gavs Inseminationsutredningen uppgift att ta upp frågor som kunde uppkomma vid befruktning utanför kroppen. Utredningens resultat presenterades i SOU 1985:4.¹³³ Förslaget som framlades var att befruktning

¹²⁵ A.a. s.14

¹²⁶ A.a. s. 65

¹²⁷ A.a. s.66

¹²⁸ A.a. s. 84

¹²⁹ A.a. s. 88

¹³⁰ A.a. s.16f.

¹³¹ A.a. s.197

¹³² A.a. s. 122

¹³³ SOU 1985:4, *Barn genom befruktning utanför kroppen*

utanför kroppen inom ett parförhållande skulle tillåtas. Den manipulation av de mänskliga livsprocesserna som metoden ansågs innebära uppvägdes av att det biologiska bandet mellan barn och föräldrar fanns kvar. Andra former av befruktning utanför kroppen, såsom befruktning med donerade ägg eller spermier ansågs skada människosynen och avråddes ifrån.¹³⁴

I utredningen diskuterades även möjligheter till äggdonation och surrogatmoderskap, och de problem som detta kunde medföra i moderskapsfrågan. Äggdonation ansågs strida mot den naturliga livsprocessen, eftersom äggcellen dels befruktades utanför kroppen och sedan implanterades i en annan kvinna än den äggcellen härstammade ifrån. Metoden ansågs också öppna för en form av surrogatmoderskap.¹³⁵ Det genetiska släktskapet framhölls som grunden för moderskap, vilket skulle brytas när barnet härstammade från två olika kvinnor. En möjlighet som uppmärksammades var den att både kvinnan som donerade ägget som den födande kvinnan kunde vilja bli barnets rättsliga mor.¹³⁶

Med hänsyn till att metoden med befruktning utanför kroppen inte hade introducerats i Sverige år 1985 och att antalet par som den kunde tillämpas på befanns vara relativt litet, fann utredningen att äggdonation i samband med befruktning utanför kroppen inte var etiskt godtagbart, men att det ålåg Socialstyrelsen att följa utvecklingen på området.¹³⁷

Inseminationsutredningen ansåg att surrogatmoderskap inte kunde genomföras utan betydande lagändringar. Ersättningen som skulle utgå till surrogatmodern ansågs utgöra ett problem, samtidigt som denna ersättning ansågs utgöra grunden för arrangemanget.¹³⁸ Vid adoption, som skulle bli det förfarande under vilket det beställande paret fick föräldrarättigheter, får ersättning enligt svensk rätt inte utges.¹³⁹

Ett avtal mellan det beställande paret och kvinnan som bar fram deras barn ansågs inte heller kunna upprättas, eftersom det medförde att kvinnan som bar fram barnet underställdes parets kontroll medan hon bar på deras barn. Detta skulle strida mot grundregeln att var och en förfogar över sin egen kropp. Ett avtal kring föräldrarättigheterna måste likafullt finnas, eftersom det alltid måste vara klart vem barnets föräldrar är.¹⁴⁰

¹³⁴ A.a. s.38 ff.

¹³⁵ A.a. s. 48

¹³⁶ A.a. s. 45-46

¹³⁷ A.a. s.48

¹³⁸ A.a. s. 49

¹³⁹ Att utge ersättning vid adoption kan komma att innebära att parterna tillträder adoptionen med förhoppning om ekonomiskt vinning, vilket står i strid med syftet bakom adoptionen; ett föräldraskap för barnets skull. Ett totalt förbud mot betalning råder inte i svensk rätt idag, då det i samband med internationella adoptioner t.ex. anses det rimligt att den blivande föräldern täcker den utgift som uppstår, eftersom adoptionen sker på föräldrarnas initiativ. Se Singer, s. 286 ff.

¹⁴⁰ SOU 1985:4, s. 50

Från äggdonation avråddes också i Prop. 1987/88:160 där man ansåg att metodens karaktär var så teknifierad att det skadade människosynen.¹⁴¹ Majoriteten av remissinstanserna var dock positiva till äggdonation eftersom man ansåg att det inte fanns någon skillnad med donerade celler från något kön.¹⁴² Kritik mot teknifieringsargumentet framfördes i media av Torbjörn Tännsjö som ansåg att det som borde tas fasta på är det naturliga i människans vilja till fortplantning, och att tekniker som utvecklas med detta ändamål inte kan sägas vara i strid med det som är naturligt.¹⁴³

I lagen (1988:711) om befruktning utanför kroppen som trädde i kraft den 1 januari 1989 kom således att gälla att villkoren för att ett befruktat ägg skulle återinföras i en kvinnas kropp, var att ägget som återbördades var hennes eget, samt att det blev befruktat med makens eller sambons spermier. Varken äggdonation eller spermiedonation i samband med assisterad befruktning ansågs vara försvarligt ur ett humanistiskt eller etiskt perspektiv.¹⁴⁴

4.3.4 Utvecklingen under 90-talet

År 1993 gavs Statens medicinsk- etiska råd (SMER) i uppdrag av socialstyrelsen att utreda äggdonation och användning av metoden i de fall där kvinnan i paret led av ofrivillig barnlöshet till följd av för tidig menopaus eller Turners syndrom.¹⁴⁵

I rapporten från SMER som utkom år 1995 påvisades förändringar i synsättet kring äggdonation. Inställningen till metoden var positiv, vilket tydde på ett godtagande av det faktum att den födande kvinnan inte behövde vara barnets genetiska mor.¹⁴⁶ Föräldraskapet skulle fortfarande vara biologiskt grundat genom det delvis bevarade genetiska bandet mellan barnet och fadern, medan den födande modern blev barnets biologiska mor genom graviditeten. Härigenom skulle moderskapspresumtionen tillåtas gälla även fortsättningsvis, utan genomgripande förändringar i lagstiftningen. Metoden föreslogs tillämplig för kvinnor i fertil ålder som inte hade passerat menopausen, med hänsyn till den ökade risken för komplikationer och skador på fostret.¹⁴⁷

Det tidigare argumentet om äggdonation som kränkning av graviditetens helhet och helgd och vedertagna sociala och kulturella traditioner vägdes

¹⁴¹ Prop. 1987/88:160 Om befruktning utanför kroppen

¹⁴² Prop. 1987/88:160 s. 34 ff.

¹⁴³ Tännsjö, Göra barn, s. 59 ff.

¹⁴⁴ SOU 1987/88:26

¹⁴⁵ Bet. 1993/94:Sou2

¹⁴⁶ SMER, 1995-04-05, Assisterad befruktning - synpunkt på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen.

¹⁴⁷ A.a.

mot de infertila kvinnornas situation. Genom äggdonation kunde nu dessa kvinnor bli sociala mödrar, såsom samtyckande makar/sambor vid givarinsemination gavs möjligheten att bli sociala fäder.¹⁴⁸

SMER avslog dock möjligheten där arvsmassan i sin helhet var donerad, eftersom barnet i det fallet inte skulle ha genetisk anknytning till någon i föräldraparet. Embryodonation bidrog enligt rådet till den teknifierade människosyn där det genetiska materialet är fritt tillgängligt för att skapa en människa. I det fallet skulle adoption vara ett bättre alternativ, då man både mötte det barnlösa parets önskan att få ta hand om ett barn, och det redan befintliga barnets behov av föräldrar. I utredningen noterades dock att adoption inte var ett alternativ som passade alla barnlösa par.¹⁴⁹

I Ds 2000:51 konstaterade man att IVF- tekniken nu var en väl etablerad metod vid behandling av ofrivillig barnlöshet.¹⁵⁰ Man godtog det ökade medicinska inslaget i fortplantningsprocessen, bl.a. med tanke på individens möjligheter att senarelägga familjebildningen. Surrogatmoderskap ansågs i promemorian alltså vara etiskt oförsvarbart, varför metoden även fortsättningsvis föreslogs vara förbjuden.¹⁵¹

Surrogatmoderskap berördes specifikt i tre motioner, inledningsvis i samband med tillåtande av äggdonation som ett sätt att avhjälpa kvinnlig infertilitet, och ett försök att jämställa kvinnor och män i fråga om biologiskt föräldraskap.¹⁵² I motionen angavs att adoptionsregleringen var för strikt, om det i huvudsak var den som var skälet till förbudet att kvinnor och män inte kunde få barn. Förbudet ansågs ha karaktären av en morallag, vars syfte är att bestraffa handlingar som inte nödvändigtvis är skadliga.¹⁵³

I socialutskottets betänkande om sjukvårdsfrågor avslogs förslaget om att surrogatmoderskap skulle tillåtas, med hänvisning till de svåra rättsliga konflikter som kunde uppstå, i vilket barnet skulle bli indraget. Surrogatmoderskap var inte önskvärt ur varken barnets eller kvinnans perspektiv.¹⁵⁴

¹⁴⁸ A.a.

¹⁴⁹ A.a.

¹⁵⁰ Ds 2000:51 *Behandling av ofrivillig barnlöshet*, s.20

¹⁵¹ A.a. s. 60

¹⁵² Motion 2001/02:So449, 2004/05:So439, 2005/06:So528

¹⁵³ Mot. 2001/02:So449

¹⁵⁴ Bet. 2004/05:SoU10 *Hälsa- och sjukvårdsfrågor m.m. I betänkandet 2005/06:SoU16 Genetisk integritet m.m. avslår man det senaste motionsyrkandet om surrogatmoderskap på samma grunder.*

4.3.5 Surrogatmoderskapets etiska aspekter

Surrogatmoderskap kan från sin bästa sida vara en altruistisk akt av generositet, där en kvinna med en annan kvinnas hjälp ges möjligheten att bli social mor. Genom det sociala moderskapet upprätthålls den traditionella familjestrukturen. Samtidigt kan surrogatmoderskap ses som den äkta familjens undergång, eftersom metoden angriper familjens biologiska och genetiska grund.¹⁵⁵

Surrogatmoderskap ansågs av SMER stå i motsats till människovärdesprincipen, som går ut på att ingen människa får ses som medel för någon annan, utan som ett mål i sig. Denna värdegrund härrör från Kant och pliktetiken och utgör en av de etiska grunderna för svensk sjukvård.¹⁵⁶

Enligt Torbjörn Tännsjö är förutsättningen för förekomsten av surrogatmoderskap att det skapas garantier för att metoden inte leder till exploatering. Ett sätt att förhindra detta är t.ex. att endast nära släktingar tillåts ställa upp som surrogatmodrar. Den juridiska rätten till barnet bör enligt Tännsjö innehas av surrogatmodern, eftersom hon har format en personlig relation till barnet. Det beställande paret vill ha ett genetiskt barn, men detta barn kan vara vilket som helst, inte nödvändigtvis det genetiska barnet som surrogatmodern har format ett personligt band till.¹⁵⁷

I en studie från Finland som även innefattar svenska par, kan utläsas att altruistiskt surrogatmoderskap i alla fall är det som brukar förekomma; en syster, nära vän eller släkting har ställt upp som surrogatmor för det barnlösa paret. Paret hade i förevarande fall ersatt surrogatmodern för hennes utgifter.¹⁵⁸ Enligt studien fastställdes efter födseln det rättsliga föräldraskapet för den biologiske fadern och surrogatmodern, varefter den blivande modern adopterade barnet och erhöll rättsligt föräldraskap. Sedan år 1998 finns möjligheten för de biologiska föräldrarna att adoptera gemensamt, men först efter att två månader har förflutit från barnets födelse. I praktiken har dock barnet omedelbart stått under de tilltänkta föräldrarnas faktiska vårdnad. En förutsättning för behandlingen verkar vara att det inte finns något som står i vägen för adoptionen. Både paret och surrogatmodern erbjuds samtal under behandlingens gång.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Lundin, s. 44

¹⁵⁶ SOU 1989:98 *Transplantation - etiska, medicinska och rättsliga aspekter*, avs. 8.5 s.125

¹⁵⁷ Tännsjö, *Göra barn*, s.98

¹⁵⁸ Söderström-Anttila, Blomquist et.al. *Experience of in vitro – fertilization surrogacy in Finland*, *Acta Obstetrica Gynecologica Scandinavica*, 2002: 81: 747-752, s. 750

¹⁵⁹ A.a. s. 749 f.

4.4 Villkor för assisterad befruktning

När lagen (2006:352) om genetisk integritet m.m. infördes, ersatte den lagen (1984:1140) om insemination och lagen (1988:711) om befruktning utanför kroppen, samt en del andra lagar på genteknikens område.¹⁶⁰

De blivande föräldrarna genomgår en särskild prövning, där en läkare prövar parets lämplighet som föräldrar. Befruktning utanför kroppen ska endast ske om det kan antas att det blivande barnet kommer att växa upp under goda förhållanden.¹⁶¹ Läkare bör också försäkra sig om att föräldrarna kommer att berätta för barnet om dess ursprung.¹⁶²

Barnet ges enligt lagen rätt till information om sperma/äggdonatorn när barnet har uppnått tillräcklig mognad.¹⁶³ Uppgifterna antecknas i en särskild journal som bevaras i minst 70 år.¹⁶⁴

Donatorn måste vara myndig vid donationen och ska ha lämnat sitt skriftliga samtycke till donationen och i övrigt uppfylla de krav som ställs upp i lagen, för att kunna omfattas av regleringen.¹⁶⁵ Den assisterade befruktningen ska ha skett vid offentligt finansierade sjukhus.¹⁶⁶

I Socialstyrelsens allmänna råd står föreskrivet att en givare som står paret nära endast bör användas i undantagsfall. Paret ska i så fall informeras om de psykologiska och sociala konsekvenserna som en donation från släkting eller annan närstående kan ge upphov till. Paret erbjuds samtal med en yrkesutövare med beteendevetenskaplig kompetens.¹⁶⁷

¹⁶⁰ Lagen (1991:115) om åtgärder i forsknings- eller behandlingssyfte med ägg från människa, lagen (1991:114) om användning av viss genteknik vid allmänna hälsoundersökningar

¹⁶¹ Lag (2006:352) om genetisk integritet, 7:5

¹⁶² SOSFS 2006:10, 4 kap

¹⁶³ Lag (2006:351) om genetisk integritet, 6: 5-6 §§ samt 7:7- 8 §§

¹⁶⁴ A.a. 7:7

¹⁶⁵ A.a. 7:2

¹⁶⁶ A.a. 7:4

¹⁶⁷ SOSFS 2006:10 Socialstyrelsens föreskrifter om ändring i föreskrifterna och allmänna råden om assisterad befruktning

5 Utländsk rätt

5.1 Engelsk rätt

5.1.1 Allmänt

Med Engelsk rätt menas här rätten i England och Wales. Englands "Common Law"-system är skapat genom domstolarnas prejudikatbildande verksamhet. Principen som utgör den engelska rättens ryggrad är "Stare Decisis"-principen (prejudikat bör respekteras), vilken bygger på domstolarnas praxis. Praxis kan ändras av domstolarna själva, vilket kommer till uttryck i den högsta domstolsinstansens, "House of Lords" förklaring från år 1966.¹⁶⁸

Den vanliga rätten anses dock alltjämt vara "common law" och "equity". Dessa regler har störst betydelse inom privaträtten och dess typiska drag är att de innehåller förbud och påbud till parterna. "Equity" följer lagen och väger tyngre än "common law", varför man i praktiken först efterforskar regleringen i "common law" och därefter undersöker om regleringen inte påverkas av "equity".

De viktigaste skrivna författningarna är "Acts of Parliament", de av parlamentet antagna lagarna. Sedan följer Statutory instruments, som är regeringsförfordningar, och slutligen olika dekret ("rules" och "orders"). De lokala förordningarna är de s.k. "by-laws". Författningstexterna är indelade i paragrafer (sections, s.) underparagrafer (subsections, subs.) och stycken (paragraphs, para.). Skrivna rättsregler har i engelsk rätt stor betydelse på de områden där den engelska rätten står under EG-rättens inflytande.¹⁶⁹

5.1.2 Rättsligt moderskap

Moderskapspresumtionen formulerades av Lord Simon of Glaisdale år 1977 i ett fall där bordsfrågan spelade in vid arv av en titel.¹⁷⁰ Moderskapet ansågs bygga på det faktum att kvinnan har fött barnet: "Motherhood, although also a legal relationship, is based on a fact, being proved demonstrably by parturition".¹⁷¹

¹⁶⁸ Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, s. 91-127

¹⁶⁹ A.a.

¹⁷⁰ *Se England 1 i kf.*

¹⁷¹ *Bromley's family law*, s. 307

Den födande moderns rätt står att finna i s 27 (1) Human Fertilisation and Embryology Act (1990) där man kan utläsa att ”The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.”¹⁷² (egen översättning; den kvinna som bär på eller har burit på ett barn som har tillkommit genom donation av ett embryo eller äggceller och spermier, hon och ingen annan kvinna skall betraktas som barnets mor.) Detta är dock ingen generell moderskapsregel, eftersom den endast är tillämplig där barn har tillkommit genom embryo- eller sperma/äggdonation. Regeln är inte retrospektiv utan gäller endast sedan paragrafens ikraftträdande.¹⁷³

Avsiktsbaserade lösningar där viljan att bli förälder skulle vara avgörande för det rättsliga föräldraskapet avvisades helt som alternativ, med motiveringen att en sådan regel kan medföra en möjlighet för föräldern att fransäga sig ansvaret om barnet på den grunden att man inte avsåg att barnet skulle bli till. Den enda möjligheten där den genetiska föräldern har denna rätt, är om hon adopterar bort barnet eller om det rör sig om donatorer som omfattas av HFEA (1990).¹⁷⁴

5.1.3 Surrogatmoderskap

I England förbjöds kommersiellt surrogatmoderskap delvis på grund av de arrangemang som ordnades av amerikanska agenturer mellan amerikanska par och brittiska surrogatmödrar. Ett av de tidiga fallen som ledde till förbudet var ett arrangemang mellan ett amerikanskt par (fadern) och en brittisk surrogatmor.¹⁷⁵ När barnet föddes, registrerades surrogatmodern och den biologiske fadern, mannen i det beställande paret, som barnets föräldrar. När fadern skulle föra ut barnet ur landet, utverkades av den Engelska domstolen en s.k. ”place of safety”-order, som hindrade honom från att ta med barnet. Först efter en grundlig undersökning av det beställande paret tilläts den rättslige fadern att ta med sig barnet till USA.¹⁷⁶

I början var den engelska rättens inställning till surrogatmoderskap öppet negativ, vilket kommer till uttryck i ett fall från mitten av åttiotalet.¹⁷⁷ Omständigheterna var sådana att en man önskade bli biologisk far, varpå han gick till en prostituerad kvinna, som ställde upp som surrogatmor till hans barn. Kvinnan ångrade sedermera arrangemanget, varpå fadern ansökte om besöksrätt för barnet. Domstolen gav honom inte detta, eftersom den ansåg att det genetiska bandet mellan mannen och barnet inte var en faktor som ensam skulle ligga till grund för ett regelbundet umgänge mellan

¹⁷² *Bromley's family law*, s. 308

¹⁷³ *A.a.*

¹⁷⁴ *Bromley's family law*, s. 308

¹⁷⁵ *Se England 2*

¹⁷⁶ *Field, Martha, Surrogate Motherhood, Harvard University Press, 1988, s. 75-76*

¹⁷⁷ *Se England 3*

honom och barnet. Domstolen gav också öppet uttryck för sin negativa syn på arrangemanget mellan mannen och barnets mor, vilket ansågs som högst tvivelaktigt, liksom en ensamstående, ogift mans intresse att bli förälder.¹⁷⁸

I ett adoptionsfall två år senare, visade domstolen en mer positiv inställning, trots att man hade brutit mot adoptionslagstiftningen eftersom betalning hade förekommit.¹⁷⁹ I praxis visades det att domstolarna i de fall där parterna försökte fullgöra sina förpliktelser, gjorde sitt bästa för att paret skulle få slutföra adoptionen.¹⁸⁰

När den engelska Warnock- kommitténs rapport utkom, ansåg man att surrogatmoderskap var ett angrepp mot äktenskapets moraliska värden. Emellertid angavs den positiva aspekten av verksamheten vara ett bejakande av kvinnans rätt att göra välunderrättade val om sin egen kropp. I det sammanhanget ansåg man att det inte var tal om exploatering.¹⁸¹ En positiv effekt av legalisering av avtal mellan surrogatmodern och de tilltänkta föräldrarna uppgavs också vara att avtalet skulle stärka det beställande paret ställning och medföra mer förutsebarhet i förfarandet.¹⁸²

Enligt Warnock- kommitténs rekommendationer skulle kvinnan som födde barnet vara barnets rättsliga mor, oavsett den genetiska länken mellan henne och barnet. En av anledningarna till regleringen är också att donation av genetiskt material ska vara ett slutgiltigt steg. Förhållningssättet anses bäst kunna möta donatorns, det blivande barnets och det beställande paret intressen.¹⁸³

En revision av lagen gjordes av British Medical Association (BMA) 1996 och i Brazier- utredningen, varefter lagstiftarna ändrade sin ståndpunkt från att se surrogatmoderskap som ett oacceptabelt medel för att lösa barnlöshetsproblemet till den enda möjliga utvägen, varför en reglering på området var behövlig.¹⁸⁴

Det icke-kommersiella surrogatmoderskapet regleras genom ”Surrogacy Arrangements Act” (SAA) UK (1985). Två huvudprinciper i lagen är att surrogatmoderskap skall ske på altruistisk grund, och att surrogatmodern

¹⁷⁸ Harris-short, Sonia, Miles, Joanna; *Family Law- text, cases and materials*, Oxford university press, 2007, s. 722 ff.

¹⁷⁹ England 4

¹⁸⁰ *Family Law- text, cases and materials*, s. 722 f.

¹⁸¹ *Family Law, text, cases and materials*, s. 720-722. Liknande argument har även framförts i svensk media, se t.ex. Jönsson, Kutte, *Det förbjudna mödrskapet, En moralfilosofisk undersökning av surrogatmödrskap*, Bokbox förlag, 2003, s. 226

¹⁸² A.a.

¹⁸³ *Family Law- text, cases and materials*, s. 704 med hänvisning till DHSS Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, Cm. 93914

¹⁸⁴ *Family Law- text, cases and materials*, s. 730 ff.

inte kan tvingas ge upp barnet. Brott mot förbudet mot betalning föreslogs ha som följd att beslut som utsläcker surrogatmoderns rätt till barnet till fördel för det beställande paret, en s.k. ”parental order”, inte utfärdades. Vid ohörsamhet mot förbudet skulle föräldrarna istället få föräldrarättigheter via adoption, vilket är en mer omfattande procedur.¹⁸⁵ Det förekommer dock idag i praxis att betalning kan utges till surrogatmodern som överstiger de utgifter som hon har haft till följd av graviditeten.¹⁸⁶ Det som kriminaliseras i lagstiftningen är istället tredje part, skulle denne profitera genom arrangemanget, enligt s 2(7) SAA (1985). Enligt s 3 i SAA är också annonser som erbjuder eller efterfrågar surrogatmödrars tjänster olagliga.

SAA innehåller ingen reglering kring de förmedlingar mellan par och surrogatmödrar som idag verkar på en informell grund. Föreningen ”Childlessness Overcome Through Surrogacy” (COTS) är den främsta frivilligorganisationen.¹⁸⁷

5.1.4 Domstolsbeslut

Engelska domstolar kan utverka olika beslut som hjälper de beställande föräldrarna att få föräldrarättigheterna erkända, s.k. ”parental orders”. Dessa medför att barnet i lagens ögon skall betraktas som om det var fött inom det ansökande paret äktenskap. Bestämmelsen regleras av ”The Parental Orders” (Human Fertility and Embryology Regulations) (1994).

Rekvisiten för en s. 30 –order, eller ”parental order”, är att barnet ska ha tillkommit genom assisterad befruktning och åtminstone en av de sökande föräldrarna måste vara genetiskt besläktade med barnet, detta för att hindra så kallade ”pre- natal adoptions” (adoptioner innan barnets födelse).¹⁸⁸ Om det kan konstateras att kvinnan i det beställande paret på grund av fysiologiska eller andra skäl inte kan bära fram barnet, kan paret bli hjälpta enligt HFEA (2003) s. 3 (17) som då hjälper dem med arrangemanget. Endast äkta makar kan ansöka om dessa förelägganden, vilket utesluter registrerade partners, vilka istället omfattas av ”Civil Partnership Act” (2004).¹⁸⁹

Ansökan om ”parental order” måste ha gjorts inom sex månader från barnets födelse. Vid tiden för ansökan måste barnet också bo hos makarna. Barnet kan inte lagligen avlägsnas från makarnas hem under behandlingen av ansökan, vilket står att finna i ”Adoptions Act” (1976) s. 27(1) som är tillämpligt även i detta fall.¹⁹⁰

¹⁸⁵ *Family Law- text, cases and materials, s. 725-729*

¹⁸⁶ *England 6*

¹⁸⁷ *A.a.*

¹⁸⁸ *Family Law- text, cases and materials, s.729 f*

¹⁸⁹ *Definition om vem som får lov att ingå registrerat partnerskap stadgas i ”Civil Partnership Act” (2004), s 3*

¹⁹⁰ *A.a.*

Föreläggandets s. (3a) och (5) avhandlar surrogatmoderns rättigheter. Barnets biologiska mor och hennes make måste vara fullt införstådda med att de har givit sitt samtycke till föreläggandet och vad det innebär.

Skulle surrogatmodern och hennes make dra tillbaka sitt samtycke kan ändå en adoption genomföras, eller ett föreläggande utverkas enligt "The Children Act" (1989), (barnlagen) s. 8. Ett föreläggande enligt s. 8 behandlar frågor som rör barnets vistelse, kontakt med föräldrar och alla andra frågor som rör barnet. De frågor som löses i enlighet med föreläggandet baseras på det som anses vara barnets bästa.¹⁹¹

5.1.5 Överförande av föräldrarätten

Om surrogatmodern enligt är gift, registreras hennes man som barnets far. Här råder en faderskapspresumtion i Common Law, enligt vilken barnet knyts till äktenskapet.¹⁹²

Om modern är ogift, registreras den biologiske fadern och surrogatmodern som barnets föräldrar. Surrogatmodern och barnets biologiske far måste i det här fallet ansöka om behandlingen gemensamt, enligt HFEA s. 28(4). Görs inte detta, finns möjligheten att den biologiske fadern endast ses som donator.¹⁹³ Detta hindrar dock inte att en "parental order" kan utfärdas och de blivande föräldrarna likväl få rättsligt föräldraskap fastställt.¹⁹⁴ Regeln är fastställd i rättspraxis och prioriterar den tilltänkta sociala fadern framför den genetiska.¹⁹⁵ Regelns innebörd är att bandet till den samtyckande fadern inte kan skäras av på grund av bristande släktskap. Det fastslås även i rättspraxis att båda föräldrarna är ansvariga för barnets tillkomst.

Sedan barnet har fötts, skriver fadern en "Parental Responsibility Agreement" som står att finna i "The Children Act"(1989), vilket ger honom samma föräldrarättsliga rättigheter mot barnet som den rättsliga modern har. Denna "Responsibility Agreement" ger fadern rätt att omedelbart få barnet i sin vårdnad fram tills antingen en "parental order" har utverkats eller att adoptionsbeslut har erhållits.¹⁹⁶

Lagstiftningen i HFEA (1990) söker uppnå balans mellan surrogatmoderns rättigheter och parets rättsliga status. Enligt s. 27 är surrogatmodern barnets rättsliga mor och den som åtnjuter störst skydd. Den vars ställning svagast är, är den genetiska och/eller tilltänkta modern.¹⁹⁷

¹⁹¹ Bromley's family law, s. 316

¹⁹² Bromley's family law, s. 315 ff.

¹⁹³ Family Law- text, cases and materials, s. 727 ff.

¹⁹⁴ Se England 5

¹⁹⁵ Se England 1

¹⁹⁶ Family Law- text, cases and materials, s. 727 ff.

¹⁹⁷ A.a.

5.2 Amerikansk rätt,

5.2.1 Allmänt

I samband med tillämpningen av konstgjord befruktning på 1980-talet, öppnades en ny dimension för par som ville få barn med hjälp av surrogatmödrar. Möjligheten till insemination, vanligen med parets spermier, innebar en fysisk distansering till surrogatmodern. Detta medförde att fler par blev intresserade av metoden, med innebörden att både tillgången till och efterfrågan av surrogatmödrar steg. Surrogatmoderns rätt till barnet var alltid starkast, eftersom hon både var barnets genetiska och biologiska mor.¹⁹⁸

Kommersiellt surrogatmoderskap möttes emellertid av problem, eftersom det stod i strid med förbudet mot ”babyselling”, spädbarnsförsäljning. De flesta surrogatmoderskapsarrangemang innebar att paret betalade en större summa pengar till surrogatmodern utöver den ersättning som hon erhöll för de medicinska utgifterna i samband med graviditeten. Detta kunde uppfattas som betalning för det barn som surrogatmodern bar på. Den amerikanska senaten förbjöd ”babyselling” år 1955, och var i praktiken år 1988 förbjuden i alla delstater. I dag har många stater också lagar mot s.k. ”baby brokers”, spädbarnsmäklare. I det avseendet kriminaliseras betalning till mellanhanden vid förmedling av barnet. Ett sätt att kringgå förbudet mot ”babyselling” vid surrogatmoderskap var att rubricera företeelsen som en tjänst, där paret i fråga sade sig ”hyra” surrogatmoderns livmoder. Genom detta hoppades man uppnå att barnet vid födseln betraktades som parets barn, inte som ett barn som paret köpte av surrogatmodern.¹⁹⁹

I ett uppmärksammat amerikanskt fall hade ett par anlitat en surrogatmor som inseminerades med parets spermier, men som efter födseln ångrade arrangemanget och vägrade lämna ifrån sig barnet.²⁰⁰ De frågor som väcktes var huruvida kontraktet som paret hade slutit med surrogatmodern var giltigt. Även ekonomiska transaktioner till surrogatmodern hade förekommit, i form av omkostnader som rörde graviditeten. Högsta domstolen i delstaten där avtalet hade slutits ogiltigförklarade avtalet mellan paret och surrogatmodern, eftersom det kringgick adoptionsregleringen och den biologiska moderns rätt att ångra adoptionen. Att adoptionspengar hade getts ut ansågs som ytterligare ett brott mot adoptionslagarna. Domstolen återställde surrogatmoderns status som barnets mor, men gav det beställande paret vårdnaden efter en bedömning av vad som skulle vara det bästa för barnet.²⁰¹

¹⁹⁸ Spar, Debora, *For love and money; the political economy of commercial surrogacy*, s.293, Harvard Business school

¹⁹⁹ Field, s. 17-19

²⁰⁰ Se USA 1

²⁰¹ Se USA 1

I den rättsliga diskussionen kring surrogatmoderskap har lagligheten av de avtal som ingås mellan surrogatmodern och det beställande paret varit en omdebatterad fråga. Som en motsats till kvinnans rättighet att ingå avtal som rör hennes kropp, ställs huruvida avtalet bör väga tyngre än kvinnans grundläggande rättighet att få uppfostra sitt eget barn.²⁰²

Förespråkare för surrogatmoderskap som ett kommersiellt arrangemang framhåller vikten av en enhetlig reglering kring surrogatmoderskap, som idag har blivit förenklat till att omfatta själva lagligheten av kontraktet mellan föräldrarna och surrogatmodern. Det föreligger redan en tydlig skillnad mellan surrogatmödrarna och det beställande paret, varandes den omständighet att surrogatmödrarna ofta är färgade, fattigare och sämre utbildade än paret som brukar deras tjänster. En enhetlig lagstiftning, anser man, skulle innebära en bättre kontroll över beställarna och ett bättre skydd mot eventuell exploatering av surrogatmödrar.²⁰³

Den aspekt på föräldraskap som på senare tid har vunnit mark i USA är den kontrakts- och intentionsbaserade synen på föräldraskap. Enligt denna spelar det egentligen inte någon roll huruvida surrogatmodern är biologisk och/eller genetisk mor, eftersom hennes avsikt inte var att bli mor. Detta är den s.k. ”Concepcion in the mind”-synsättet, där den som från början har avsett att bli mor räknas som den riktiga modern. Surrogatmodern uppmanas att redan från början se barnet som det beställande parets barn och inte sitt eget, en främlingskänsla inför barnet som ska underlätta för henne att så småningom lämna ifrån sig det.²⁰⁴

En kritik mot synsättet att surrogatmodern bär på ett barn som inte är hennes, är det unika band som finns mellan henne och barnet och som inte bygger på ett avtalsförhållande mellan henne och de beställande föräldrarna. Den kritik som kan riktas mot den kontrakts- baserade synen är om surrogatmoderns överlåtelse av föräldrarätten inverkar på hennes moraliska skyldigheter mot barnet medan det är i livmodern.²⁰⁵

Ett annat sätt för surrogatmödrar som framställs är det där kvinnan inte behöver förneka att hon är barnets mor, utan redan vid befruktningen avsäga sig rätten till barnet till förmån för föräldrarna, s.k. ”prenatal adoption”. Emellertid innebär även detta att förhållandet mellan barnet och surrogatmodern tolkas avtalsmässigt, vilket står i strid mot föräldraskapets syfte, grundat på ett djupgående moraliskt ansvar mot barnet.²⁰⁶

²⁰² Field, s.73

²⁰³ Spar, Debora (2005) *For love and money: the political economy of commercial surrogacy*, *Review of International Political Economy*, 12:2, (287 – 309) s. 302 ff.

²⁰⁴ Van Zyl, Van Niekerk, *Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood*. (2000) *Journal of medical ethics*, vol. 26 nr 5 s. 404-410, Ebsco, s. 404-409

²⁰⁵ A.a.

²⁰⁶ A.a. s.407-408

5.2.2 Kalifornisk lagstiftning

”California Family Law” tolkas så att den skyddar alla inblandade parter i arrangemanget. Även här finns en moderskapspresumtion, som kommer till uttryck i ”California Family Code” Section 7610, med lydelsen

”The parent and child relationship may be established as follows; (a) between a child and the natural mother, it may be established by proof of her having given birth to the child (...)” (egen översättning: Förhållandet mellan barn och föräldrar kan fastställas enligt följande; (a) mellan barnet och den naturliga modern, fastställs detta genom bevis om att modern har fött barnet).

Den lagliga grunden för äggdonation och surrogatmoderskap finns fastslagen i kalifornisk rättspraxis.²⁰⁷ Ett par hade ingått ett avtal med en surrogatmor som skulle bära fram deras genetiska barn. Innan barnets födelse uppstod en tvist mellan surrogatmodern och föräldrarna, där surrogatmodern hotade med att behålla barnet efter födelsen. Paret ansökte i domstol om att de skulle förklaras vara barnets rättsliga föräldrar. Domstolen tilldömde föräldraskapet till det beställande paret. I bördsfrågan ansåg man att då båda kvinnorna enligt den genetiska undersökningen hade lika rätt till barnet, skulle man fästa vikt vid partsviljan i avtalet mellan paret och surrogatmodern. I moderskapsfrågan ansåg man att det av partsviljan kunde utläsas att den beställande (och genetiska) modern hade bättre rätt till barnet, eftersom hennes önskan efter barn och handlingar som bottnade i denna önskan, var det avgörande för att barnet skulle få bli till, med motiveringen ”she who intended to procreate the child- that is, she who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own- is the natural mother”²⁰⁸ (egen översättning: den kvinna som avsåg att barnet skulle bli till/alltså/hon som avsåg att ett barn skulle födas till henne, som hon avsåg att uppfostra som sitt eget, är barnets naturliga mor.)

En annan fråga som väcktes var huruvida exploatering av surrogatmodern hade skett; surrogatmodern i fallet var färgad och kom från fattiga förhållanden, medan det beställande paret var högre medelklass. Domstolen kom här fram till att biologiskt surrogatmoderskap inte exploaterade fattiga kvinnor i större mån än något annat oönskat arbete.²⁰⁹ Vidare framhöll man att avtal om surrogatmoderskap inte stred mot public policy och att den ekonomiska ersättningen var en legitim ersättning för den utförda tjänsten.²¹⁰

²⁰⁷ *Se USA 2*

²⁰⁸ *Pinkerton, Thomas M., Esq. Surrogacy and egg donation law in California,*
<http://www.surrogacy.com/legals/article/calaw.html>

²⁰⁹ *A.a.*

²¹⁰ *Harvard Journal of Law & Public Policy, Summer, 1994, Gestational Surrogacy and the meaning of mother; USA 3*

I praxis ges på senare tid uttryck till viljan att tillerkänna det beställande paret föräldrarättigheter även när så kallat ”traditionellt surrogatmoderskap” har ägt rum.²¹¹ I ett fall hade maken i det beställande paret ansökt om skilsmässa och ville inte ta på sig ansvaret för barnet eftersom det inte var hans biologiska barn.²¹² I moderskapsfrågan ansåg domstolen att den tilltänkta/beställande modern var barnets rättsliga mor, eftersom hon enligt ”California Family Code” s. 7610 var den som gav tillstånd till den metod som resulterade i barnets tillkomst. Surrogatmodern ansågs här inte ha någon rätt till barnet.²¹³

I ett liknande fall hade paret lagt in om skilsmässa och den beställande modern inte längre ville ha barnet. Fadern och surrogatmodern hade istället ansökt om föräldraskap, varpå domstolen tilldömde dem gemensam vårdnad.²¹⁴

Av ovanstående kan slutsatsen dras att det i kalifornisk rätt är den beställande modern som har starkast rätt till barnet, eftersom tonvikten läggs vid hennes aktiva handlande till barnets tillkomst. Den biologiska modern, surrogatmodern, får endast rätt till barnet om den beställande modern inte vill hävda sin rätt först.²¹⁵

Det avsiktsbaserade föräldraskapet kan även tillämpas när homosexuella män vill bli biologiska fäder och anlitar en surrogatmor. Eftersom den Kaliforniska lagstiftningen brukar följa det beställande parets vilja, är det troligt att ett homosexuellt par kan komma att stå på födelsebeviset, om domstolen förklarar dem för barnets föräldrar. En ensam man kan, om man följer av exempel ovan, bli förklarad som med-förälder vid sidan av surrogatmodern och stå med på födelsebeviset som barnets far. Ensam vårdnad torde då följa antingen om surrogatmodern avstår sin rätt att hävda sitt föräldraskap, eller om den tilltänkte fadern väcker talan mot surrogatmodern.²¹⁶

Ett beslut om vem som är barnets förälder måste presenteras i samband med barnets födelse, och ansökas om senast efter tjugo graviditetsveckor. Av domen följer om det är de tilltänkta föräldrarna som ska stå med på födelsebeviset eller surrogatmodern och hennes äkta hälft.

Vid registreringen efter barnets födelse kan en t.ex. en ensamstående far, om han har gett upphov till behandlingen, välja att fylla i sitt namn i moderskaps- kolumnen, eller fylla i faderskaps- kolumnen och

²¹¹ Med traditionellt surrogatmoderskap menas när barnet är surrogatmoderns biologiska och genetiska barn.

²¹² Se USA 3

²¹³ Pinkerton, Thomas M., Esq. Surrogacy and egg donation law in California, <http://www.surrogacy.com/legals/article/calaw.html>

²¹⁴ Se USA 4

²¹⁵ Pinkerton, Surrogacy & egg donation law in California

²¹⁶ A.a.

surrogatmoderns namn i moderskaps -kolumnen. Om surrogatmodern anges som mor finns dock risken att det rättsliga föräldraskapet blir ”fel”; man råder därför den ensamstående fadern att fylla i sitt namn där moderns skulle ha stått, för att födelsebeviset blir rätt när det utges. Homosexuella partner fyller i sina namn där moderns och faderns namn skulle stå, oavsett kön, eftersom det vid utgivelsen kommer att stå ”parent” (förälder) framför deras respektive kolumner.²¹⁷

²¹⁷ *A.a. in fine*

6 Analys

6.1 Den genetiska moderns rätt

6.1.1 Moderskap enligt formella fastställelsegrunder

Syftet med min uppsats har varit att undersöka om det fanns några rättsliga faktorer som talar för den genetiska moderns rätt till barnet i fall som NJA 2006 s. 505, där ett barn hade kommit till genom surrogatmoderskap och den biologiska modern hade statusen som barnets mor.

För att göra detta har jag tittat på olika rättsliga sätt att bestämma rättsligt moderskap. Jag har även tittat på de rekvisit som finns uppställda för att fastställa faderskap, för att få en helhetsbild av de faktorer som grundar det rättsliga föräldraskapet.

För en djupare inblick i surrogatmoderskapets reglering och rättsliga följder, har jag tittat på Englands och USA:s reglering kring företeelsen. Analysen kommer att följa den uppställning som anges i ovan samt inledningsvis i dispositionsavsnittet.

Det rättsliga moderskapet för ett barn fastställs vid barnets födelse. Den kvinna som föder barnet fastställs som barnets rättsliga mor. Anmälan om barnets födelse görs av sjukhuset där barnet är fött, eller av barnmorskan om barnet föds i hemmet, eller av barnets vårdnadshavare. Eftersom moderskapet vilar på det rättsfaktum att den som föder barnet är barnets biologiska och genetiska mor, har speciella regler för fastställande av moderskap inte ansetts behövliga.

Regler om fastställelse har aktualiserats endast i de fall där moderskapet har varit oklart; i hittebarnsfall där modern inte har varit känd, i fall där förväxling hade skett och det biologiska moderskapet har varit oklart, i fall där modern hade utnyttjat sin anonymitetsrätt, samt i fall där fel kvinna har registrerats som barnets mor vid invandring.

I *Bureåfallet*, där förväxling av barn hade skett på en sjukstuga, använde man sig dels av en medicinsk och av en rättsantropologisk undersökning för att fastställa vem barnets rätta mor var. Här fastslogs även en rätt att föra talan om moderskap, fastän barnets mor redan var registrerad.

I fallet från år 1968 fastslog man en allmän rätt för *barnet* att föra moderskapstalan, grundat på de omfattande rättsverkningar som följde av moderskapet. Här kan man säga att registreringen konstituerade ett rättsförhållande mellan barnet och modern.

I *Enköpingsfallet* fastslogs en generell undersökningsskyldighet för socialnämnden att utreda vem som är barnets mor. Här framhölls även

principen att det är det faktum att hon har fött barnet var det som konstituerade hennes moderskap.

I fall där fel kvinna hade registrerats som mor vid invandring, ansåg man t.ex. i Hovrättsfallet från år 1996, att en osann utsaga som låg till grund för registreringen inte konstituerade rättsförhållandet – kvinnans talan avslogs, och det konstaterades att en administrativ rättelse av uppgifterna kunde ske. Att registrering inte konstituerade ett rättsförhållande fastslogs också i NJA 2007 s. 684.

I NJA 2006 s. 505 konstaterade man att moderskapet redan var fastslaget för den biologiska modern, varför den genetiska moderns talan om moderskap avslogs. Samtidigt hänvisade man till rättsregeln kring äggdonation i FB 1:7, enligt vilken den kvinna som får äggdonation utförd är att anses som barnets mor. Regeln i FB 1:7 är dock inte en allmän moderskapspresumtion, utan en regel som inte kan hävas genom motbevisning.

Enligt de formella fastställelsegrunderna kan utläsas att det är den födande modern som under alla omständigheter är att anses som barnets mor. Det som konstituerar moderskap är det rättsfaktum, *mater est quam gestatio demonstrat*. I fallet där förväxling hade skett baserades beslutet på den medicinska undersökningen som fastslog att den sociala modern inte var den födande modern. I de följande fallen framhävs barnets rätt att känna sin mor; rättsverkningarna som följer av rättsförhållandet och vikten av att moderskapet för ett barn finns fastställt.

Enligt vad som framkommer ovan, kan man inte utläsa något stöd för att den genetiska modern skulle tillerkännas föräldrarättigheter. Av rättspraxis framkommer också att det finns skillnader mellan dem och

NJA 2006 s. 505, på den grunden att det genetiska och biologiska moderskapet sammanföll i de tidigare exemplen. När äggdonation blev tillåtet i Sverige och det blev möjligt att dela det biologiska moderskapet i en biologisk och en genetisk del, fastslog man rätten för den biologiska modern enligt de traditionella parametrarna för moderskap; att kvinnan som blev gravid med hjälp av en annan kvinnas ägg hade avsikten att bli barnets sociala och rättsliga mor. Donatorn ger genom sin donation uttryck för viljan att inte bli barnets rättsliga förälder, eftersom hennes avsikt inte är att bära fram barnet. Donationen är ett slutgiltigt steg för donatorn, eftersom hon avsäger sig förfoganderätten över sitt genetiska material sedan detta har befruktats och implanterats i den andra kvinnan.

Går man efter rättsgrundsatsen *mater est quam gestatio demonstrat* som grund för det rättsliga moderskapet, finner man ingen rätt för den genetiska modern enligt premisserna såsom i NJA 2006 s. 505. Det som återstår är att titta på den andra grunden, vilket är anmälan till folkbokföringen.

Det kan anses ganska klart utrett att den osanna intygelsen och den till följd av denna felaktiga registrering i folkbokföringen inte konstituerar kvinnans föräldraskap. För att myndigheten skall beredas möjlighet att rätta till

uppgiften, måste någon slags talan väckas, av antingen modern eller barnet, vilket har skett i ovannämnda fall.

6.1.2 Behov av ytterligare reglering?

Frågan om behovet av särskilda kollisionsregler togs upp av Michael Bogdan i en artikel i SvJT år 2002. Vetskapen om att surrogatmoderskap förekommer och de eventuella problem som kan uppkomma är inte någon nyhet. Behovet av särskilda regler för hantering av felaktigt registrerade moderskap vid invandring påtalas också i en skrivelse av socialstyrelsen, och frågan skall nu vara under beredning.

Svenska kvinnor som idag reser utomlands för att med surrogatmödrars hjälp bli genetiska och sociala mödrar kan mycket väl tänkas genomföra arrangemanget utanför Sverige, för att vid återkomsten registrera barnet som sitt eget. Sannolikheten för att de själva väcker negativ fastställsetalan framstår för mig som orealistisk. Den rättsliga följden av detta blir, enligt svensk rätt, att moderskapet fastställs för fel kvinna. Ytterligare en följd av en reglering som förbjuder praktiken och diskvalificerar den sociala (och i vissa fall även genetiska) moderns "föräldraskap", blir att de barn som har tillkommit genom metoden inte får kännedom om sitt ursprung. Risken finns också att, om barnet är fött i Sverige och modern på laglig väg försöker få vårdnaden om barnet, den rättsliga föräldern (fadern) vägrar låta henne adoptera, t.ex. på grund av en skilsmässa, såsom i NJA 2006 s. 505, Modern kan då välja att skilja sig och förlora barnet, eller stanna kvar i ett äktenskap där maken har ett betydande övertag.

Följderna av att inte erkänna förekomsten av surrogatmoderskap och s.a.s. "exportera problemet" kan också tänkas vara allvarigare än när par åkte utomlands för att få tillgång till äggdonation. Vid hemkomsten till Sverige blev kvinnorna ofrånkomligen biologiska mödrar – kvinnan registrerades som barnets mor och det fanns ingen anledning att tvivla på att hon inte också var barnets genetiska mor. En förmodan från min sida är om inte den felaktiga registreringen för den genetiska/beställande modern kan komma att rubriceras som förvanskande av familjeställning. Kvinnan tillvällar sig enligt svensk lag en familjeställning som inte tillkommer henne. Moderskapet för den andra kvinnan, den biologiska modern, följer ju av att hon har fött barnet. I lagens ögon förvanskas även barnets familjeställning, eftersom hon fräntas sin "riktiga" mor.

Ytterligare ett problem som kan uppkomma när det inte finns en diskussion om surrogatmoderskap och moderskap inte erkänns för någon annan än den födande modern, är de som framkommer av den nya regleringen i BrB 7:3, som har skärpt regleringen kring försäljning av barn. I propositionen till lagen uppges att man har noterat förekomsten av höggravida kvinnor som reser in till Sverige, för att här föda och adoptera bort barnet. Under den omständighet att hon är surrogatmor, kan förfarandet bedömas som olaglig handel med barn, där parets handlande bedöms som otillbörligt utverkande

av samtycke till adoption genom finansiella medel. Med detta avser jag den icke obetydliga ersättning som anses utgöra förutsättningen för arrangemanget, och som kan tänkas överstiga vanliga adoptionskostnader.

Konsekvenserna av en icke-reglering är i min mening svåröverskådliga, fler och av betydligt allvarigare art än de konsekvenser som en reglering av moderskapet vid surrogatmoderskap hade inneburit.

6.1.3 Rätt till rättsligt moderskap enligt föräldraskapets rättsverkningar

Frågan som har behandlats ovan har gällt om den genetiska modern kan tillerkännas rättsligt moderskap enligt de sedvanliga fastställelsegrunderna för moderskap; moderskapspresumtionen och den lagfästa rättsregeln om äggdonation. I det följande skall hennes rätt enligt föräldraskapets rättsverkningar behandlas.

Det rättsliga föräldraskapet ger modern och fadern samma rätt gentemot barnet, vilket är rätten att tillse barnets behov. Av kap. 2 framgår att föräldrarnas rätt att få fastställt rättsligt föräldraskap har varit sekundär, eftersom det rättsliga föräldraskapet grundar sig på barnets behov som utgår från barnets bästa. Barnets bästa och barnets behov varierar från fall till fall, men anses i grund och botten vara att få omsorg från två rättsliga föräldrar som gemensamt har ansvaret om barnet. Den som från början av den familjerättsliga regleringen har ansetts ha huvudansvaret, har dock varit modern.

Enligt de slutsatser man kan dra av konventionerna ser man att en fastställelse av föräldrarättslig status är grunden till de rättigheter som stadgas senare; barnets rätt till sitt ursprung, att få bli omhändertaget av sina föräldrar och inte bli åtskilt ifrån dem.

I kap. 3 redogörs för faderskapet och det breda stöd som återfinns i lagen för det sociala faderskapet. Faderskapspresumtionen i FB 1:1 vilar t.ex. på äktenskapets grund, det föreliggande familjelivet mellan man och hustru. Oviljan att ändra det rättsliga statusförhållandet som faderskapet innebär återspeglas i den begränsade talerätten för alla andra än den vars status berörs, mannen och barnets. Det föreliggande familjelivet mellan mannen och barnet ges uttryckligen stöd genom hela lagstiftningen och går före den genetiska sanningen, i alla fall tills någon av de taleberättigade väljer att avbryta detta. Om barnets biologiske far inte är dess rättslige far, har han ingen talerätt, om inte någon av de taleberättigade initierar hans rätt. Skulle faderskapet för ett barn inte vara fastställt och socialtjänsten inleder en undersökning för att fastställa detta, kan denna undersökning läggas ner till förmån för t.ex. pågående adoption, genom vilken barnet får en rättslig och social far.

Genom faderskaperkännandet år 1917 återknyts fadern till familjen ekonomiskt genom plikten att utge underhåll till barnet. Erkännandet erbjuder också en möjlighet för män att ta på sig det sociala faderskapet när den biologiska sanningen är en annan. Förutsättningen är att mannen har tänkt igenom åtagandets innebörd. Med detta i åtanke infördes formkravet för faderskapsbekräftelsen.

Från att föräldrafunktionernas fullgörande ursprungligen tycks ha beaktats vid fastställande av föräldrarättslig status, ser man sedan en utveckling mot det kontraktbaserade föräldraskapet genom början av tillämpning av assisterad befruktning, där faderskapet baseras på makens/sambons samtycke och hans avsikt att bli far (se ovan under 3.1.)

Detta kommer än tydligare till uttryck i regleringen om föräldraskap för homosexuella partner, där det vid assistera befruktning är samtycket som binder moderns registrerade partner/sambo vid föräldraskapet. Barnet garanteras två rättsliga föräldrar, vilket väger tyngre än att det biologiska och faktiskt utövade föräldraskapet skall överensstämma. Eftersom det biologiska och faktiskt utövade föräldraskapet tydligtvis inte stämmer överens, anses barnen här ha en bättre möjlighet att få reda på sina genetiska rötter.

Man kan dock i regleringen se att det biologiska faderskapet spelar in en icke obetydlig roll; om barnet riskerar att bli rättsligt faderlöst, kan donatorn frivilligt ta på sig statusrollen som barnets far. Vid sidan av barnets rättsliga förälder, kan donatorn komma att få en rent statusmässig ställning som barnets biologiske far. (se ovan under 3.1). Det finns dock ingen möjlighet att tilldöma honom faderskapet, eftersom avsikten med en spermiedonation i regel inte är en önskan om att bli rättslig förälder. Ett avsteg från denna princip uppmärksammas i utredningen SOU 2007:3, där givaren ibland har en önskan och bereds möjlighet att utöva det faktiska föräldraskapet (se ovan under 3.2.1).

6.1.4 "Genetisk mor" v. äggdonator

Den väsentliga skillnaden mellan en donator och en biologisk förälder är att den biologiska föräldern hade som avsikt att sätta det specifika barnet till världen, vilket också utgör grunden för hans/hennes föräldrarättigheter. En förälder är en förälder även om föräldern tillfälligt inte är barnets vårdnadshavare.

Om bedömningen görs efter att mottagaren av en donerad äggcell har för avsikt att föda fram barnet och behålla det, ser man varför äggdonatorer inte bereds möjlighet att inträda i den biologiska moderns ställe i det fall där barnet eventuellt hade riskerat att bli rättsligt moderlöst. Enligt vad som har framkommit i min undersökning av grunderna och rekvisiten för rättsligt moderskap, verkar resonemanget vara att barnet inte *ska* kunna bli rättsligt moderlöst; det faktum att barnet finns till, borgar för den omständighet att

det finns en mor som innehar den rättsliga statusrollen, med de rättsliga plikter som följer av denna roll.

Surrogatmoderskap står här i kontrast med det som är andemeningen av moderskap; i de fall där den beställande modern även är äggdonator, som i NJA 2006 s. 505, sker ett omvänt moderskap: Kvinnan som föder barnet har aldrig haft avsikten att behålla det. Istället är det äggdonatorn som vill ha barnet och är initiativgivaren till behandlingen. I egentlig mening är det som sker embryodonation, eftersom den beställande fadern inte är surrogatmoderns make eller sambo, utan äggdonatorns. Även embryodonation är förbjuden enligt svensk rätt, eftersom motiven för lagstiftningen uttrycker en tydlig mening att barnet skall ha ett genetiskt band till åtminstone en i föräldrparet.

När barnet väl har fötts och överlämnats till de blivande föräldrarna, inträder äggdonatorn i den faktiska moderskapsrollen. Genom detta uppfylls två av tre rekvisit för föräldraskap enligt modellen som anges av Anna Singer, kallad ”den rättsliga paketlösningen”; barnet härstammar från både modern och fadern, som genast börjar utöva det faktiska föräldraskapet. Faderskapet brukar fastställas för den biologiske fadern, varpå den genetiska modern adopterar barnet genom närståendeadoption, eller så adopteras barnet gemensamt av föräldrparet (se under 4.3.3. ovan).

Frågan här är alltså om regleringen av moderskap vid äggdonation kan tillämpas i fall där surrogatmoderskap har förekommit. Enligt den skiljaktiga meningen i domen i NJA 2006 s. 505 uppges att målet istället borde vara att synkronisera det genetiska, rättsliga och faktiskt utövade föräldraskapet, alltså en vilja att efterkomma partsintentionen med arrangemanget.

Slutsatsen blir, att om man går efter partsintentionen med arrangemanget och det faktiskt utövade föräldraskapet, så finns det en hel del som talar för en rätt för den genetiska modern. Hennes intention är att inträda den faktiska moderskapsrollen, i idealfallet får hon även ganska snart den rättsliga vårdnaden om barnet.

6.2 Utländska erfarenheter

6.2.1 Engelsk rätt

Enligt engelsk rätt finns det en moderskapspresumtion, där moderskapet baseras på det faktum att kvinnan har fött barnet. Kvinnan är att anses som barnets mor även vid äggdonation och embryodonation, vilket också är tillåtet i engelsk lag. Den födande modern är också att anses som barnets rättsliga mor när surrogatmoderskap har förekommit. Om surrogatmodern är gift, knyts barnet till äktenskapet, varpå surrogatmodern och hennes man registreras som barnets rättsliga föräldrar.

Om surrogatmodern är ogift, registreras den biologiske fadern och surrogatmodern som barnets föräldrar, vilket innebär att den beställande modern får adoptera barnet i efterhand. Surrogatmodern och den biologiske fadern ansöker gemensamt om behandlingen. Det är detta som grundar den biologiske faderns rätt som förälder till barnet. I annat fall kan han endast komma att ses som donator.

Surrogatmoderns rätt till barnet skyddas enligt HFEA s. 27(1), som tar upp fall där kvinnan har fött ett barn som har tillkommit genom assisterad befruktning. Hennes rätt som förälder kan utsläckas endast om hon - och i det fall där hon är gift - hennes äkta make, väljer att fransäga sig det föräldrarättsliga ansvaret, genom att ge upp barnet till adoption. För att beslut om föräldrarätt för någon annan, till exempel det beställande paret, skall utfärdas, måste surrogatmodern (och hennes make) medge att ett beslut om överförande av föräldrarätten utfärdas. S.k. pre- natala adoptioner är inte tillåtna, vilket innebär att överförande av föräldrarätt endast kan ske sedan barnet har fötts, och med den biologiska moderns godkännande.

Genom praxis i surrogatmoderskapsfall ser man i engelsk rätt en tendens att vilja efterkomma partsintentionen i avtalet som har slutits mellan surrogatmodern och föräldrarna. Från att man från lagstiftarens håll tidigare har varit skeptisk mot arrangemanget på grund av dess tvivelaktiga karaktär och potentiellt skadliga konsekvenser för samhället, har man erkänt kvinnans vilja att fatta beslut om sin egen kropp, även om detta innebär att hon ställer upp som surrogatmor åt ett annat par. Huvudprinciperna är att surrogatmodern ska ha starkast rätt till barnet i egenskap av den födande modern, att surrogatmoderskap ska ske på altruistisk basis och att förmedlingar ska verka på informell och icke-profiterande grund. Avsiktsbaserade modeller av föräldraskap, såsom att föräldraskapet endast ska baseras på parternas vilja, avvisas på den grunden att föräldraskapets rättsverkningar inte ska kunna avtalas bort på grund av bristande partsvilja. Även om praktiken inte till fullo har samhällets stöd, erkänner man dess förekomst och behovet av en reglering på området.

Min åsikt är att de svenska lagstiftarna med fördel kan tillämpa en reglering på området liknande den engelska regleringen. Att det är surrogatmodern som åtnjuter störst skydd är i led med moderskapspresumtionen, eftersom den födande modern under alla omständigheter förblir barnets rättsliga mor vid födseln. Hon kan välja att överlämna barnet till paret, i enlighet med överenskommelsen, eller behålla barnet, vilket hon är i sin fulla rätt att göra. Det som kan bli problematiskt är diskussionen kring hur avtalet ska utformas och vilken vikt det ska tillmätas, med tanke på surrogatmoderns tjänst/arbetsprestation mot paret. Ett rättsligt grundat anspråk mellan parter kan endast göras mot en arbetsprestation. Vid surrogatmoderskap skulle en motprestation knappas kunna framtingas.²¹⁸

²¹⁸ Se Tännsjö, *Göra barn*, s. 98

Hur förfarandet varigenom föräldrarättigheterna överförs till det beställande paret eller den genetiska modern skall uppfattas, är kanske inte självklart, eftersom det skiljer sig något från syftet med adoption; ett hörsammande av överenskommelsen innebär att den genetiska modern får föräldrarättigheter, alltså adopterar hon på sätt och vis sitt eget barn. Adoption kan i sammanhanget kanske te sig som ett något snävt begrepp.

Ytterligare en positiv effekt av en svensk reglering som bygger på den engelska modellen vore att den genetiska modern ges tillfälle att på självständiga grunder få föräldraskapet fastställt - vid styvbarnsadoption är hon ju beroende av makens goda vilja att låta henne adoptera deras gemensamma barn, men i övrigt är hennes väg till föräldraskap till det egna barnet avstängd. Barnets rätt att ha känna trygghet i att den mor som hon har känt sedan födseln förblir dess mor, inskränks. Detta är i min mening en väldigt olycklig konsekvens, som varken gynnar barnet eller den genetiska/sociala modern. Lösningen kan i ovannämnda fall inte heller inverka nämnvärt på den biologiska modern, som ju s.a.s. har fullgjort sin del av överenskommelsen och endast innehar statusen som barnets mor.

Ett erkännande av surrogatmoderskapets existens som ett sätt att bilda familj behöver inte gå emot den grund som den familjerättsliga lagstiftningen bygger på, med dess genomgående betoning för det sociala föräldraskapet: å ena sidan skyddas den biologiska modern; vill hon fransäga sig rätten till föräldraskapet, tillförsäkras ändå barnets rätt att växa upp och få sina behov tillgodosedda av två rättsliga föräldrar, som lever i ett inbördes sunt och jämställt förhållande.

6.2.2 Amerikansk rätt

Regleringen på surrogatmoderskapsområdet har utvecklats annorlunda i USA. Surrogatmoderns rätt till barnet var stark när hon i början av praktikens tillämpning både var barnets genetiska och biologiska mor. I det första uppmärksammade rättsfallet tillerkändes den biologiska modern rättslig status som barnets mor, men föräldrarättigheterna gavs likväl till det beställande paret, som ansågs vara bättre lämpade som föräldrar.

När IVF-tekniken blev möjlig och med den möjligheten att surrogatmodern bar på ett barn som hon inte var genetiskt besläktad med, övergick man i moderskapsfall till att pröva moderskapet på andra grunder: Eftersom barnet kunde härstamma från båda kvinnorna, la man tonvikten på vem som tog initiativet till barnets tillkomst. Detta gav den beställande modern rätt, både i de fall där ägget kom från henne och där ägget var donerat.

Frågor som har uppkommit i den amerikanska diskussionen är de kring avtalets giltighet. Medan vissa anser att den grundläggande rättigheten att behålla och fostra det barn som man föder inte kan avtalas bort, anser man också att kvinnan har tolkningsföreträde till sin graviditet och målet med

denna, samt göra egna val kring sin kropp. Surrogatmödrars avsikt med graviditeten är att ge bort barnet, och denna avsikt förstärks konsekvent genom hela processen, med början från förmedlingens psykologer, som råder kvinnan att se barnet som det beställande paret barn, till beslutet om föräldrarättigheter som paret ansöker om senast när kvinnan har gått in i tjugonde graviditetsveckan. Vidare står surrogatmoderns namn inte ens med på födelsebeviset, utan paret namn – i vissa fall, om den tilltänkta föräldern är ensamstående man, står endast hans namn med som rättslig förälder (se avs. 5.2.1).

Som synes, skiljer sig de två systemen från det svenska på den grunden att individens rättigheter i angloamerikanska system har starkare ställning än i Sverige. Att tillåta kvinnan att fatta beslut kring sitt eget öde ansågs av Warnock-rapporten vara ett steg ifrån ett protektionistiskt och paternalistiskt synsätt, som lätt kan uppfattas råda i Sverige, där ingen människa får ses som medel utan som ett mål i sig. Enligt en dom från den kaliforniska domstolen (se avs. 5.2.1) anser man att det inte är tal om exploatering av surrogatmodern om hon själv anser att surrogatmoderskap är ett legitimt sätt att tjäna pengar; surrogatmoderskap ansågs inte mer exploaterande än någon annan form av oönskat arbete.

Det som man skulle kunna ta till sig från den amerikanska diskussionen kring surrogatmoderskap är att partsviljan i alla fall delvis är det som grundar föräldraskapet. Detta är något som varken erkänns fullt ut i engelsk eller svensk rätt, eftersom det anses urholka andemeningen med föräldraskap. Å ena sidan kan detta mycket väl stämma, men å andra sidan kan även ovilliga beställande föräldrar tilldömas ansvar för barnet på samma grund. Frågan som uppkommer här, är om synsättet värnar om barnets bästa.

Från den mjukare diskussionen kan man kanske ta till sig att då familjebildning med hjälp av surrogatmödrar inte är att anses som traditionell familjebildning, traditionella problemlösningsmodeller inte kan tillämpas på de problem som uppkommer. Istället kan man erkänna att barnet får en utökad familj, som består av en mor, en surrogatmor och en far. Surrogatmoderns rätt behöver i så fall heller inte helt och hållet annulleras (se avs. 5.2).

6.3 Sammanfattande slutsatser

Det har ovan konstaterats att moderskapet endast kan fastställas för den kvinna som föder barnet, och att det i de allra flesta fall förhåller sig på samma sätt i andra länder, med vissa undantag för surrogatmoderskaps - arrangemang i USA. Det har även i uppsatsen framkommit att den rättsliga statusen som förälder är hårt knuten till både den genetiska/biologiska ursprunget, som barnets behov av en rättslig förälder, med senare tidens

betoning på det genetiska föräldraskapet i faderskapsfall och biologiska moderskapet i moderskapsfall. Det som återstår är en diskussion kring hur det hade kunnat se ut om surrogatmoderskap kom att regleras i lag, utan att effekterna av legaliseringen kom att stå i motsatsförhållande med moderskapspresumtionen. Såsom framförs i avs. 5.2.1. kunde en reglering liknande den engelska vara lämplig för svenskt vidkommande. En föreskrift som reglerar föräldraskapet för modern där barnet har tillkommit genom surrogatmoderskap skulle kunna utgöra ett komplement till den lagstadgade moderskapsregeln i FB 1:7. Regeln skulle kunna utgöra ett undantag, i de fall där den födande kvinnan är surrogatmor, och aktualiseras först sedan barnet har fötts.

Om regeln i detta specifika fall erbjöd den genetiska modern möjligheten att ta på sig det rättsliga föräldraskapet, skulle syftet med föräldraskapsregleringen efterkommas; resultatet hade inneburit en överensstämmelse mellan det rättsliga, genetiska och faktiskt utövade föräldraskapet. Detta är helt i led med barnets intresse, som ju är ett livsvarigt föräldraskap med en förälder vars högsta vilja är att ta hand om barnet.

Under alla omständigheter vore dock barnet tillförsäkrat en social mor, så långt detta är möjligt. Den sociala/genetiska moderns roll står på inget sätt i motsatsförhållande till den konventionella rollen av en mor; att erhålla rättslig status vore ett erkännande av den roll som faktiskt har i barnets liv.

En reglering som erkände förekomsten av surrogatmoderskap som en legitim metod för barnlösa par/ infertila kvinnor att få egna, genetiska barn, kan också föra med sig den positiva effekten att rätten till ursprung för barn tillkomna genom surrogatmödrar tillgodosågs. Att föra fram praktiken ”i ljuset” skulle, i likhet med barn tillkomna genom donation i början av 80-talet, sannolikt medföra en större vilja för föräldrar att berätta för barnet sanningen om dess ursprung, än om metoden är förbjuden.

En aktiv diskussion kring lösningen av de problem som kan uppkomma i moderskapsfrågan skulle även kunna inverka på förhållningssättet mot de omständigheter under vilka surrogatmoderskaps -arrangemang ingås. Under BrB 7:2 tar man exempelvis upp fall där höggravida kvinnor har kommit till Sverige, där de senare har adopterat bort sina nyfödda barn. Vid första anblicken låter företeelsen väldigt lik ”babyselling”, eller den försäljning av barn som avses i bakgrunden till regleringen av BrB 7:2. Man uttrycker en vilja att utreda omständigheterna kring det här fenomenet. Det kan dock lika gärna handla om försäljning av barn i det syfte som bakgrunden till regleringen i BrB 7:2 syftar på, men det kan också handla om surrogatmödrar som har burit fram det beställande paret genetiska barn. Under alla omständigheter bör detta närmare ses över, dock även med utgångspunkt i att de kan handla om surrogatmoderskap. Skulle så vara fallet, hade en reglering där svenska kvinnor tillåts ingå arrangemanget på altruistisk basis - i egenskap av nära vänner eller systrar till det barnlösa paret - hade eventuell exploatering av fattiga kvinnor från utvecklingsländer

kunnat hindras. De födande kvinnornas rättigheter till barnet skulle kunna garanteras på ett bättre sätt.

De blivande föräldrarna skulle slippa att kriminaliseras. Det finns nämligen enligt motiven i BrB 7:2 en vilja att kriminalisera initiativgivaren till ett olovligt framkallande av adoption eller försäljning av barn. Surrogatmoderskap där surrogatmoderns omkostnader för graviditeten och i vissa fall även hennes levnadskostnader betalas av det beställande paret, kan eventuellt komma att passa in på det kriteriet.

Det handlar det dock om hur exploateringsbegreppet tolkas. I USA har diskussionen hunnit längre och det finns både förespråkare som håller på kvinnans rätt att fatta välunderrätade beslut även om dessa är att tjäna pengar på sin reproduktiva förmåga, som de som anser att kvinnorna exploateras genom att de från förmedlingarnas håll åläggs att tolka graviditeten som en tjänst och barnet som ”någon annans barn”.

De etiska frågorna är svåra och ett antagande från mitt håll är att man i den här frågan inte kan nå en etisk lösning där ingen utnyttjas och ingen kommer till skada. Att kategoriskt förneka och slå bort en möjlig lösning för barnlösa par att bilda familj, är heller ingen lösning på problemet.

Syftet med att tillåta äggdonation var en gest av solidaritet med infertila kvinnor, ett erkännande av deras vilja att bli sociala mödrar genom en graviditet och den anknytning som sker genom denna. Gränsen valdes att sättas vid de fall där kvinnan fysiskt inte kunde bära fram ett barn. Man satte alltså gränsen vid en punkt som man tyckte var lämplig i sammanhanget, baserat på de rådande omständigheterna och uppfattningarna i samhället.

Torbjörn Tännsjö beskriver IVF-utvecklingen i termer av ”det sluttande planet”.²¹⁹ Det är möjligt att acceptera vissa tekniker av assisterad befruktning utan att acceptera alla tekniker. Dock flyttas punkten för acceptans allt längre ut, i takt med att tekniken fortskrider och blir etablerad.

Min slutsats här är att en ytterligare och utförligare reglering behövs i frågan. Det som talar för att ytterligare reglering ligger i framtiden, är att förekomsten av surrogatmoderskap ingalunda är en isolerad händelse. Med hänsyn till teknikens utveckling och metodens tillgänglighet, är det realistiskt att anta att fler fall där surrogatmoderskap har förekommit kan komma att tas upp till prövning i en inte alltför avlägsen framtid, vilket motiverar existensen av en diskussion kring möjliga lösningsmodeller som både skyddar barnets och moderns/mödrarnas intressen.

²¹⁹ Tännsjö, *Göra barn*, s. 65 ff.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt Tryck

Propositioner

Prop. 1984/85:2	Proposition om artificiella inseminationer och
Prop. 1987/88:160	Proposition om befruktning utanför kroppen
Prop. 1994/95:142	Om fosterdiagnostik och abort
Prop. 2001/02:89	Behandling av ofrivillig barnlöshet

Utskottsbetänkanden

Bet. 2001/02:SOU 16	Behandling av ofrivillig barnlöshet
Bet. 2004/05:SOU10	Hälso- och sjukvårdsfrågor m.m.
Bet. 2005/06:SoU16	Genetisk integritet m.m.
Bet. 2005/06:LU9	Förmyndarskap och föräldraskap

Motioner

Motion 2001/02:So449	Äggdonation och surrogatmoderskap
Motion 2004/05:So439	Surrogatmoderskap
Motion 2005/06:So528	Surrogatmoderskap

Statens offentliga utredningar

SOU 1983:42	Barn genom insemination
SOU 1985:5	Barn genom befruktning utanför kroppen
SOU 1987/88:26	
SOU 1989:98	Transplantation - etiska, medicinska och rättsliga aspekter
SOU 1989:99	Organdonation och transplantation - psykologiska aspekter
SOU 1992:16	Kroppen efter döden
SOU 2001:10 d1	Förhållandena för barn i homosexuella familjer
SOU 2007:3	Föräldraskap vid assisterad befruktning

Departementsserien

DS 2000:51	Behandling av ofrivillig barnlöshet
DS 2004:19	Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella

Författningssamlingar

SOSFS 2002:13	Socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd om assisterad befruktning
---------------	--

SOSFS 2006:10 Socialstyrelsens föreskrifter om ändring i föreskrifterna och allmänna råden om assisterad befruktning

2. Övrig Litteratur

2.1. Tryckt material

Arv och anor. Årsbok för riksarkiven och landsarkiven, 1996, Stockholm.

Field, Martha, *Surrogate Motherhood*, Harvard University Press, 1988

Harris-short, Sonia, Miles, Joanna; *Family Law- text, cases and materials*, Oxford university press, 2007

Jönsson, Kutte, *Det förbjudna mödrskapet. En moralfilosofisk undersökning av surrogatmödrskap*, Bokbox förlag, 2003

Lowe, Nigel & Douglas, Gillian: *Bromley's family law*, 10th ed. Oxford university press, 2007

Lundin, Susanne, *Guldägget: Föräldraskap i biomedicinens tid*. Lund, Historiska media, 1997

Saldéen, Åke, *Barnets rätt till sitt ursprung, Rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström*, Iustus förlag 1996 s. 249-273

Saldéen, Åke, *Barn- och föräldrarätt*, 5 uppl. Iustus förlag, 2005

Singer, Anna, *Föräldraskap i rättslig belysning*, Iustus förlag AB, Uppsala 2000

Tännsjö, Torbjörn, *Manipulerat Liv. Från konception till obduktion*, Bokförlaget Thales, 1993

Tännsjö, Torbjörn, *Göra barn- en studie i reproduktionsetik*, Sesam Special. 1991

Övrigt internet

Bogdan, Michael, *Internationellt privaträttsliga aspekter av äggdonation och surrogatmoderskap*, SvJT 2002, s. 745 ff.

Ryrstedt, Eva, *Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer*, SvJT 2003 s.571 ff.

Spar, Debora (2005) *For love and money: the political economy*

of commercial surrogacy, Review of International Political Economy, 12:2, 287 - 309

van Zyl, Liezl; van Niekerk, Anton, *Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood*. (2000) Journal of medical ethics, vol. 26 nr 5 s. 404-410, Ebsco

Pinkerton, Thomas M. Esq. *Surrogacy and egg donation law in California*, <http://www.surrogacy.com/legals/article/calaw.html>.

Söderström- Anttila, Viveca, Blomquist, Tom, et.al. *Experience of in vitro-fertilization surrogacy in Finland*, Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica 2002, vol.81,

Statens medicinskt- etiska råd, 1995-04-05 Assisterad befruktning – synpunkter på vissa frågor i samband med assisterad befruktning

<http://www.bo.se>

<http://www.creatingfamilies.com>

<http://www.leginfo.ca.gov>

<http://www.manskligarattigheter.gov.se>

<http://www.opsi.gov.uk>

<http://www.riksdagen.se>

<http://www.surrogacy.org.uk>

Rättsfallsförteckning

Nytt Juridiskt arkiv

NJA 1973 s.43
NJA 1973 s. 62
NJA 1983 s. 320
NJA 2006 s. 505
NJA 2007 s. 684

Publicerade Hovrättsavgöranden

RH 1996:91

Opublicerade Hovrättsavgöranden

Svea Hovrätt 1995_02-17, mål nr B 3100/94

JO:s ämbetsberättelse

1989/90 s. 223-229

Utländska rättsfall

England 1	The Amptill Peerage Case (1977) AC 547
England 2	In re CB” (1985)
England 3	A v. C (1985)
England 4	In re Adoption Application (payment for adoption) (1987) Fam. 81
England 5	IN re Q (parental order) 1996
England 6	Briody v. St Helen’s & Knowsley Area Health Authority (2001)
USA 1	In the matter of Baby M., N.J. 396 (1988)
USA 2	Johnson v. Calvert (1993) 5 Cal.4th 84
USA 3	Buzzanca v. Buzzanca, 61 Cal. App. 4th 1410 (Cal. Ct. App. 4th 1998)
USA 4	In Re Marriage of Moschetta, 25 Cal. App. 4th 1218 (Cal. Ct. App. 4th 1994).