



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Rosqvist

Rätt att bli förälder eller rätt till
föräldrar?
– en belysning av rättsligt
föräldraskap

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Universitetslektor Eva Ryrstedt

Familjerätt

HT 2004

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte	5
1.2 Metod	6
1.3 Disposition	8
2 GÄLLANDE RÄTT	9
2.1 Föräldraskapsdefinitioner	9
2.2 Fastställande av faderskap	10
2.3 Assisterad befruktning	14
2.3.1 Fastställande av faderskap för spermadonator- T314-01	19
2.4 Övrig relevant lagstiftning	20
2.4.1 Lag (1958:642) om blodundersökning m.m.	20
2.4.2 Internationella faderskapsfrågor	21
3 RELEVANT HISTORIK	22
3.1 Inledning	22
3.2 Fastställelse av faderskap ur ett historiskt perspektiv	23
3.2.1 Faderskapsregleringen fram till 1917	23
3.2.2 Faderskapsregleringen från 1917 till 1949	25
3.2.3 Faderskapsregleringen från Föräldrabalkens införande till 1970-talet	27
3.2.4 Faderskapsregleringen från 1977 till gällande rätt	30
3.3 Äktenskapets historia	31
3.3.1 Reflektioner kring äktenskapets betydelse i ett samhällsperspektiv	33
4 MATER EST-PRESUMTION & ALTERNATIVA LÖSNINGAR	35
4.1 Inledning	35
4.2 Moderskapspresumtionen	36
4.3 Ds 2004:19- "Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella"	38

5	PRINCIPEN OM "BARNETS BÄSTA"	43
6	REVIDERING AV GÄLLANDE RÄTT	47
6.1	Inledning	47
6.2	Hävande av faderskapspresumtionen	47
6.2.1	Fastställande av faderskap genom bekräftelse	53
6.3	Införande av assisterad befruktning för homosexuella partner/sambor	55
6.3.1	Moderskapspresumtionen	58
6.3.2	Bekräftelse av moderskap	59
6.4	Lagreglerad upplysningsplikt	61
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	65
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	68

Sammanfattning

Den här uppsatsen behandlar det rättsliga föräldraskapet, det vill säga föräldraskap som medför rättsverkningar både för barnet och för dess föräldrar. Rättsligt föräldraskap uppkommer vid naturlig befruktning, assisterad befruktning och genom adoption. Adoptionsaspekten lämnas dock utanför i den här uppsatsen.

Den röda tråden är barnets rätt till föräldrar. I de fall då det endast finns en rättslig förälder, eller då barnet förvisso har två föräldrar men då dessa inte är barnets biologiska eller genetiska föräldrar bör barnet upplysas om detta. Däremot handlar det inte om någon befintlig rätt att bli förälder. Att bli förälder är ett starkt behov, men inte en rättighet.

Som regleringen vid fastställande av faderskap ser ut idag presumeras mannen i äktenskapet vara far till det barn som föds inom äktenskapet. Någon likvärdig reglering finns inte för samboende utan dessa får istället avlägga en bekräftelse om faderskap. Möjlighet att fastställa faderskapet genom dom finns likaså. Vid assisterad befruktning anses den make eller sambo som lämnat samtycke till inseminationen som rättslig far under förutsättning att det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet avlats genom inseminationen. Även i dessa fall blir de äkta makarna automatiskt föräldrar, medan sambor måste avge en bekräftelse. Regleringen kring erhållandet av faderskap går tillbaka till de tidiga rättssamhällena där äktenskapet spelade en betydligt mycket väsentligare roll än vad institutet gör idag. Ändå väljer vi att hålla fast vid regleringen.

Lagstiftaren beaktar nu möjligheterna för homosexuella partner/sambor att få tillgång till möjlighet att genomgå assisterad befruktning. Själv anser jag att det redan vid införandet av möjligheten för homosexuella att adoptera visade vilket håll samhället ville gå. Att vid behov låta det biologiska föräldraskapet, och därmed det naturliga föräldraskapet av två föräldrar med olika kön, stå tillbaka för att kunna beakta barnets intresse av att få två föräldrar som kan tillgodose dess behov anser jag vara utgångspunkten för vår föräldraskapsreglering. Jämförelser mellan hur barnets intresse tillvaratas genom adoption och assisterad befruktning kommer att göras trots att skillnaden däremellan är stor. Idag sker insemination privat för de föräldrar som önskar ett biologiskt barn men inte uppfyller de rekvisit som lagen uppställer. Då det gäller att se till att alla föräldrar, och i förlängningen deras barn, åtnjuter likvärdiga möjligheter bör ett införande av assisterad befruktning även för homosexuella göras. Barn som tillkommit genom privat insemination borde få ett likvärdigt skydd som det som uppstår för barn som tillkommit genom assisterad befruktning. Det är samhällets skyldighet att ge alla barn likvärdiga levnadspremissor, oavsett hur konceptionen skett.

När det gäller fastställande av moderskap vid assisterad befruktning har det som förslag lagts fram en motsvarighet till faderskapspresumtionen. Moderskapspresumtionen skulle gälla de kvinnor som registrerat partnerskap, medan de kvinnor som lever i samboförhållande skulle fastställa moderskapet genom bekräftelse. Då den särbehandling mellan makar och sambor som idag sker vid fastställande av faderskap inte är legitim borde inte heller en moderskapspresumtion införas då en särbehandling av registrerade partner och sambor skulle uppstå även i det fallet. Vidare baseras faderskapspresumtionen på att ett biologiskt riktigt faderskapsfastställande i de allra flesta fall sker, vilket inte kan vara fallet om en moderskapspresumtion skulle införas. Förslaget om ett införande av en moderskapspresumtion avvisades i riksdagen och en utredning tillsattes för att se över andra möjligheter av fastställande av moderskap i dessa fall.

Faderskapspresumtionen anser jag inte vara legitimerad i dagens samhälle. Ett särskiljande av makar och sambor görs, främst på grund av att presumtionen i de allra flesta fall anses ge ett materiellt riktigt faderskap. Äktenskapet har inte samma betydelse i samhället som det tidigare haft och samboskap är en vanlig samlevnadsform som tas nästan lika seriöst som äktenskap. Då presumtionen inte går att tillämpa på samboskap bör regleringen förändras då särbehandlingen inte är legitim. I ett barnperspektiv är rätten till kunskap om sitt ursprung viktig. Likaså är ett materiellt riktigt fastställande viktigt både för barnet och för den man som ses som fader. Faderskapspresumtionen borde hävas och ersättas av att faderskapet fastställs genom bekräftelse eller dom. Detsamma bör gälla vid fastställande av moderskap vid assisterad befruktning.

Slutligen förespråkas ett införande av upplysningsplikt för föräldrar till barn som tillkommit genom assisterad befruktning. Barnets behov av att få vetskap om sitt ursprung borde vara det primära. Som regleringen ser ut idag sker upplysning till föräldrarna vid den lämplighetsprövning som behandlande läkare gör då det tas ställning till huruvida paret anses lämpliga som föräldrar och därmed får genomgå assisterade befruktning. Lagstiftarna har ansett denna upplysning vara tillräcklig. I en undersökning som gjordes bland de föräldrar som under en viss tidsperiod genomgick behandling har det visat sig att många föräldrar underlåter att berätta för sitt barn trots att de vet om barnets intresse av att få vetskap. För att belysa vikten av upplysning anser jag att samhällets ståndpunkt i frågan bör tydliggöras genom ett införande av upplysningsplikt.

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
DNA	Deoxyribonucleinsyra, kemisk substans i kromosomerna.
Ds	Departementsserie.
FB	Föräldrabalken (1949:381).
HD	Högsta domstolen.
InsemL	Lag (1984:110) om insemination.
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet.
LBuÄ	1917 års lag om barn utom äktenskap.
LU	Lagutskottet.
LÄB	1917 års lag om äktenskaplig börd.
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv.
Prop.	Regeringens proposition.
RFSL	Riksförbundet för sexuellt likaberättigade.
RH	Rättsfall från hovrätterna.
SamboL	Sambolagen (2003:376).
SFS	Svensk författningssamling.
SOU	Statens offentliga utredningar.
SvJT	Svensk juristtidning.
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap.
TR	Tingsrätt.
ÄktB	Äktenskapsbalk (1987:230).

1 Inledning

I nationell reglering har det länge gjorts skillnad mellan barn födda inom äktenskapet, ”äkta” barn, och barn utom äktenskapet, ”oäkta” barn. Divergensen i ordbruket går att spåra tillbaka till landskapslagarna. Successivt har termerna kommit att användas allt mindre, tills de på 1970-talet togs ur bruk helt, men särskiljande reglering finns fortfarande kvar. Främst är det faderskapsregleringen och erhållande av rättsligt föräldraskap som skall tas upp här.

Sedan århundraden tillbaka har äktenskapet varit det alternativ man haft att tillgå om man velat leva i ett legitimt parförhållande.¹ Äktenskapet sågs länge som ett obrytbart förbund. Genom äktenskapet erhöles en plats i bogemenskapen, vilket var mycket viktigt i den tid då familjen var en stark enhet.

Vanligare förekommande sedan de tre, fyra senaste decennierna är den seriella monogamin. Med detta menas att man lever med en person i taget, men att partnern byts ut. Detta resulterar i att många familjer numera består av barn med olika biologiska föräldrar, men desto fler ”sociala” föräldrar.² Allt färre väljer att leva i bundna former och samboskap är en vanlig företeelse. Likaså familjebildningar bestående av samkönade föräldrar blir successivt vanligare. Sedan 1991 har homosexuella par möjlighet att registrera partnerskap. Från och med 2003 regleras heterosexuellt och homosexuellt samboskap i en och samma sambolag. Reglerna har kommit att ändras och införas i enlighet med den strävan samhället har att göra vår lagstiftning neutral, oberoende av bland annat kön och sexuell läggning.

Vid föräldraskapsfastställande har vi kvar en särbehandling av samboende och äkta makar. Faderskapets fastställande grundas i pater est-presumtionen, faderskapspresumtionen, vilken endast gäller för äkta makar. Faderskapspresumtionen har ett historiskt ursprung som bottnar i barnaproducerande i ett äktenskapligt perspektiv. Vi har starkt tagit avstånd från uppdelningen mellan äkta och oäkta barn, men samtidigt har vi kvar en reglering som särskiljer barn på detta sätt. Har regleringen legitimitet i dagens samhälle?

Frågan aktualiseras när vi diskuterar huruvida vår lagstiftning är neutral oavsett föräldrarnas sexuella läggning. Särskilt intressant är den aktuella diskussionen kring ett eventuellt införande av assisterad befruktning även för lesbiska registrerade partner och hur frågan om det rättsliga

¹ NJAII 1917 s.363, ”Endast den förbindelse mellan man och kvinna som får formen av äktenskap erkännes av samhället såsom legitim. Samhällets ogillande av de illegitima förbindelserna har fått sitt uttryck jämväl däri, att frukterna av sådana förbindelser, de oäkta barnen, erhållit en sämre rättsställning än den, som tillkommer de äkta”.

² Walin, Vängby, ”Föräldraskapet. En kommentar. Del I”, Norstedts Juridik AB, Göteborg 2001, kap.1 s.3.

föräldraskapet då skulle regleras. Förslag har lagts fram om ett införande av en moderskapspresumtion skulle göras då föräldrarna registrerat partnerskap eller om den ickebiologiska föräldern skall ges möjlighet att avge bekräftelse.

Vidare kommer här att behandlas hur föräldraskapsregleringen skall utformas med barnets bästa för ögonen. Barn har rätt till en trygg och harmonisk uppväxt. Barn ses som extra skyddsvärda på grund av sin utsatta position. Då de inte kan påverka sin situation själva måste lagstiftaren ta sig an en beskyddande roll och ta sig an uppgiften att utforma regleringen så att alla barn får samma rättigheter, oavsett till exempel om deras föräldrar är samkönade eller om föräldrarna ingått äktenskap. Fördjupning kring barnets rätt att få kunskap om sitt ursprung kommer också att ske. Som det ser ut idag har ett barn som tillkommit genom insemination rätt att ta del av donatorns identitet genom de journalanteckningar som görs då föräldrarna genomgått assisterad befruktning. För att kunna ta reda på sitt ursprung måste barnet ha fått vetskap om att assisterad befruktning skett och därför kommer vikten av att en upplysningsplikt åläggs föräldrarna att belysas.

Som synes, det finns många intressanta frågeställningar kring det rättsliga föräldraskapet och här tar resan sin början!

1.1 Syfte

Syftet med min uppsats är att undersöka hur det rättsliga föräldraskapet regleras i gällande rätt. Jag har dock valt att inte behandla adoption överhuvudtaget utan koncentrerar mig på fastställande av faderskap, fastställande av moderskap och den speciella problematiken kring assisterad befruktning.

Enligt gällande rätt fastställs faderskap antingen automatiskt, genom faderskapspresumtion, eller genom att fadern avger bekräftelse. Regleringen grundades i ett samhälle då äktenskapet var ett starkt institut. Vidare legitimerades regleringen utifrån synsättet att ett materiellt riktigt resultat skulle komma att uppnås i de allra flesta fall. Uppsatsen syftar till att belysa faderskapspresumtionens legitimitet, eller icke-legitimitet, och den skillnad regleringen gör på makar och sambor. Då ett hävande av faderskapspresumtionen förespråkas måste föräldraskapsregleringen följaktligen revideras. Förslag på hur denna revidering skulle gå till kommer att framläggas i denna uppsats.

Syftet är likaså att undersöka om en möjlighet för lesbiska registrerade par och sambor att genomgå assisterad befruktning bör införas och hur föräldraskapet i sådana fall skall regleras. Innan ett införande av vidgade möjligheter för lesbiska par kan ske måste regleringen av det rättsliga föräldraskapet revideras. Det har nu framlagts förslag både om moderskapspresumtion för registrerade partner och erhållande av föräldraskap antingen genom bekräftelse eller genom dom. I uppsatsen

kommer problematiken att ventileras och jag kommer att ta ställning, både vad gäller införande av möjligheten till assisterad befruktning för lesbiska par och hur en reglering om det rättsliga föräldraskapet bäst skulle kunna utformas.

Fastställande av det rättsliga föräldraskapet bör göras med barnets bästa i beaktande. Huruvida befintlig reglering beaktar barnperspektivet kommer också att belysas och om revidering på denna grund annars är nödvändig.

Vidare reflekterar jag över huruvida en upplysningsskyldighet för föräldrar att berätta om barnets tillkomst för barnet bör införas eller om tillvägagångssättet som används idag uppfyller barnets rätt att få vetskap om sitt ursprung. Plädering för ett införande av upplysningsplikt kommer att göras.

Sammanfattningsvis vill jag med den här uppsatsen belysa hur det rättsliga föräldraskapet regleras, de bakomliggande orsakerna till regleringens utformande och om samhällets förändringar kräver revideringar i nu befintlig gällande rätt för att åstadkomma en likvärdig bedömning för alla föräldrar. Tillgodoses barnets intressen på bästa sätt som föräldraskapsregleringen ser ut idag eller kan barnets ställning förbättras?

1.2 Metod

Metoden jag använder mig av är deskriptiv till den grad att redovisning av gällande rätt och historiken där bakom tas upp. Förarbeten studeras och juridisk doktrin tillsammans med relevanta artiklar och praxis behandlas likaså. Analysen kommer främst att ske utifrån Anna Christensens teori om normativa grundmönster.

Anna Christensens teori om de normativa grundmönstren har främst frambringats och utarbetats i regleringen kring den sociala dimensionen. Den sociala dimensionen är ett begrepp som växt fram i den europeiska unionens rättssystem. Begreppet syftar på den del av rätten som direkt berör alla individer i det dagliga livet.

Rätten består av olika normer. Rättens tillkomst, bibehållande och behov av revidering är beroende av normativa grundmönster och normativa fält. Normativa grundmönster har en moralisk rättsbildande effekt. De går att urskilja då de går igen i olika sammanhang men är i grunden bestående av en och samma konsistens. De normativa grundmönstren härstammar från de moraliska sedvänjor som har arbetats fram i samhället och som sedan kodifierats till juridiska regler.³

³ Christensen, Anna, ”Skydd för en etablerad position- ett normativt grundmönster”, TfR 4/96, s.522, 525, 527.

Varje normativt mönster har sin funktion. Ett mönster kan dominera men det går sällan att hitta ett renodlat mönster. Mellan mönstren råder ständig konflikt. De ingår inte i något system eller i någon hierarki, eller som Christensen uttrycker sig: "Juridiken är att ses som ett medium utan någon central styrning, där olika normativa mönster flyter omkring och påverkar varandra."⁴ Varje mönster har sin funktion och likaså har mönstret olika betydelser vid olika tidpunkter. De olika poler som Christensens teori talar om pendlar fram och tillbaka. När skyddet för de mänskliga behoven ökar minskar behovet av skyddet för den etablerade positionen. Om utvecklingen går mot att de sociala behoven hindras ökar kraven på att skyddet för den etablerade positionen förstärks. Faktorerna som spelar in reflekterar sig i tiden.⁵

De normativa mönstren rör sig inom det normativa fältet. Det normativa fältet är ett socialt fält vari juridiken befinner sig. De påverkas av de politiska vindar som blåser. Ett rättsligt reglerat område inom en del av fältet påverkas ofta av ett otal andra normativa mönster. Det normativa fältet är alltså det sociala fält vari den rättsliga regleringen kretsar.

Grundmönstren går även att ses som poler. De normativa polerna drar i den rättsliga regleringen hela tiden, vilket innebär att det inte går att titta på ett enskilt mönster utan man måste se till dess kontext. Det är inte så vanligt att hitta ett rent normativt grundmönster inom juridiken.

De olika polerna försöker att dra till sig den rättsliga regleringen. Polerna har varierande styrka. Deras dragningskraft beror på i vilken tid de olika mönstren befinner sig, men också vilken politisk laddning de besitter.⁶

För att göra det hela lite mer överskådligt gör jag här ett beskrivande exempel. Tänk dig att du har fyra motstående normativa poler. Det normativa fältet spänner mellan polerna. Tänk dig att du lägger en rättslig reglering mitt i detta fält. Hade de normativa grundmönstren varit konstanta hade den rättsliga regleringen stabilt legat kvar i mitten av fältet. Så är dock inte fallet. Fältet är i ständig rörelse. Det påverkas som sagt bland annat av de samhälleliga förändringarna och hur de politiska vindarna blåser. De olika polerna har olika stark dragningskraft vid olika tidpunkter. En pol som var stark på 1700-talet kan vara både starkare eller svagare på 1800-talet. Samhällsförändringarna är i hög grad styrande. Mönstren uppstår vid olika tidpunkter, med olika relationstyper och för att tillgodose olika behov.

De normativa mönster som ofta avspeglas i den sociala dimensionen är skyddet för etablerad position och det marknadsfunktionella mönstret. Dessa två mönster fungerar som bipoler till varandra. Skyddet för den etablerade positionen finns inom alla områden inom den sociala dimensionen. Poängen

⁴ Christensen, TfR 4/96, s.531.

⁵ Christensen, TfR 4/96, s.529, Numhauser-Henning, Ann (red.), "Normativa perspektiv- Festskrift till Anna Christensen", Juristförlaget i Lund, Lund, 2000: Hydén, Håkan, "Normativa grundmönster- mot en teori om rättsliga förändringsprocesser", s.148.

⁶ Christensen, TfR 4/96, s.529, 531-532.

är att positionen skyddar endast den som redan har etablerat en viss position och grundmönstret ses som ett konservativt sådant. Det spelar alltså ingen roll hur skyddet har uppstått. Mönstret skyddar det bestående och är nästan att ses som ett hinder mot förändringar som hotar det gällande läget. Det marknadsfunktionella äganderättsmönstret ser däremot på förändringar som något positivt. Mönstret innefattar äganderätt i kombination med det fria avtalet och näringsfriheten. Det marknadsfunktionella äganderättsbegreppet syns tydligt i den moderna marknadsekonomin och belyser tydligt den rättsliga regleringens rörelse över tiden.⁷

När det gäller äktenskapet och dess utveckling kan man förvisso dra paralleller med det marknadsfunktionella mönstret men det skall dock göras med försiktighet. Ett mer generellt, övergripande mönster är dock synligt just när det gäller äktenskapets utveckling. Det är äktenskapets utveckling från status till kontrakt. Likt andra normativa grundmönster går det inte att finna status/kontraktsförhållandet som renodlat begrepp i realiteten. Inom familjerätten har skyddet för etablerad position försvagats, kanske till och med helt försvunnit. Fokusering låg på redan uppnådd position. Tidigare synliggjordes mönstret genom huvudregeln att äktenskapet skall vara beständigt och vidare i regleringen kring underhåll efter äktenskapet och de änkepensioner som tidigare fanns.⁸ Det övergripande normativa mönstret kommer att behandlas vidare i kapitel 6.1.

1.3 Disposition

Inledningsvis kommer en redovisning av gällande rätt vid faderskapsfastställelse och därtill för uppsatsen relevant lagstiftning att göras. Faderskapet kommer att tas upp ur ett historiskt perspektiv, vilket följs av en kortare överblick av historiken bakom äktenskapsinstitutet med syfte att belysa äktenskapets betydelse i samhället. Därefter redovisas vad de utredningar kom fram till som behandlat frågan om erhållande av rättsligt föräldraskap om assisterad befruktning för lesbiska par införs. Redovisning för vilka riktlinjer lagstiftaren har att beakta vid utförande av reglering som särskilt påverkar barn tas därefter upp. Avslutande kapitel behandlar de, enligt författaren, nödvändiga förändringar i gällande rätt som bör göras.

⁷ Numhauser-Henning, Hyden, s.123-125.

⁸ Christensen, TfR 4/96, s.528, 572.

2 Gällande rätt

2.1 Föräldraskapsdefinitioner

I detta kapitel behandlas gällande rätt. I uppsatsen används olika föräldraskapsbegrepp vilka behöver en närmare förklaring. Vidare tas regleringen kring fastställande av faderskap upp och reglerandet av assisterad befruktning, blodundersökning och internationella faderskapsfrågor behandlas likaså.

Föräldraskap har under de senaste decennierna kommit att kunna uppnås på fler sätt än på den naturliga vägen. När vi idag pratar om uppkomsten av föräldraskap avser vi konception⁹ både på naturlig men även på konstgjord väg. Vad det då talas om är fyra olika sorters föräldraskap: det biologiska, det genetiska, det sociala och det rättsliga föräldraskapet. Vad de här olika benämningarna på föräldraskap betyder kommer här att behandlas. Att tänka på är att det är i det närmaste omöjligt att hitta renodlade exempel på de olika definitionerna då de är så pass närliggande att de flyter in i varandra.

Det konventionella genetiska föräldraskapet behöver knappast närmare förklaring då innebörden av föräldraskapet ligger i dess benämning. Detsamma gäller det biologiska föräldraskapet, vilket går hand i hand med det genetiska. Dock, när det gäller det biologiska föräldraskapet finns det en situation då föregående förklaring blir en sanning med modifikation. Denna situation föreligger vid äggdonationer. En kvinna kan vara biologisk mamma genom att hon bär på någon annans donerade ägg och föder detta barn, men det innebär inte att hon likaså är barnets genetiska moder. Det sociala föräldraskapet är ett begrepp som går utanför det rättsliga föräldraskapet. Socialt föräldraskap innebär ett ansvar att omhänderta, vårda och uppfostra barnet. Exempel på ett sådant föräldraskap besitter bland andra fosterföräldrar. Det rättsliga föräldraskapet innebär just att föräldraskapet medför rättigheter och skyldigheter gentemot barnet. Det finns två situationer där ickebiologiska föräldrar får möjlighet att bli rättsliga föräldrar och det är vid insemination och vid adoption. I dessa fall prövas föräldrarnas lämplighet. Rättsligt föräldraskap erhålls genom faderskapspresumtion, bekräftelse, adoption och, vid assisterad befruktning, genom samtycke.

Att olika kombinationer av föräldraskap är möjliga är förståeligt, eftersom, som tidigare nämnts, föräldraskap oftast inte renodlat går att kategorisera. Att sätta likhetstecken här emellan låter sig inte göras så lätt som man kanske vid en första anblick kan tro, samtidigt som skillnaderna inte skall överdrivas då det ena föräldraskapet inte utesluter det andra.¹⁰

⁹ Konceptionstiden är den tid inom vilken befruktande samlag kan ha förekommit.

¹⁰ Rädde Barnen, *"Barnlöshet och barnets bästa- teknik och Etik"*, Rädde Barnens Förlag, Falun, 1996, *"Inledning"*, s.9-27, Ek, Simone, s.23f., Ryrstedt, Eva, *"Den genetiska*

2.2 Fastställande av faderskap

Faderskap regleras i Föräldrabalken (1949:381), FB. I FB 1:1 fastställs pater est-presumtionen, eller mer vardagligt, faderskapspresumtionen.¹¹ Denna innebär att om modern är gift vid barnets födelse skall mannen i äktenskapet anses som barnets far. Detsamma gäller om modern skulle vara änka och barnet föds inom sådan tid att det kan vara avlat innan maken gick bort.

Talerätt om fastställande av faderskap har barnet genom FB3:5. I de fall då det inte finns någon fader fastställd enligt FB2:1 har socialnämnden skyldighet att väcka talan härom. I detta fall får även modern föra talan åt barnet. Talerätt om hävande av faderskap har fadern genom FB3:1 och barnet genom FB3:2 (om rätt att väcka talan gentemot barnets/faderns arvingar stadgas i dessa lagrum likaså).

Det finns vissa omständigheter som gör att maken, genom rättsens beslut, inte skall anses vara far till barnet. I FB1:2 behandlas hävande av faderskapspresumtionen. Om det är utrett att modern haft samlag med annan än mannen under den tid då barnet kan vara avlat och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har avlats av denne andra man skall presumtionen hävas. Även då det på grund av barnets arvsanlag eller annan särskild omständighet kan hållas för visst att mannen inte är barnets far, eller om barnet avlats före äktenskapet eller under det att makarna levde åtskilda och det inte är sannolikt att makarna har haft samlag med varandra under den tid då konceptionen skedde kan huvudregeln få stå tillbaka.¹² Vidare, om en annan man bekräftar faderskapet och maken godkänner detta skriftligen är maken inte heller i denna situation att anses som barnets far. Ett skriftligt godkännande av bekräftelsen från modern krävs dock.

Ett barn skall anses fött inom äktenskapet även om det dömts till äktenskapsskillnad så länge domen inte vunnit laga kraft. Det spelar alltså ingen roll om barnet avlats före eller under äktenskapet om barnet föds under äktenskapets bestånd. Om modern skulle vara gift men senare, på grund av någon omständighet, skilja sig och därefter gifter om sig så att barnet föds i det andra äktenskapet blir den sistnämnda maken far, även om barnet kan ha avlats i det första äktenskapet. Vidare om modern varit gift,

utvecklingens rättsliga implikationer", SvJT2003, häfte 5-6, s.554, Singer, Anna, "Föräldraskap i rättslig belysning", Iustus Förlag, Uppsala, 2000, s.42f., Singer, Anna, "En, två, ett par eller flera- Föräldraskap i det 21:a århundradet", SvJT2002, häfte 4, s.386.

¹¹ "Pater est" är en förkortning av den latinska frasen "pater est quem nuptiae demonstrant" vilket betyder att fader är den som äktenskapet utvisar.

¹² NJA 1979 s.442, resning i faderskapsmål. Faderskapspresumtionen upphävdes då den ena tvillingen kunde utesluta att mannen var dennes pappa då blodundersökningen visade på det. Vidare, då det gäller regeln om att makarna levte åtskilda så ligger bevisbördan på den som påstår att makarna inte levte tillsammans.

men barnet föds efter äktenskapets upplösning, bryts faderskapspresumtionen. Avlider mannen bryts inte presumtionen om det kan antas att den avlidne var fadern.¹³

När faderskapspresumtionen faller bort, eller om rätten meddelat förklaring om att mannen i äktenskapet inte är far till barnet enligt FB1:2 1st., bekräftas faderskapet genom bekräftelse eller genom dom, FB1:3. Bekräftelse av faderskap skall ske skriftligen med två vittnen. Skriftliga godkännanden av socialnämnden och av modern krävs. I de fall då en särskild förordnad vårdnadshavare finns skall denne lämna godkännande likaså. Om barnet är myndigt, eller inte står under någons vårdnad enligt FB6:2, krävs barnets godkännande. Socialnämnden får endast lämna sitt godkännande om det kan antas att mannen är far.

Faderskapsbekräftelse kan också lämnas före barnets födelse. Om det senare visas att den som lämnat bekräftelsen inte är far skall rätten förklara bekräftelsen verkningslös gentemot mannen, vilket står att finna i FB1:4. För att faderns bekräftelse och moderns godkännande skall få rättslig giltighet krävs att de besitter sådan rättslig handlingsförmåga att de förstår innebörden av sina handlingar. Uppnådd myndighetsålder är inte ett rekvisit, men föräldrarna bör besitta en viss mognad. Detsamma gäller för barnet i de fall där barnet avger sitt godkännande.

Om mannen senare drar tillbaka sin bekräftelse kan stora problem komma att uppstå. Även om mannen frivilligt gått med på att bekräfta sitt faderskap kan han senare föra talan om upphäva beslutet. Blodprov kan då tas för att klarlägga situationen.¹⁴

Då faderskap fastställs genom dom skall rätten förklara en man vara far om det är utrett att han har haft samlag med barnets moder under den tid då barnet kan vara avlat och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har avlats av honom, FB1:5. Den här paragrafens relevans håller allt mer på att urholkas. Orsaken härtill är möjligheterna med DNA-tekniken som gör det möjligt att i största möjliga mån utesluta en man som far. I Ds2004:19 lades fram ett förslag på att om det är utrett genom en DNA-analys att barnet avlats av mannen i fråga skall det inte behövas någon annan bevisning om att mannen haft samlag med modern. Rättsmedicinalverket kräver i sin praxis att faderskapssannolikheten minst är 99,9%. I andra fall kan en DNA-analys anses vara tillräcklig om det finns annan information som styrker bevisvärdet. Annan information exemplifieras genom parts- eller vittnesförhör och expertutlåtanden. Bevislättningen i FB1:5 bör dock kvarstå i de fall då det inte kan utredas att barnet avlats av den aktuella mannen.¹⁵

¹³ Walin, Vängby, kap.1, s.5-11.

¹⁴ Walin, Vängby, kap.1, s.13ff.

¹⁵ Walin, Vängby, kap.1, s.13ff., Ds2004:19, "Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella", s.44, 66-68. För utvecklingen i praxis se NJA1984 s.49, NJA1985 s.236I, NJA1998 s.184 och NJA1998 s.598. Se mer under Saldeens åsiktsframförande senare i kapitlet.

DNA-utredningar har utförts sedan slutet av 1980-talet i Sverige. Till en början användes undersökningarna sparsamt men från 1995 har DNA-tester använts i alla faderskapsundersökningar. Årligen registreras cirka 2000 faderskapsärenden. I relation till antalet födda barn i Sverige motsvarar faderskapsärendena ungefär 2 %. I tre av fyra av dessa fall rör det sig om en man, ytterst få av resterande fall handlar om tre eller fler presumtiva fäder. Uteslutningar kan ske i 99,94 % av fallen. Därmed kan sägas att sannolikheten för att någon som verkligen är far blir utesluten vid en sådan undersökning är mycket liten.¹⁶ Efter att testen infördes finns det inte något fall där två män kvarstått som sannolika fäder efter att testet utförts.

Saldeen förespråkar en uttalad generell faderskapsregel **vid sidan av** faderskapspresumtionen. Detta överensstämmer också med det senaste förslaget som kommit från departementet, Ds2004:19. Med denna regel skall en faderskapstalan kunna bifallas oavsett bevisning om samlag föreligger eller inte. Utvecklingen inom DNA-tekniken utgör så pass stark bevisning för om den svarande skall anses vara far att det sällan skulle behöva fästas vikt vid andra omständigheter. Ett undantag skulle vara i de fall då någon nära anhörig till svaranden skulle kunna vara far. Saldeen pekar på ett antal fall där en sådan generell faderskapsregel har fått genomslag.¹⁷

I NJA1984s.49 hade underrätterna ogillat faderskapstalan då samlagsrekvisitet inte ansågs styrkt. Mannen sades sig ha haft samlag med kvinnan men inte under konceptionstiden. Genom blodundersökning hade faderskapsindex kommit att uppnå en sannolikhet på 99,9 %. HD fastställde här faderskapet trots att samlag mellan parterna inte ansågs vara styrkt. Vidare menade HD att då FB1:5 utformats för att vara en presumtionsregel, för att ge barnet en bevislättnad, kan man tillåta att allmänna bevisregler tillämpas när möjligheten finns men bevisreglerna skall användas med stor försiktighet. Moderns påstående att samlag under konceptionstiden skett med svaranden måste vara starkt men inte helt tillräckligt för att bevisa att samlag skett. De blodundersökningar som görs måste också visa på att sannolikheten är hög att svaranden är barnets far. Andra omständigheter får inte göra att starkt tvivel föreligger angående vem som skall anses som far, till exempel då fler presumtiva fäder finns med i bilden. Vid en bedömning av bevismaterialet ansåg HD att möjligheten att mannen inte var barnets far var väldigt avlägsen. De ansåg faderskapsfrågan vara utredd i tillräcklig grad för att kunna fastställa faderskapet.¹⁸

Både i NJA1985 s.236I och II bifölls faderskapstalan trots att det inte ansågs vara styrkt att samlag vid konceptionstiden skulle ha skett. I båda fallen hade dock blodundersökningar visat på hög faderskapssannolikhet.

¹⁶ Se vidare ”Faderskapsundersökningar med DNA-teknik”, Rättsgenetiska institutionen vid Rättsmedicinalverket.

¹⁷ Saldeen, Åke, ”DNA-teknik och fastställande av faderskap”, JT1998-99, s.174, 185.

¹⁸ Saldeen, JT1998-99, s.175f.

I NJA 1998 s.184 fastställde Högsta Domstolen att den utpekade mannen var far till barnet, trots att den muntliga bevisningen var alltför svag och därför inte kunde påvisa att mannen haft samlag med modern vid tiden för konceptionen. Beslutet grundades däremot på DNA-testresultatet där värdena var så pass höga att sannolikheten att mannen var barnets far var mycket starkt. I tidigare faderskapsfall har blodgruppsstatistiskt index fått väga tungt då den muntliga bevisningen kring samlagsrekvisitet inte varit tillräckligt för att kunna fastställa faderskap. I och med detta rättsfall fastställdes att även då presumtionsregeln inte är styrkt kan en positiv fastställsetalan göras då ett DNA-test utvisar en hög sannolikhet.¹⁹

Ett barn kan föra talan om både fastställande av faderskap men också att en viss man skall anses vara far, under förutsättning att mannen uppfyller paragrafens rekvisit. Detta benämns positiv bördstalan. En man kan däremot inte föra positiv bördstalan, vilket skulle innebära en talan om att en man gör anspråk på att vara far till ett barn.²⁰

I andra kapitlet FB behandlas de fall där socialnämnden medverkar vid fastställande av faderskap. Socialnämnden ses då som ställföreträdare för barnet. Socialnämnden är skyldig att försöka utreda faderskapet till barnet i de fall barnet står under någons vårdnad men då faderskapspresumtionen inte kunnat tillämpas. Även om det står att barnet skall stå under någons vårdnad så innebär inte det att det faktiskt skall finnas en vårdnadshavare. Om modern avlidit och barnet därför inte har en vårdnadshavare skall rätten på anmälan av nämnden förordna en vårdnadshavare enligt FB 6:9 2st. Det är då primärt fadern som skall utses, vilket blir problematiskt då man inte vet vem fadern är. Barnet måste inte vara svensk medborgare men dock äga hemvist i Sverige.

Även om modern inte vill medverka till faderskapets fastställande skall ett fastställande försöka göras. Moderns underlåtenhet att medverka påverkar dock chanserna till att erhålla underhållsstöd. Om barnet bor hos sin mor och hon utan giltigt skäl inte medverkar till att försöka fastställa faderskapet är barnet ej berättigat till underhållsstöd, Lag (1996:1030) om underhållsstöd, 4 § 1p. Moderns upplysningsskyldighet regleras vidare i FB2:4.

Nämns skall att socialnämndens skyldigheter vid faderskapsutredningar hittas i FB2:5-9 och i kungörelse (1973:810) om socialnämndens medverkan vid fastställande av faderskap m.m.²¹ Processuella regler i faderskapsmål hittas i FB:s tredje kapitel. Dessa mål är indispositiva då det är i samhällets

¹⁹ Saldeen, JT1998-99, s.174, 176-180, Ryrstedt, SvJT2003, häfte 5-6, s.567. Utgången i NJA1998 s.184 bekräftades ytterligare en gång i NJA1999 s.598. Walin, Vängby, kap.1, s.17ff.

²⁰ Se Nja 1996 s.657 där kvinna ville att domstolen skulle fastslå att hon var född inom äktenskapet mellan två bestämda personer som hon ansåg vara hennes föräldrar. Se även NJA1970 s.347 där HD fastställde att en man inte har rätt att föra en positiv fastställsetalan. Mannen får istället försöka gå genom barnet för att föra en sådan talan.

²¹ Walin, Vängby, kap.2, s.3ff.

intresse att barns rättsliga status fastställs och att denna status överensstämmer med det verkliga förhållandet.

2.3 Assisterad befruktning

Både makeinsemination och givarinsemination har utomlands skett sedan 1860-talet och i Sverige sedan 1920-talet. Faderskapet fastställdes via faderskapspresumptionsregeln eller genom bekräftelse eller genom dom. Trots detta har förekomsten varit oreglerad fram till 1980-talet och situationen har varit liknande runt om i Europa.²²

Numera regleras assisterad befruktning i Lag (1984:110) om insemination, InsemL, och Lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen. Insemination och befruktning utanför kroppen går under samlingsnamnet assisterad befruktning. Syftet bakom införandet var att ge barnet rättsligt skydd och betonade även vikten därav.²³ En, kanske förvånande, konsekvens av att lagen om insemination trädde i kraft var att den assisterade befruktningen med givarinsemination minskade kraftigt. Därefter har den successivt kommit att användas mer frekvent, men fram till socialstyrelsens utredning 1995, var inte givarinsemination lika utbrett som före lagens ikraftträdande.²⁴

För att få genomgå assisterad befruktning har båda lagarna som formkrav att kvinnan skall vara gift eller sambo och att det skall finnas ett skriftligt samtycke från maken respektive sambon. Den uppmärksamme läsaren noterar här att regleringen inte gäller homosexuella sambor eller partner. Denna problematik kommer att tas upp i ett senare skede. Genom samtycket blir den man som lämnat detta att anses som rättslig fader. Det är alltså inte den genetiske fadern, spermadonatorn, som erhåller de rättigheter och skyldigheter som det rättsliga föräldraskapet medför, se FB1:6. Ett av skälen här bakom är att givaren inte avsett att med sin donation bli far.²⁵

Från och med 2002 tillåts även äggdonation, vilket regleras i lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen. Rekvisiten är i stort sett desamma som för spermadonation. Enligt lagens 3 § måste dock antingen ägget eller spermerna komma från det aktuella parförhållandet eftersom barnet då delvis får en genetisk likhet med sina föräldrar. Fadern har ett genetiskt samband med barnet, medan modern förvisso inte besitter några genetiska band, då det inte är hennes ägg, men skall ändå ses som rättslig och biologisk mor då hon är den kvinna som föder barnet, FB1:7. Även då befruktning av moderns ägg skett utanför kroppen, eller då befruktning av annan kvinnas ägg skett, skall alltså den man som lämnat samtycke till

²² SOU1983:42, s.13.

²³ SOU1983:42, s.13, prop.1984/85:2, s.7.

²⁴ Singer, Anna, "Fastställande av faderskap efter 'privat' insemination", JT1995-96, s.1061. Statens Medicin- Etiska råd, "Assisterad befruktning- synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen", 1995-04-19, s.19.

²⁵ Singer, JT1995-96, s.1065.

inseminationen anses som far, om det är sannolikt med hänsyn till samtliga omständigheter att barnet avlats genom inseminationen, FB1:8.

Även här görs skillnad mellan gifta och ogifta föräldrar. Faderskapspresumtionen tillämpas för gifta även vid insemination. För ogifta måste mannen göra en bekräftelse som socialnämnden skall godkänna och enligt FB1:4 måste socialnämnden få veta hur barnet avlats för att kunna avge ett godkännande. Därför kommer en anteckning om att barnet tillkommit genom insemination göras hos socialnämnden. Diskussion fördes om att införa i folkbokföringen att ett barn avlats genom insemination, men av den regleringen blev det inget av.²⁶

En del av kritiken mot ett införande av äggdonation låg i att det biologiska moderskapet har större symbolvärde för den födande modern än vad spermadonation har för mannen. I de fall då barnet söker upp donatorn föreligger det en stor risk för att ett möte mellan modern och äggdonatorn skulle bli emotionellt komplicerat. Det menades också att det är svårt att se vilka psykologiska effekter för barnet en äggdonation skulle komma att få. Konsekvensen kan bli att mor/barn-relationen påverkas negativt från moderns synvinkel, särskilt om barnet ”uppvisar oönskade beteenden”. Vidare saknas det forskning på området vilket gör det svårt att bedöma eventuella risker.²⁷

Lagstiftaren ansåg dock att en ändring skulle ske. Bland annat ansågs att barnets intresse tillgodosågs då barnet även i dessa fall skulle få växa upp med två föräldrar och vidare att barnet är önskat, efterlängtat och planerat. Att medicinska skäl skall hindra äggdonation men inte spermadonation ansåg regeringen, i likhet med statens medicinetiska råd, inte vara godtagbart då barnet ges likvärdiga fortsatta förutsättningar. Äggdonation är dessutom ett relativt rutinmässigt ingrepp och innebär endast en liten risk för kvinnor i fertil ålder. Det genetiska sambandet mellan föräldrarna och barnet är delvis bevarat i båda situationerna. I samma veva infördes även insemination med annan man än makes eller sambos sperma då befruktning av kvinnans ägg sker utanför kroppen.²⁸

För att genomgå en assisterad befruktning krävs en lämplighetsprövning av ansvarig läkare. Utredningen skall bestå av dels en medicinsk bedömning, dels av en psykosocial utredning. Det är upp till läkarens bedömning huruvida paret skall tillåtas att genomgå assisterad befruktning. Kvinnans fysiska och psykiska hälsa bedöms liksom fruktsamheten hos både kvinnan och mannen. Även mannens psykiska hälsa kan spela in. Insemination bör inte ske då makarna kan få barn på naturlig väg eller om kvinnans hälsa allvarligt skulle komma att äventyras av en graviditet. Ansvarig läkare

²⁶ Ewerlöf, Göran, Sverne, Tor, ”Barnets bästa- om föräldrars och samhällets ansvar”, 4:e uppl., Norstedts Juridik AB Stockholm, 2004, s.138.

²⁷ Rädde barnen, Lindblad, Frank, s.39-54, ”Äggdonation- barnets perspektiv- Om skadliga följder, existentiella komplikationer och informationsproblem”, s.40ff.

²⁸ Rädde Barnen, Ek, s.19, prop.2001/02:89 s.21, 37-38, Ryrstedt, SvJT2003, häfte 5-6, s.557.

ansvarar för att föräldrarnas lämplighet som föräldrar utreds och deras förmåga att ge ett barn en uppväxt under goda förhållanden. Föräldrarna skall vidare få upplysningar om särskild problematik runt inseminationen. Inga lagstadgade åldersgränser infördes, men man sneglar på adoptionsregleringen där minimiåldern är 25 år och där 40-42 är den över åldersgränsen.²⁹

Läkarens utredning bör vara densamma vid äggdonation som vid spermiedonation men vid äggdonation skall dock kvinnans ålder särskilt beaktas då det är tekniskt möjligt att ge en kvinna ett ägg trots att kvinnan inte är i fertil ålder. Denna möjlighet bör dock inte ges då syftet med regleringen skall tillgodose en kvinna i fertil ålders önskan om att bli gravid. Ett införande av en absolut åldersgräns valdes dock bort vid lagstiftningen då en kvinnas fertilitetsålder varierar kraftigt. Men ålder skall alltså särskilt beaktas vid äggdonation.

Beslutar läkaren att insemination inte bör göras kan beslutet överprövas hos Socialstyrelsen. Går även Socialstyrelsens beslut mot föräldrarna kan de få beslutet överprövat till allmän förvaltningsdomstol.³⁰

Spermadonatorn/äggdonatorn är anonym men endast till en viss gräns då donatorns identitet skall föras in i barnets journal, vilken barnet kan begära att få tillgång till när det uppnått tillräcklig mognad. Ett utgivande av donatorns identitet ske om det skulle behövas i ett mål om faderskapsfastställande. Som regel skall dock barnet få reda på sitt ursprung/sin tillkomst, vilket är syftet bakom stadgandet om att barnet bör ha rätt att få vetskap om vem som är donator. Vid lagens tillkomst ansågs att donatorn tryggt skall kunna utgå från att läkaren beaktar de rekvisit som lagen uppställer. Även då det inte föreligger något giltigt samtycke till behandlingen skall donatorn ändå vara skyddad och kan alltså inte fastställas som far till barnet.³¹

Föräldrarna bör upplysa sitt barn om tillkomsten. Det lagtekniska utformandet är till förmån för barnet, men då det inte finns någon lagstadgad upplysningsplikt blir konsekvensen i realiteten att barnets rätt att få veta sitt ursprung tillgodoses endast då föräldrarna vill, och har ett intresse av, att berätta om barnets tillkomst för barnet.³²

Föräldrarna skall vara öppna mot sitt barn om omständigheterna kring dess tillkomst. Någon upplysningsskyldighet ansågs dock inte lämpad att reglera i lag. Den rådgivning och den psykosociala utredning som sker före inseminationen skall påvisa vikten för föräldrarna att vara öppna gentemot sitt barn och vara tillräckligt för att föräldrarna skall förstå vikten av barnets intresse i frågan. Det poängterades att det även kan finnas fall där

²⁹ Prop.1984/85:2, s.23f.

³⁰ Prop. 2001/02:89, s.35, prop.1984/85:2, s.25. Läkarens yrkesansvar regleras i allmänna läkarinstruktionen (1963:341). Se särskilt instruktionen 3 §.

³¹ Prop.1984/85:2, s.16, 29, prop.2001/02:89, s.46.

³² Ryrstedt, SvJT2003, häfte 5-6, s.561-562.

informationen inte skall ges till barnet då det inte skulle var förenligt med barnets bästa.³³

Hur många barn får då reda på sitt ursprung? Alla föräldrar som genomgått givarinsemination sedan lagens tillkomst fram till år 1997 intervjuades av Socialstyrelsen för att belysa problematiken kring upplysning till barnet.³⁴ Av dem är det 10 % som berättat för barnet hur det tillkommit. 40 % av föräldrarna menade sig dock ha intentionen att berätta för barnet någon gång i framtiden. 10 % var tveksamma över hur de skulle handla, medan 20 % menade att barnet inte skulle få vetskap överhuvudtaget. 20 % valde att inte svara alls. Av dem som valt att inte berätta för sitt barn hade drygt hälften berättat för någon annan, vilket innebär en ökad risk för att barnet får reda på hur det ligger till genom någon annan. Regeringen såg detta som en negativ utveckling och förslag på åtgärder diskuterades. Införande av anteckning i folkbokföringen togs åter upp till diskussion men avfärdades. Den sociala fadern är den rättslige fadern likaså och därför finns det inte någon anledning till upplysning om barnets tillkomst i folkbokföringen.³⁵ Samhället ansvarar för att metoder som används är etiskt försvarbara. Barn som tillkommit på detta sätt får ej utsättas för större risker eller ges sämre förutsättningar än de barn som föds efter naturlig befruktning. Då försiktighetsprincipen bör råda skall eventuella ökade risker för barnet följas upp. Att dölja ursprunget för vissa barn på grund av deras tillkomstsätt, då de allra flesta barn känner till sin härkomst, skulle även kunna anses strida mot rättvisepincipen.³⁶

Sveriges psykologförbund menade att barn är skickliga på att förstå om föräldrarna döljer något. Familjen löper risk att komplicera sin familjerelation då halvsanningar görs eller hemligheter bibehålls. Om barnet får reda på en sådan här viktig sak helt oplanerat och oförberett kan barnet bli chockat, vilket kan leda till utlösande av en kris för barnet. Detta kan i sin tur leda till att barnet utvecklar svekkänslor gentemot sina föräldrar. Förbundet påpekade dock vidare att det oftast inte är sanningen som är det svårhanterliga för barnet, utan föräldrarnas undanhållande av information. Likaså statens medicin-etiska råd påvisade vikten av att barnet måste få en möjlighet att ”grunda sitt liv på sanningen om sitt genetiska arv”.³⁷

Regeringen ansåg att föräldrarna bör upplysas om vikten av upplysning för barnet och att detta även i fortsättningen skall göras vid läkarens utredning. Psykologisk hjälp åt föräldrarna vilken syftar till att bearbeta barnlösheten kan hjälpa föräldrarna även då det gäller att berätta för sitt barn. Vidare kan praktisk vägledning vara behjälpligt och exempel ges på att utforma

³³ Prop.1984/85:2, s.15.

³⁴ Av alla föräldrar som genomgått givarinsemination svarade 76% på enkäten.

³⁵ Prop.2001/02:89, s.47, SoS rapport 2000:6, ”Får barn veta? Barn som fötts efter givarinsemination”.

³⁶ Prop.2001/02:89, s.23ff., Rädna Barnen- Ek, s.17.

³⁷ Prop.2001/02:89, s.22, 46-47. Se även gynekolog Claes Gottliebs artikel i DN, Insidan, 2/12-1995, ”Komma fram till information av misstag”.

särskilda barnböcker som behandlar situationen. Socialstyrelsen bör medverka till att situationen underlättas för föräldern.

I en del länder i världen tillåts surrogatmoderskap. Paret låter då en annan kvinna bära och föda fram deras barn. Barnet har genetisk samhörighet antingen genom att mannen i parförhållandet gett sperma, ägg har donerats från kvinnan i förhållandet eller både ägg och spermier har donerats från paret. Surrogatmoderskap skall inte legaliseras i Sverige då metoden idag inte anses vara etiskt försvarbar. I förarbetet vilket behandlar ofrivillig barnlöshet sades att barnets perspektiv inte beaktas vid ett sådant förfarande. Vidare negligeras människovärdesprincipen om man använder en annan kvinna som medel till att lösa barnlöshetsproblemet för ett par. Föräldrarna kan ha en djup önskan om att få barn, men att bli förälder är ingen rättighet.³⁸

Hävande av faderskap i fall då barnet tillkommit genom assisterad befruktning regleras i FB1:6,8 som säger att samma regler för hävande av faderskap till naturligt födda barn skall användas även i de här situationerna. Talan om hävande av faderskap kan alltså endast bifallas i de fall då maken/sambon lämnat samtycke men då det inte är sannolikt, med hänsyn till samtliga omständigheter, att barnet har tillkommit genom inseminationen. Spermadonatorn ses inte som rättslig fader men donatorn kan frivilligt ta på sig faderskapet genom att bekräfta detta. Om det visar sig att något samtycke inte har förelegat blir barnet enligt de idag gällande reglerna faderlös. Inte heller i de fall då olaglig privat insemination skett kan talan föras gentemot donatorn, även då han alltså är genetisk far och befruktningen inte skett inom ramarna för lagstiftningen kring assisterad befruktning. Enda möjligheten till att ett fastställande av faderskap sker blir då att donatorn frivilligt tar på sig faderskapet. Orsaken till varför regleringen utformats på detta sätt är att det ej ansågs vara till barnets fördel att donatorn skulle kunna ställas till svars och bli rättslig förälder, mot donatorns vilja.³⁹ Anna Singer⁴⁰ anser att det finns två olika fall av privat insemination då faderskapet borde kunna fastställas. Det ena är då behandlingen skett vid utländskt sjukhus och där det kan ha getts ett samtycke från maken/sambon. Enligt FB1:6 skall maken/sambon ses som barnet far trots att inseminationen inte följer de formkrav som ställs upp i regleringen kring insemination. Det andra fallet är då det inte finns någon make/sambo och då det ej heller föreligger något samtycke. I dessa fall borde de ordinära faderskapsreglerna kunna tillämpas. Grundtanken inom svensk faderskapsreglering är trots allt att faderskap skall fastställas om det är möjligt.⁴¹ Genom Ds2004:19 läggs förslag fram på att det vid privat befruktning skall finnas en möjlighet att fastställa faderskapet för donatorn, förutsatt att det inte finns någon annan man som skall ses som barnets far enligt Föräldrabalkens första kapitel. Detta skulle vara en förändring vilken motsvarar barnets intresse av att få två rättsliga föräldrar. Här bör dock

³⁸ Prop.2001/02:89, s.23, 48, 55.

³⁹ Prop.1984/85:2, s.14.

⁴⁰ Anna Singer är universitetslektor, JD, vid Uppsala Universitet.

⁴¹ Singer, JT1995-96, s.1065.

spermadonation som utförts inom sjukvården undantas. Det skulle motverka donationsverksamheten att införa en reglering vilken kan fastställa faderskapet för donatorn. I de fall då samtycke från make/sambo inte förelegat skall alltså inte faderskap kunna fastställas för donatorn.⁴²

2.3.1 Fastställande av faderskap för spermadonator- T314-01

I Örebro tingsrätt kom ett faderskapsmål⁴³ upp som har relevans när det gäller faderskaps erkännanden och spermadonation. En man, IL, blir enligt honom övertalad till att donera sperma till ett lesbiskt par. Enligt IL skulle det inte bli fråga om något ansvar för barnen, men donatorn skulle vara känd för barnen och även få träffa dem. Under åren 1992, 1994 och 1996 föddes tre barn, alla frukterna av samma donator. Under den här tiden träffade IL barnen. 1996 och framåt avtog besökandet och kontakten med barnet. Slutet av 1998 tog paret kontakt med IL och krävde då att han skulle skriva på faderskaps erkännanden. Om han inte gjorde det hotade paret med att de skulle försöka få ut underhållsbidrag från IL. Mot sin vilja skrev IL på papperna på socialförvaltningen. En socialtjänsteman hade då sagt att erkännandet endast var för att barnet skulle ha rätt att veta sin härkomst i framtiden. Samtidigt skrevs ett protokoll om att befruktningen skett genom insemination. Käranden yrkade på att faderskaps erkännandet saknade verkan då inget sexuellt umgänge förekommit. I andra hand menade käranden att erkännandet saknar rättsverkan. Även om erkännandet skulle ha betydelse har det tillkommit under förhållanden som gör erkännandet ogiltigt vilket käranden baserade på AvtL 36 §, 29-30 §§.

Svaranden menade att inseminationen skedde efter erbjudande från IL. En överenskommelse togs om IL:s engagemang, men överenskommelsen skulle inte ses som en officiell faderskaps bekräftelse. När första barnet föddes hade socialförvaltningen påbörjat faderskapsutredningen. Modern medgav för utredaren att barnet avlats genom donation, men höll donatorn anonym. I och med denna utredning blev båda parter kallade till samtal på socialförvaltningen. IL skrev då under faderskaps erkännandet. Att han inte informerats om bekräftelsernas verkan stämmer inte. Svaranden bekräftar att något samtal inte ägt rum, men att IL lämnat samtycke till befruktningen genom att lämna sperma. Några ogiltighetsgrunder förelåg inte.

I tingsrätten sades att enligt FB1:5, där möjligheten för TR att meddela dom om faderskap stadgas, måste det ha förekommit ett samlag vid konceptionstiden och att sannolikhet skall föreligga att IL är barnets far. Tingsrätten kan inte fastställa faderskap om detta rekvisit inte är uppfyllt. Har bekräftelse dock skett måste, för att faderskaps bekräftelsen skall sakna verkan, den som erkände faderskapet visa att han inte är pappa. Detta har dock inte IL bestridit. IL:s andra grunder medför inte att bekräftelserna

⁴² Ds2004:19, s.68-71.

⁴³ Örebro TR T314-01, Göta HovR T79-02, HD prövningstillstånd T307-03.

saknar verkan. Tingsrätten sade vidare att faderskapstalan ej skall kunna föras mot en donator som inte vill erkänna faderskapet, men däremot kan givaren frivilligt ta på sig faderskapet genom ett erkännande. Faderskaps erkännandena är alltså giltiga.

Hovrätten fastställde tingsrättens dom. Även Hovrätten menade att FB1:5 ej är tillämplig, däremot FB1:4. IL har inte på något sätt hävdats att han inte skulle vara far till barnet. Att grunda yrkandet på ogiltighetsregleringen i Avtalslagens tredje kapitel är möjligt då regleringen kan tillämpas analogt även på familjerättslig lagstiftning. Men här har det inte påvisats att rekvisiten för att ogiltighetsreglerna skulle vara uppfyllda. Inte heller IL:s grund om bristande förutsättningar bifölls. Tingsrättens dom fastställdes.

Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd. Hur utgången blir i det här fallet kommer att bli intressant att följa. Om mannen inte hade skrivit under faderskapsbekräftelserna hade utgången i målet antagligen blivit som utgången i RH1998:103. I fallet ansågs faderskapet inte kunna fastställas då befruktningen skett genom insemination och inte genom samlag.⁴⁴

2.4 Övrig relevant lagstiftning

2.4.1 Lag (1958:642) om blodundersökning m.m.

Vid faderskapsutredningar finns behov av att utreda faderskapsfrågan genom blodundersökning för att kunna fastställa ett materiellt riktigt beslut. Vidare finns det gränsöverskridande faderskapsfrågor vilka även de regleras i särskilda lagar. Dessa kommer här att behandlas.

Blodundersökning vid utredning av faderskap regleras i Lag (1958:642) om blodundersökning m.m. Rätten kan på yrkande av någon av parterna, eller när det annars skulle behövas, förordna om blodundersökning eller annan undersökning rörande ärftliga egenskaper. Detta kan ske vare sig det gäller fastställande av faderskap eller vid förklaring att en viss man inte är barnets far. Undersökningen får vidare endast utföras om den kan ske utan nämnvärda men. Förordnandet kan gälla modern, barnet och även den man som tidigare utpekats som far eller den man vilken talan förs emot. Om det föreligger anledning att anta att någon annan man har haft samlag med modern under den tid då barnet avlades kan förordnandet även avse denne andre man.

Även då faderskapet fastställts och bekräftelsen eller domen vunnit laga kraft kan rätten förordna om blodundersökning. Förutsättningen för detta är att det har framkommit sådana omständigheter som ger anledning att anta att någon annan man än den som fastställts som far har haft samlag med

⁴⁴ Jönsjö, Linda, "Barnets rätt till ekonomisk trygghet", JT2001-02, s.787ff. Se s.797.

modern under konceptionstiden. Har inte någon sådan talan lämnats in används lag (1996:242) om domstolsärenden. Denna lag används också i de fall då faderskapet fastställts genom dom som vunnit laga kraft. Rätten kan använda sig av vite för att få parterna att lämna in bevis på att undersökningen gjorts. Om vitesföreläggande inte hjälper kan domstolen istället för att döma ut ett nytt vite, förordna biträde av polismyndighet för att få undersökningen gjord.

2.4.2 Internationella faderskapsfrågor

När det handlar om gränsöverskridande faderskapsfrågor är det lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor som används. I de fall det rör sig om faderskapsfrågor mellan Sverige och Danmark, Finland, Island eller Norge tillämpas lag (1979:1001) om erkännande av nordiska faderskapsavgöranden.

I lag om internationella faderskapsfrågor stadgas att en man skall anses som far om han anses vara far enligt det landets lag där barnet föddes. Om det inte finns någon man som skall anses som barnets far enligt den lagen går man till lagstiftningen i den stat där barnet blev medborgare. Svensk socialnämnd kan medverka till att faderskapsbekräftelsen fastställs om nämnden är skyldig att göra det enligt svensk lag. Om bekräftelse skett utomlands och är giltig enligt det landets rätt skall bekräftelsen erkännas i Sverige. Reglering för svensk domsrätt finns i lagens fjärde paragraf. I sjunde paragrafen står att läsa att ett avgörande av utländsk domstol, som innebär att ett faderskap hävts eller fastställts och som vunnit laga kraft, gäller även i Sverige. I samma paragraf regleras de undantag som gör att det utländska avgörandet inte är giltigt här. I åttonde paragrafen står att en utländsk fastställelse av faderskap som skett genom bekräftelse gäller även i Sverige om den är giltig i den stat där barnet, eller den som lämnat bekräftelsen, har sin hemvist eller där de var medborgare. Här stadgas likaså de situationer då bekräftelsen inte gäller.

Enligt lag (1979:1001) om erkännande av nordiska faderskapsavgöranden skall lagakraftvunnen dom som meddelats i Norden gälla även i Sverige. Detsamma gäller faderskapsbekräftelse, 1 och 2 §§. I lagens 3 och 4 §§ regleras de fall då en bekräftelse/dom inte vinner laga kraft. Generellt sett innebär detta att om en fastställelse/dom redan gjorts i ett nordiskt land kan inte ett annat land pröva samma sak och i de fall då dubbel prövning sker skall det första beslutet vinna företräde.

3 Relevant historik

3.1 Inledning

Faderskapspresumtionen har länge funnits i vår faderskapsreglering. Vad regleringen egentligen innebär är att om barnet föds inom äktenskapet förutsätts, presumeras, att barnets far är den äkta maken. Tankesättet bakom regleringen kommer från ett samhälle där det spelade avgörande roll huruvida föräldrarna ingått äktenskap eller inte men än idag har vi kvar samma reglering. Däremot föräldrar som inte bekräftat sin partillhörighet genom äktenskapet måste göra en bekräftelse på faderskapet. Varför görs denna åtskillnad?

För att kunna analysera faderskapspresumtionens legitimitet måste vi blicka tillbaka till regleringens uppkomst och dess bakomliggande syfte. Vårt samhälle förändras, och har förändrats, sedan regleringens införande. Kärnfamiljsbilden, med mamma-pappa-barn, har även den kommit att förändras. Fler och fler par väljer att inte ingå äktenskap utan att leva tillsammans under äktenskapsliknande former, det vill säga samboende. För homosexuella finns möjlighet att ingå partnerskap sedan 1991. I den nya Sambolagen faller både hetero- som homosexuella par in. I och med att vi 2003 godkände homosexuella som adoptanter bekräftade vi homosexuella familjekonstellationer, till glädje för redan existerande familjer. För att erhålla en neutral lagstiftning krävs att ytterligare förändringar görs för att i största möjliga mån beakta alla familjegrupperingar.

En redovisning av historiken bakom äktenskapets betydelse anser jag vara av vikt för att enklare kunna förstå syftet bakom faderskapsregleringen, just då den särskiljer ”barn inom äktenskapet” och ”barn utom äktenskapet”. Anna Christensens teori om normativa grundmönster kommer väl till pass vid belysandet av de samhällsliga förändringarna.

För att göra den här redovisningen mer lättöverskådlig har jag valt att dela upp kapitlet i ett antal mindre delar. Indelningen när det gäller faderskapsfastställandets historik har skett efter de större revideringar som gjorts. Jag har valt att göra redovisningen ur ett historiskt perspektiv istället för att behandla de olika reglerna systematiskt. På likadant sätt har äktenskapet behandlats. På detta sätt hoppas jag att läsaren lättare får en överblick över normgivningen som helhet.

3.2 Fastställelse av faderskap ur ett historiskt perspektiv

3.2.1 Faderskapsregleringen fram till 1917

Faderskapsregleringen sträcker sig långt tillbaka i tiden. Här görs en översikt från det tidiga svenska rättssamhället fram till våra dagar.

I den mycket tidiga familjerätten hade termerna äkta och oäkta barn inte stor betydelse. Detta hade att göra med att vi, liksom andra germanska folk, inte lyckades realisera engiftesprincipen som enda alternativ. Detta förändrades genom att den katolska kyrkan fick större inflytande eftersom kyrkorna var stränga i sin åsikt om äktenskap och att sexuellt umgänge var något som hörde hemma inom äktenskapets väggar. Begreppet ”äkta” barn fanns både i landskapslagarna och i de allmänna stads- och landslagarna. Att införandet överhuvudtaget skedde berodde på den kyrkliga influensen. Det som var specifikt för tidigare familjerätt var att faderns föräldramakt var stark och familjegemenskapen likaså. Fadern hade rätt att straffa sina barn och ägde rätt att sätta ut sina barn då de inte var önskvärda. Denna sistnämnda rätt inskränktes senare till att ”bara” gälla de barn som mannen inte erkänt faderskap till. I Gutalagen 2 § sattes ett förbud in mot utsättning av barn, men ett sådant förbud fanns inte i övriga landskapslagar.⁴⁵

Faderskapspresumtionen har sitt ursprung sedan lång tid tillbaka. Redan i Iustianus Corpus Juris Civilis från 500-talet efter Kristus hittas faderskapspresumtionen.⁴⁶ Faderskapsbekräftelsen skedde till en början genom en rituell akt kallad knäsättning eller vattenösning, vilket motsvarade dopet. Barnet fick då också sitt namn och togs på detta sätt in i ätten. På hednatiden baserades faderskapet på faderns vilja. Dåtidens barnmorska lade barnet framför mannen och han kunde då välja att bekräfta sitt faderskap eller att avstå. Underlåtelse att bekräfta faderskapet skedde främst i arma tider. I en landskapslag fann att läsa att ett barn som har både ”naglar och hår, drager andan in och ut” skulle få bli döpt.⁴⁷

I det tidiga rättssamhället spelade det egendomsmässigt stor roll om man var medlem i bogemenskapen, på ett helt annat sätt än vad det gör idag. Egendom delades då mellan far och son. Den starka gemenskapen syntes även i reglerna om att det var först när sonen gifte sig som han blev myndig och att även det kriminella ansvaret delades familjärt. Drog en medlem i gemenskapen på sig böter kom det att drabba hela gruppen.⁴⁸

Arvsreglerna kom under medeltiden att präglas av den katolska kyrkans syn där oäkta barn inte skulle vinna rättsligt erkännande eftersom föräldrarna syndat. I vissa landskapslagar skrevs inskränkningar i arvet efter fadern in,

⁴⁵ Almquist, Jan Eric, ”Familjerättens historia”, 4:e uppl., Stockholm, 1951, s.70f.

⁴⁶ Nationalencyklopedin 1993/6 s.96, Nationalencyklopedin 1993/4 s.244.

⁴⁷ Se Dalalagen, KkB6, Almquist s.70.

⁴⁸ Almquist, s.70f.

men även arvlöshet förekom. Det förekom även att arvet till barnet efter modern beloppsbestämde. Hade barnet tur kunde fadern, med arvingarnas samtycke, på tinget se till att barnet fick erhålla en del pengar. Längre fanns det endast arvsrätt efter föräldrarna men i Stadslagen kunde man finna, förutom beloppsbestämt arv både efter fadern och efter modern, en reglering om att barnet ärvde sina bröstavingar. Någon arvsrätt efter far- och morföräldrar förelåg antagligen inte.

Genom Landslagen besatt modern en försörjningsskyldighet under amningsperioden, vilken beräknades vara barnets tre första levnadsår. Resterande år upp till det sjunde året var fadern försörjningsskyldig. Var fadern okänd låg hela försörjningsbördan på modern. Vidare fastslogs det att barn som tillkommit under hordom eller genom förbjudna led inte hade några rättigheter alls.

1697 gav dåvarande kungen barn rätt till ett visst underhåll. Genom 1734 års lag gavs fortfarande ingen arvsrätt till oäkta barn, men så länge föräldrarna levde skulle de sörja för barnets "nödtorftiga föda och uppfostran". Praxis blev att underhåll gavs till barnet fram till dess femtonde levnadsår eller då barnet blev självförsörjande. Först 1920 vidgades underhållsskyldigheten fram till barnet hade fyllt 16 år.

Oäkta barns kvarlåtenskap föreslogs skulle ges till eventuella kvarvarande föräldrar. I 1731 års riksdag protesterades mot denna reglering då det ansågs att det inte var rätt att barnet skulle få lida för föräldrarnas snedsprång. Regleringen infördes dock ändå eftersom det ansågs att föräldrarnas försörjande skulle gottgöras.

På 1800-talet ville lagstiftaren förbättra oäkta barns ställning. 1866 förbättrades arvsställningen då det oäkta barnet fick ärva modern om modern låtit anteckna föräldraskapet i kyrkoboken. För att regeln skulle tillämpas krävdes dock att äkta bröstavingars laglott fick inte bli lidande.

I Lag 17/3 från 1905 om oäkta barns arvsrätt togs särskiljandet bort mellan barn födda utom äktenskap, barn födda genom hordom och barn tillkomna genom förbjudna led. Men fortfarande ansågs dessa barn uteslutna från faderns arv. Genom 1928 års arvslag kunde trolovningsbarn också ärva fadern. Fadern kunde ge ett oäkta barn arvsrätt genom att avge en förklaring.⁴⁹

Lagberedningen år 1915 ansåg att om det hade funnits en möjlighet för myndigheterna att fastställa ett faderskap med någorlunda säkerhet då ett urval av flera män finns så vore det önskvärt. Men beredningen menade att den medicinska utvecklingen inte hade kommit tillräckligt långt för att en sådan reglering skulle vara möjlig att tillgodose. Det föreslogs att alla män som hade haft sexuellt umgänge med modern under konceptionstiden skulle betala underhåll, men denna lösning ansågs stötande så något införande gjordes aldrig.

⁴⁹ Almquist, s.70-74.

3.2.2 Faderskapsregleringen från 1917 till 1949

Den första lagstiftningen om barnsbörd var 1917 års lag om äktenskaplig börd, LÄB. Även före denna lags införande tillämpades dock faderskapspresumtionen. Betydelsen av att uppnå inomäktenskaplig status för ett barn bekräftas även genom de regler för legitimation som fanns redan innan LÄB infördes. Legitimation innebär att ett barn som egentligen ska ses som utomäktenskapligt uppnår inomäktenskaplig status om vissa förutsättningar uppfylls. Enligt LÄB kunde ett barn som avlats före äktenskapet, men föddes i äktenskapet, anses som inomäktenskapligt. Även om barnet föddes utanför äktenskapet, men dess föräldrar senare ingick äktenskap, kunde barnet genom denna handling legitimeras. Likaså sågs barn som avlats under trolovning eller under äktenskapslöfte som inomäktenskapliga. Legitimation kunde även ske i de fall då trolovning eller avgivande av äktenskapslöften skett efter barnets födelse.

I LÄB 1 § sades att faderskapspresumtionen gällde de barn som föds under äktenskapet, men också de barn som avlats under äktenskapet men som fötts då äktenskapet upphört. Som tidigare nämnts togs även de barn som föddes i äktenskapet, men avlats dessförinnan, in i presumtionen.⁵⁰

Vidare, i LÄB 7 §, sades att om en talan lämnades in förespråkande att ett barn skulle ses som utomäktenskapligt fick talan endast bifallas då alla möjligheter att maken skulle kunna vara fadern ansågs vara uteslutna. Därutöver skulle tillräcklig utredning visa på att det var styrkt att samlag inte förekommit. Det var sällan utredningen kom till en sådan slutsats, men det kunde ske om det äkta paret vistats ifrån varandra eller om mannen visat sig vara ”vanför av naturen”. Att dra slutsatsen att det här handlade om makens potens känns inte alltför långtgående. Vid införandet av Föräldrabalken, 1949, reviderades regeln. Om det var utrett att en annan man än den äkta maken haft samlag med modern under den tid befruktning beräknades ha skett, och om det kunde antas att denne andre man var fadern, bröts faderskapspresumtionen. Rätten måste dock fortfarande ha känt övertygelse om att mannen inte var barnets far. Även då en annan man utpekades som far, men det inte fanns tillräcklig bevisning om att så var fallet, kunde presumtionen upphävas. Exempel på tillräcklig bevisning var om barnets arvsanlag visade att den äkta maken inte kunde vara barnets far eller om det fanns någon annan särskild omständighet som gjorde att man kunde vara säker på att barnets far inte kunde vara den tidigare utpekade mannen.⁵¹

Det var först genom 1917 års lag om barn utom äktenskap, LBUÄ, som en lagreglerad civilrättslig faderskapstalan infördes i nationell rätt. LBUÄ vilade på grundtanken att barnets framtid skulle säkerställas. Detta institut

⁵⁰ Walin, Vängby, kap.1 s.2.

⁵¹ Walin, Vängby, kap.1 s.2f.

kallades för erkännande, vilket idag motsvaras av bekräftelse. Reglering, som syftade till att utjämna klyftan mellan inomäktenskapliga och utomäktenskapliga barns rättigheter, infördes likaså. Främst skönjdes förändringen i regleringen kring underhåll. Faderskapsregleringen i 1917 års lag präglades av det sociala behovet av att faderskap fastställdes. På grund av att fattigvården inte klarade av att försörja barnens behov kom regler att införas, vilka motsvarade underhållsreglerna som sedan tidigare fanns för barn födda inom äktenskapet. Det saknades dock möjligheter att fastställa faderskapet materiellt riktigt. Faderskapspresumtionen motsvarade därför inte de krav som annars ställdes på rättssäkerhet. Det enda som krävdes för fastställande av faderskap var att bevisning fanns om att samlag under konceptionstiden skett.⁵²

I LBUÄ sades som huvudregel att den man modern haft samlag med under konceptionstiden skulle anses vara far. Huvudregeln fick dock stå tillbaka då det var uppenbart att barnet inte avlats genom det samlaget, LBUÄ 26 §. Det fästes dock inget större avseende vid om svarande menade på att kvinnan haft samlag med flera män under samma tid. Det var mannen som skulle bevisa att han inte kunde vara far, till exempel på grund av impotens eller att barnet omöjligt kunde vara hans på grund av dess rassärarter. Det diskuterades om det borde tas in en sannolikhetsbedömning som kunde häva presumtionen, till exempel då det var fler än den utpekade mannen som hade haft samlag med modern under konceptionstiden. Den medicinska utvecklingen ansågs dock inte ha kommit så långt att detta kunde möjliggöras genom undersökningar. Andra lösningar på problemet diskuterades, som att låta alla män som haft samlag med kvinnan under den aktuella tiden vara underhållsskyldiga, men ingen lösning tycktes vara god nog. Därför beslöts att låta dåvarande praxis styra regleringens utformning, vilket innebar att det ansågs ovidkommande om kvinnan haft sexuellt umgänge med fler män än den man som ansågs vara far enligt presumtionen.⁵³

Barnets ställning säkrades då ett införande gjordes innebärande att ett erkänt faderskap var bindande för fadern. Genom 1917 års lag om utomäktenskapliga barn togs även moderns rätt att vara anonym bort som sedan 1778 hade funnits i lagstiftningen. Den bakomliggande tanken härmed var att barnamord skulle förhindras. Genom moderns rätt att vara anonym förlorade barnet rätten att veta sitt ursprung och de rättigheter som följde av blodsbandsrelationen. Regeln väckte många diskussioner under 1800-talet men det kom alltså att dröja ända till 1917 innan regleringen förändrades. I LBUÄ togs möjligheten in att ålägga en barnavårdsman att fastställa barnets börd, vilket medförde att även faderns anonymitet avskaffades.⁵⁴

⁵² Prop.1949:93, s.81f, 87, prop.1969:124, s.79, Lind, s.23.

⁵³ Prop.1969:124, s.39f., Saldeen, Åke, ”Fastställande av faderskap”, Studentlitteratur AB, Lund, 1980, s.19ff, Lind s.24.

⁵⁴ Saldeen, ”Fastställande av faderskap”, s.19. Ewerlöf, Sverne, s.117. Mellan 1908-1911 utnyttjade mer än 5% av mödrarna till barn födda utom äktenskapet rätten att vara anonym.

På 1930-talet infördes 1933 års lag angående blodundersökning i mål om barn utom äktenskapet. Tanken där bakom var att det var av allmänt intresse att barnets börd stämde överens med det verkliga förhållandet. Uteslutning av faderskap var vid införandet endast möjligt i 17 % av fallen. I mitten av 1940-talet hade uteslutningskapaciteten av faderskapspresumtiva män ökat till 36 %.⁵⁵

3.2.3 Faderskapsregleringen från Föräldrabalkens införande till 1970-talet

1949 kom så Föräldrabalken, FB. Den innebar inte några större egentliga förändringar utan innebar mer ett sammanställande av familjerättsliga regler som redan tidigare använts, men som man nu bestämde sig för att samla ihop för att underlätta överskådligheten. Revideringen är alltså en formell bearbetning av gällande rätt.

Genom Föräldrabalken gjordes en förändring i presumtionsregeln. Om det var osannolikt att ett visst samlag lett till befruktning sattes faderskapspresumtionen åt sidan.

FB 3:2:

*”Varder utrett, att mannen haft samlag med modern å tid, då barnet kan vara avlat, skall han anses såsom fader, om det ej är osannolikt att barnet avlats vid samlaget”.*⁵⁶

I FB2:2 stod att om mannen vill väcka talan om att presumptionen skall hävas skall han väcka talan inom ett år från barnets födelse. Om han efter en tid får kunskap om att modern haft andra sexuella partners får han väcka talan senast ett år efter den vetskapen, men också inom tre år från barnets födelse. Om mannen inte har sammanbott med barnet och sammanboendet kan ses som varaktigt förlorar han sin talan om hävande av faderskap efter ett år från det talan om äktenskaplig börd, eller om underhåll till barnet, väckts och stämningen delgivits honom. Talan får ej göras om mannen fått kunskap om det som här ovan nämnts, men ändock gjort ett erkännande efter barnets födelse. Om barnet vill väcka talan om att det ej har äktenskaplig börd kan barnet väcka talan därom, och som synes fanns det här ingen preskriptionstid, FB2:4. Talan får bifallas om det är utrett att modern haft samlag med annan än mannen och det måste antagas att barnet avlats vid samlaget. Talan får bifallas om det på grund av barnets arvsanlag eller annan särskild omständighet kan hållas för visst, att mannen inte är barnets fader. Om barnet avlats före äktenskapet eller under det makarna efter domstols beslut eller eljest på grund av söndring levde åtskilda, får talan

⁵⁵ Prop.1933:4, s.13, Lind, Johan- *“Faderskap och arvsrätt”*, P A Norstedts förlag, Stockholm, 1975, s.29f.

⁵⁶ Walin, Vängby, kap.1, s.3. Saldeen, *“Fastställande av faderskap”*, s.22ff.

endast bifallas då det görs sannolikt att makarna haft samlag med varandra vid tiden för konceptionen, FB2:5.⁵⁷

Förslag på att ändra preskriptionstiden vid hävande av faderskap lades fram. Då regleringen grundar sig på andra skäl än rent ekonomiska bör en preskriptionstid överhuvud ej vara med. Man funderade över att utfärda en regel för olika fall beroende på om barnet har umgänge med fadern eller inte. Föreligger ett umgänge kan preskriptionstiden kvarstå, annars bör den ändras. Vissa andra såg boende eller inte som egalt. Preskriptionsregeln fick dock kvarstå.

Presumptionsregeln i LBUÄ 26 § gällde fortfarande. Den svarande i faderskapsmål skall anses som barnets far om han har haft samlag med modern under konceptionstiden. Presumtionen bryts alltså om det är uppenbart att barnet inte avlats genom det samlag som svaranden haft med modern under konceptionstiden. Domstolarna ansåg att tillämpningen av den här regeln var svårbedömd. Full visshet skulle föreligga om att annan man haft samlag vid konceptionen vilket skulle frambringas vid utredning.

1969 skedde ytterligare revideringar. Nu infördes att ”utomäktenskapliga barn” skulle likställas med inomäktenskapliga i arvshänseende. Regleringen om den, enligt mig synliga, särbehandlingen av barn på grund av inom-/utomäktenskaplig status försvann dock först genom lagändring 1976.

I förarbetet från 1969 års lagändring menade departementschefen att en uppmjukning av faderskapspresumtionen bör göras i de aktuella lagändringarna för att med större säkerhet kunna fastställa faderskapet. Vidare menade departementschefen att vetenskapen inte kommit tillräckligt långt för att med fullkomlig visshet utreda faderskapet till ett barn, och att faderskapspresumtionen skulle bibehållas även i framtiden just på grund av detta.⁵⁸

Från att faderskapsregeln tidigare innehöll en negativ sannolikhetsbedömning togs 1969 steget till en positiv sådan.

FB1:5:

*”Skall faderskap fastställas genom dom, skall rätten förklara en man vara fader, om det är utrett att han har haft samlag med barnets moder under tid då barnet kan vara avlat och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har avlats av honom.”*⁵⁹

Mellan 1949-1969 skedde fastställande av faderskap för utomäktenskapliga barn genom dom eller erkännande. Enligt FB3:2 skulle en man som haft samlag med modern till ett utomäktenskapligt barn under den tid då barnet kan antas vara avlat anses vara far till barnet, om det inte är osannolikt att

⁵⁷ Prop.1949:93, s.175f.

⁵⁸ Prop.1969:124, s.69, 80.

⁵⁹ 1970 placerades regeln i FB3:3, men från och med 1977 flyttades regeln till FB1:5. Se även Lind, s.28.

barnet avlats vid samlaget. Detta innebar alltså att en man kan anses som far till ett utomäktenskapligt barn trots att det kan vara mer sannolikt att en annan man egentligen är far.

Ett giltigt faderskaps erkännande kunde göras på flera olika sätt. Ett sätt var skriftligen, vilket krävde två vittnen samt godkännande av barnavårdsman eller barnavårdsnämnden. Därutöver måste modern göra ett godkännande. Erkännande kunde också göras muntligen inför en präst i den församling där barnet var kyrkobokfört eller med vittnen och notarius publicus. Erkännande kunde lämnas innan barnets födelse. Enligt FB3:4 var ett erkännande inte bindande om mannen kunde visa att han inte är fadern.

För utomäktenskapliga barn skulle alltid en barnavårdsman förordnas, FB8:3. Barnavårdsmanen skulle se till att barnets börd fastställdes och därigenom att underhåll till barnet säkerställdes, FB8:6. Först 1969 tillkom specifika regler för hur en faderskapsutredning skulle göras. Barnavårdsmanens uppgifter reglerades i lagen om fastställande av faderskapet till barn utom äktenskapet.

I 1965 års betänkande underströks vikten av att rätten beaktar alla omständigheter som kan inverka. Det ansågs också att faderskapsfrågor i största möjliga utsträckning skall utredas utan rättegång. Det var barnavårdsmanen som bör ha det största utredningsansvaret. I en sådan utredning var utgångspunkten moderns uppgifter.

Det fanns fortfarande inte möjlighet att utpeka en man som far, men möjligheterna till uteslutning hade förbättrats avsevärt. 1969 gjordes en förändring när det gällde faderskapets fastställande. Före revideringen gällde den negativa sannolikhetsbedömningen vilken innebar att svaranden skulle visa att det var osannolikt att han var barnets far om det i målet var styrkt att denne haft samlag under konceptionstiden med barnets mor. Lagstiftaren sade att faderskapspresumtionen skulle behållas men att en uppmjukning skulle göras för de fall då flera män kan vara möjliga fäder. Faderskapet skall då prövas i samma process där alla tänkbara fäder skall närvara. Den man för vilken övervägande skäl talar skall faderskapet fastställas för. I propositionen sades att den reglering som tidigare gällt när det gällde fastställande av faderskap var legitimerad i dåtidens samhälle. Numera har samhället förändrats och möjligheterna att fastställa faderskap förbättrats. Därför trädde 1970 den positiva sannolikhetsbedömningen i kraft vilken vi har kvar fortfarande.⁶⁰

Möjligheten att göra en muntlig bekräftelse togs bort. Bekräftelse kan från denna ändring endast ske skriftligen. Förfarandereglerna ansåg man skulle bekräfta att fastställande av faderskap skall behandlas som ett indispositivt tvistemål, vilket medförde att rätten numera kan förordna om behövlig bevisning.⁶¹

⁶⁰ Prop.1969:124, s. 33f, 79f., 82, Saldeen, JT1998-99, s.185.

⁶¹ Prop.1969:124, s.83.

3.2.4 Faderskapsregleringen från 1977 till gällande rätt

1977 var det dags för en revidering av faderskapsreglerna igen. Syftet med propositionen var dock ett bevarande av faderskapspresumtionen. Att termerna ”barn inom äktenskap” och ”barn utom äktenskap” borde tas bort föreslogs också, vilket resulterade i att LBUÄ sattes ur spel.⁶² Ett förslag framlades om att ett förenklat förfarande kan användas i de fall då modern och maken vet att maken inte är far. Den äkta mannens faderskap skall i dessa fall kunna hävas då denne andre man är villig att bekräfta faderskapet och modern, maken samt barnavårdsnämnden skall godkänna bekräftelsen. Ett införande av gemensam vårdnad även för föräldrar som inte är gifta, under förutsättning att detta är förenligt med barnets bästa, infördes. Föräldrabalken fick genom denna revidering i stort sett sin lydelse som den ser ut idag.

Från och med 1977 föreligger inte någon faderskapspresumtion då kvinnan är skild även om barnet är avlat inom en sådan tidsperiod att den förre maken skulle kunna vara far. Detta ändrades då det ansågs att barn som förvisso avlats under äktenskapet, men fötts därefter, ofta har en annan man än maken som far. Fortfarande är dock maken presumtiv far då barnet föds innan skilsmässan vunnit laga kraft. Regeln fick viktig genomslagskraft då det endast var/är maken/barnet som får väcka talan.⁶³

Promemorian föreslog också att ett införande bör göras om att en man skall kunna väcka talan om att han inte är far till barnet även i de fall då han först erkänt faderskapet. Detta motiverade utredningen med att mannens intresse av att fortsätta ses som barnets far beror på samhörigheten mellan fadern och barnet och barnet, fadern och modern kvarstår. Spricker samhörigheten är det att se som naturligt att mannen vill få reda på huruvida faderskapet beskriver det verkliga förhållandet. Faderskapsfrågans klarläggande ligger även i barnets intresse. Utredningen ville dessutom stoppa presumtionsregeln för frånskild makes faderskap. Istället borde samma regler gälla som för gift kvinna, erkännande eller dom.⁶⁴

Frågan om talerättens preskriptionstid vid hävande av faderskap togs nu åter upp. Som sagt hade fadern, eller den utpekade mannen, tre år på sig att föra talan medan barnets talerätt inte hade någon preskriptionstid.⁶⁵

Faderskapspreskriptionsreglernas upphävande togs till diskussion. De rättsliga konsekvenserna av att födas inom/utom ett äktenskap är inte dem samma som de har varit sades det. Det borde ligga i barnets/mannens intresse att ett faderskap som inte överensstämmer med det verkliga förhållandet upphävs. Mycket talar för ett borttagande av preskriptionstiden. Det bästa vore om faderskapet kan utredas. Det är viktigt att denna

⁶² Prop.1975/76:170, s.2. Se vidare i lagförslagen s.3ff.

⁶³ Prop.1975/76:170, s.1f, 81, 132, Ryrstedt, SvJT 2003, häfte 5-6, s.568-569.

⁶⁴ Prop.1975/76:170, s.89, 133.

⁶⁵ Prop.1975/76:170, s.130.

utredning sker så tidigt som möjligt. Det kan annars skapa psykiska störningar hos barnet om barnet under flera år haft tron att en man är far och det sedan visas att han ej är det. Även om mannen som presumerades vara far ej formellt kunde föra talan kunde detta ändå komma till uttryck i mannens umgänge med barnet/modern. Det bästa för alla parter vore att talerätten förlängdes. Därmed ändrades regeln så att talerätten blev på obegränsad tid för både barnet och mannen. Förutsättningar för att en talan skulle bifallas såg i stort sett ut som de gör idag.⁶⁶

1976 upphävdes lagen och med en del mindre revideringar togs regleringen istället in i FB:s kapitel 2. Barnavårdsnämndens skyldighet att försöka utreda faderskapet till ett barn togs in i FB2:1. Syftet bakom regeln var att barnet ansågs ha ett starkt intresse av att få veta vem dess far är, både ekonomiskt men också personligt. Om modern inte medverkade till fastställandet kunde barnavårdsnämnden till exempel dra in bidragsförskottet. I lagen om bidragsförskott 2 §a stadgades att bidragsförskott inte utgår om vårdnadshavaren uppenbarligen utan giltigt skäl underlåter att medverka eller vidta åtgärder för att en faderskapsfastställelse skall kunna göras. Detta motsvarar dagens reglering ifråga om underhållsstöd. Barnavårdsnämnden kunde verka för att få tillstånd en blodundersökning som berörde modern, barnet och den man som utpekades som far, om mannen begärde det eller om det fanns anledning att anta att modern haft samlag med andra män under konceptionstiden, FB2:6.⁶⁷

Detta till trots skönjs i dagens familjerättsliga reglering en kvarvarande särbehandling i regleringen kring faderskap, förmynderskap och vårdnadshavare. Gällande rätt har dock behandlats i kapitel 2.2.⁶⁸

3.3 Äktenskapets historia

I den fornnordiska äktenskapsrätten sågs äktenskapet som ett förbund mellan två familjer. Genom äktenskapet knöts blodsband mellan ätter och ett fridstillstånd uppstod dem emellan. Hemgift för kvinnan gavs och gåvor växlades mellan familjerna. Om giftomannen, kvinnans representant, vägrade att ge bort kvinnan vid avtalad tid kunde mannen genom exekutiv hjälp hämta kvinnan. Om fästmannen bröt avtalet förlorade han även de gåvor som utgetts vid fästningsstämman och måste då bedyra kvinnans dygd offentligt, vilket ledde till att kvinnan fick både upprättelse och skadestånd. Det var inte uteslutet att äktenskapet kunde vara giltigt trots att brudrov skett.

När den romerska kulturens inflytande stärktes blev kvinnans ställning tillika starkare. Kvinnan representerade sig själv och trolovningen skedde

⁶⁶ Prop.1975/76:170, s.140.

⁶⁷ Saldeen, "Fastställande av faderskap", s.30ff.

⁶⁸ Walin, Vängby, kap.1, s.4.

genom ringutbyte. Fortfarande sågs äktenskapet som ett avtal. Äktenskapets ingående skedde redan vid trolovningen, då handlingen representerade båda parternas samtycke. Både mannen och kvinnan var tvungna att vara överens för att trolovningen skulle upplösas. När äktenskapet fullbordats kunde det endast upplösas genom den enes död.

Under medeltiden gällde landskapslagarna och den kanoniska rätten jämsides. Landskapsrätten utgick från den germaniska rätten och föreskrev i tur och ordning fästning, giftermål och sänglysning för att ett giltigt äktenskap skulle uppstå. Även här gjorde kvinnans giftoman och friaren upp på fästningsstämman och gåvor växlades dem emellan. Genom fästningen ansågs ett giltigt avtal ha kommit till stånd, vilket innebar likt den äldre germanska rätten, att fästmannen fick ett anspråk gentemot giftomannen. Vägrade giftomannen att senare lämna ifrån sig kvinnan fick mannen hämta henne och äktenskapet sågs detta till trots som lagligt, utan att ett bortgivande skett. I vissa landskapslagar skulle mannen ta domstol till hjälp vid en sådan åtgärd. Bröt fästmannen avtalet skulle han ge tillbaka gåvorna och enligt vissa landskapslagar ålades fästmannen att betala böter.

Enligt de senare landskapslagarna kunde bruden inte skänkas bort mot sin vilja. Den kyrkliga influensen synliggörs här då kyrkan ville stärka kvinnans ställning.

Den kyrkliga vigseln föregicks av en lysning. Vid själva vigselakten var giftomannen tvungen att närvara. Efter vigseln var det fortfarande sängliggning som gällde, varvid prästen skulle närvara. Vigseln hade ännu inte kommit att ersätta giftermålet helt. Under medeltiden hade vigseln inte några äktenskapliga rättsverkningar. Under den katolska kyrkans inflytande var skilsmässor inte tillåtna. Detta var ett tydligt tecken på den status man erhöll inom äktenskapet och som kyrkan ansåg vara beständigt och därför inte skulle upplösas.

Efter reformationen och kyrkans påtryckningar var det vigseln som blev det vanligaste sättet att ingå äktenskap, men även då 1686 års kyrkolag infördes vågade kyrkan inte helt ta bort giftermålet som möjlighet. Vigseln blev först genom 1734 års lag den enda laga formen för äktenskapet. Fortfarande kunde fästmannen begära gåva av giftomannen och vigseln sågs som ett avtalsingående.

Först i 1686 års kyrkolag blev trolovningsskillnader möjliga. I 1734 års lag infördes nya bestämmelser om trolovningsskillnad. Bland annat fanns där formkrav på trolovningen. Om båda kontrahenterna var ense kunde de anmäla sin önskan om trolovningsskillnad hos domkapitlet. Om endast den ene ville bryta avtalet fanns det lagstadgade återgångsskäl. Bara några decennier senare ansågs förfarandet vid trolovningsskillnaden vara satt ur spel då par tog saken i egna händer. En sedvanerätt hade tagit överhanden. Däremot, hade lysning skett så var fortfarande ett utfärdande av domkapitlet ett måste. Genom 1915 års lag blev trolovningen formlös och behövde då inte heller formligen upplösas.

Efter reformationen infördes möjligheten att upplösa äktenskapet. Skilsmässa kunde ske i två fall, antingen då horsbrott skett eller vid övergivande. Dock skulle först förlikning ske, vilket skulle följas av att makarna varnades och därefter skulle makarna leva separat under ett års tid. Det var dock endast i extrema undantagsfall som äktenskapet upplöstes. 1810 kom en ny skilsmässolag som underlättade proceduren något. Förfarandet gick nu fortare i de fall då horsbrott begåtts eller om mannen utövat grov misshandel gentemot kvinnan.

Med industrialismen kom familjesynen att förändras. Den nya arbetarklassen som skapades underlät att ingå äktenskap. Skilsmässogrunderna ”egenvilligt övergivande” användes för att påvisa det samförstånd mellan makarna som fanns om att äktenskapet inte längre skulle bestå.⁶⁹

1915 infördes möjligheten att upplösa äktenskapet då ”djup och varaktig söndring” mellan makarna uppstått. Vidare infördes hemskillnadsåret. Skilsmässofrekvensen ökade successivt. 1968 hävdades skilsmässogrunderna ”djup och varaktig söndring”, men hemskillnadsåret kvarstod. Vad man brukar kalla den ”fria” skilsmässan infördes 1973. Äktenskapet sågs numera som ett avtal. I förarbetet till lagändringen står att läsa att: ”Från rättslig synpunkt kan den rättshandling, varigenom man och kvinna kommer överens om inträde i äktenskap, betecknas som ett avtal. Parterna avger ömsesidiga viljeförklaringar om att deras inbördes förhållanden skall regleras genom äktenskapsrätten”.⁷⁰

3.3.1 Reflektioner kring äktenskapets betydelse i ett samhällsperspektiv

Ur tidig rätt kan utläsas att äktenskapet sågs som ett avtal. Kvinnan var inte myndig, vilket medförde att en giftoman utsågs. Hemgift och ömsesidiga gåvor var förekommande då äktenskapet sågs som ett förbund mellan familjer. Äktenskapet sågs som ett bekräftat fredsavtal mellan de sammanlänkade ätterna. Vare sig mannen avbröt avtalet från trolovningen eller lysningen fick han stå för konsekvenserna. Presenterna skulle lämnas tillbaka och i vissa fall skulle böter erläggas. Dessa exekutiva åtgärder kan ses som en bekräftelse på att äktenskapet sågs just som ett avtal.

Genom kyrkans inflytande gick äktenskapet från att ses endast som ett avtal till att individen uppnådde status genom äktenskapet. Länge fanns det inga

⁶⁹ Christensen, TfR 4/96, s.560, Almquist, s.1-12, 63-69.

⁷⁰ SFS1968:758, SFS1973:645, SOU1972:41, s.145. Att jag sätter ”fri” skilsmässa inom citationstecken beror på att då det finns minderåriga barn i bilden skall betänketid på 6 månader löpa innan skilsmässa kan beviljas. Se även Christensen, TfR 4/96, s.560-561.

möjligheter att gå isär. Även när möjligheten fanns tog det lång tid innan det ansågs acceptabelt att bryta upp.

Vad talar då för att äktenskapet i dagens samhälle åter är att se som ett kontrakt? Framförallt kvinnans ställning har förstärkts avsevärt. Jämställdhet och likabehandling är några av de paroller som genomsyrar vårt samhälle. Det är inte längre socialt viktigt att ingå äktenskap. Numera är andra samlevnadsformer minst lika acceptabla. Fortfarande medför äktenskapet rättsverkningar som är specifika för just makar. Det jag framförallt tänker på är faderskapsregleringen, men som jag tidigare nämnt sker särbehandling även i regleringen berörande förmyndarskap och arv. Att ingå äktenskap är numera något som mer görs för att bekräfta sitt samhörande inför varandra och sina nära och att erhålla de rättsverkningar som medföljer. Att aldrig ha varit gift, eller att ha genomgått en skilsmässa, är inte längre något uppseendeväckande, snarare tvärtom. En skilsmässa har inte längre någon relevans när det gäller hur samhället ser på dig.

Genom införandet av den fria skilsmässan ändrades regleringen efter den samhälleliga synen på äktenskapet som institut. Det är inte längre någon annan som bestämmer huruvida man skall fortsätta vara gift eller inte. Brister förutsättningarna för avtalet kan man välja att upplösa det. Någon motivation om varför äktenskapet skall upplösas behövs inte längre utan det är de enskilda parterna, inte samhället, som får agera efter vad de tror är det bästa för dem. Tidigare hade avtalet setts som något obrytbart, men nu ser man istället äktenskapet som något som förvisso är ett avtal men som kan brytas.

Med motivering att det ligger i barnets intresse att föräldrarna noggrant tänker igenom sitt beslut och inte handlar förhastat i affektion skall en betänketid om 6 månader löpa i de fall då paret har barn under 16 år, ÄktB 5:1. Den här regleringen anser jag inte vara ett eftersläpande synsätt från den tidigare äktenskapsrätten. Motiveringen bakom betänketiden är förvisso att föräldrarna skall tänka efter före, men inte på grund av att paret annars förlorar någon med äktenskapet följande status utan vad samhället anser vara det bästa skydd för den svagaste parten i de här situationerna, barnet.

4 Mater est-presumtion & alternativa lösningar

4.1 Inledning

Vad man tidigare sagt, mater semper certa est, det vill säga modern är alltid känd, kan nu komma att slås undan.⁷¹ Det har tidigare aldrig varit en fråga om vem som är modern. Men i och med att det numera finns möjlighet även till äggdonation kan en diskussion kring frågan vara nödvändig.

Om assisterad befruktning för lesbiska sambor/partner införs behövs regleringen kring fastställande av rättsligt föräldraskap ses över för att anpassas efter dessa nya förutsättningar. I SOU 2001:10, ”Barn i homosexuella familjer”, lades ett lagtekniskt revolutionerande förslag fram. En mater est-presumtion, eller moderskapspresumtion, motsvarande faderskapspresumtionen presenterades. Moderskapspresumtionen, en automatiskt inträdande social föräldraskapsregel, gick ut på att likställa föräldrasituationen för heterosexuella som homosexuella. I de fall där assisterad befruktning görs blir det som regleringen ser ut nu så att det i homosexuella förhållanden endast fastställs en förälder. Den andre föräldern måste adoptera barnet för att bli dess förälder. När moderskapspresumtionen lades fram fanns inte adoptionsmöjligheten för homosexuella utan den diskuterades i samma SOU.

I de fall då två mödrar blir rättsliga föräldrar har jag haft vissa svårigheter att hitta en bra benämning för ”den andra mamman”. Genom en benämning likt ”andra” jämföras inte mödrarna och att hitta en benämning som likställer föräldrarna är inte det lättaste. Jag kommer därför att använda mig av begreppen ”den biologiska modern”, vilket syftar på den moder som genomgått graviditeten oavsett om äggdonation skett, och ”den andra mamman” kommer jag fortsättningsvis att kalla ”den sociala modern”. I de fall där ”föräldraskap” inte är en tillräckligt tydlig definiering kommer jag att använda mig av termen ”dubbelt mödraskap”. Här har jag försökt att inte lägga in värderingar genom att använda mig av neutrala begrepp. Termerna är dock inte allmänt godkända som juridiskt, tekniska termer.

Vidare behandlas Ds2004:19 vari förslaget om en moderskapspresumtion ersattes med förslaget om att den ”sociala” modern istället har en möjlighet att avlägga bekräftelse. Mina egna funderingar kring problematiken kring rättsligt föräldraskap vid ett införande av assisterad befruktning kommer att framläggas i kapitel 6.

⁷¹ Walin, Vängby, kap.1, s.8.

4.2 Moderskapspresumtionen

Utgångspunkten tas i SOU 2001:10A- ”Barn i homosexuella familjer”. Lagförslaget som här lades fram, om en moderskapspresumtion för barn i lesbiska förhållanden, möttes med starka reaktioner från många håll. Lagförslaget var ett steg i riktning mot en neutralare lagstiftning, men enligt kritiken som förslaget fick sågs moderskapspresumtionen alltför långtgående för att finna acceptans. Förslaget accepterades inte, men som vi senare kommer att se har ett nytt förslag utarbetats. För att inte gå händelserna i förväg presenteras här förslagets innehåll och det bakomliggande syftet, så som Barnkommittén formulerade sig. För att det skall vara lättare att följa med i texten har jag valt att ta med de förslag på kapitel och paragrafer som utredarna tänkte sig.

Barnkommittén ville alltså införa en moderskapspresumtion. Detta skulle förverkligas genom införande av en mängd nya regler, genom nya kapitel men också genom revidering av redan befintlig lagtext. Vi börjar i kapitel 1a som skulle motsvara faderskapsregleringen i Föräldrabalkens första kapitel.

Om modern, vid barnets födelse, var registrerad partner, skulle även hennes partner anses som barnets mor, om inte andra paragrafen sa något annat. Samma skulle gälla om modern var änka och barnet föddes inom sådan tid efter partners död att barnet kan vara avlat innan dess, FB1a:1. Rätten skulle förklara att den kvinna som enligt första paragrafen också skulle anses som mor inte var mor om vissa omständigheter förelåg. Dessa omständigheter var om det hade blivit utrett att modern haft samlag med en man under konceptionstiden och det med hänsyn till samtliga omständigheter var sannolikt att barnet avlats av denne. Vidare, om det var sannolikt, med hänsyn till samtliga omständigheter, att barnet avlats genom insemination och partnern inte hade samtyckt till ingreppet bröts presumtionen. Första paragrafen skulle inte gälla då partnern skriftligen godkände en mans bekräftelse av faderskapet till barnet, om bestämmelserna i FB1:4, om en mans faderskapsbekräftelse, iakttogs, om modern skriftligen godkände mannens bekräftelse eller då partnern inte samtyckt till insemination som barnet avlats genom, FB1a:2. I andra fall än de i FB1:1/1a:1 skulle moderskapet för modern fastställas genom bekräftelse eller genom dom. Förutsättningar härför var att barnet avlats genom insemination, FB1a:3.

Moderskapsbekräftelse enligt 3 § skulle ske skriftligen och bevittnas utav två personer. Socialnämnden skulle skriftligen godkänna bekräftelsen. Godkännande skulle även ges av modern eller en särskilt förordnad vårdnadshavare för barnet och av barnet då det var myndigt eller enligt FB6:2 inte stod under någons vårdnad. Socialnämnden fick endast lämna godkännande om samtycke från moderns sambo lämnats till inseminationen och det var sannolikt att barnet avlats genom inseminationen då man tar hänsyn till samtliga omständigheter. Även före barnets födelse kunde denna bekräftelse lämnas. I två situationer skulle rätten förklara att bekräftelsen saknade verkan. Den ena situationen var då det senare visade sig att den som

lämnat bekräftelsen inte lämnat samtycke till insemination. Den andra situationen var då det med hänsyn till samtliga omständigheter inte var sannolikt att barnet avlats genom insemination, FB1a:4.

Då moderskap skulle fastställas genom dom skulle rätten förklara att även moderns sambo skulle anses som mor till barnet då inseminationen hade skett med moderns sambos samtycke och det med hänsyn till samtliga omständigheter var sannolikt att barnet avlats genom inseminationen, FB1a:5.

Vidare så till det andra kapitlet där utredningen dels ville införa förändringar i det redan befintliga kapitlet, dels införa ett nytt andra kapitel. Andra kapitlet FB behandlar socialnämnds medverkan vid fastställande av faderskap.

Om inte en viss man enligt 1:2, eller en viss kvinna enligt 1a:1, kunde anses som far/mor till ett barn som stod under någons vårdnad var socialnämnden skyldig att försöka utreda vem som var barnets far och se till att faderskapet fastställdes, under förutsättning att barnet ägde hemvist i Sverige, FB2:1.

I FB2:8 regleras att socialnämnden skall föra protokoll över vad som förekommer vid utredningen och som är av betydelse för faderskapsfrågan. Här ansåg Barnkommittén att ett stycke skulle tilläggas innebärande att om barnet avlats genom insemination borde uppgift om spermagivaren antecknas i protokollet.

Om en viss man enligt faderskapspresumtionen skulle ses som far till ett barn som står under någons vårdnad, och hade barnet hemvist i Sverige, skulle socialnämnden utreda om någon annan man kunde vara far till barnet, om vårdnadshavaren/någon av vårdnadshavarna eller mannen begärde det och utredning ansågs lämpligt. Härefter skulle enligt utredningen tilläggas att om en viss kvinna enligt moderskapspresumtionen ansågs som mor till ett barn, och detta barn hade hemvist i Sverige, skulle socialnämnden utreda om det istället skulle fastställas ett faderskap för barnet. Talerätt hade vårdnadshavaren/någon av vårdnadshavarna eller kvinnan vilken enligt presumtionen ansågs som mor. För att utredning skulle göras måste det ha ansetts vara lämpligt att utföra en sådan. Vidare stod i paragrafen att för utredningen tillämpas 2-6, 8 §§. Utredningen fick läggas ned om skälen som angavs i 7 § första stycket p.1 eller p.4 förlåg, eller om det annars var lämpligt. Nytt var att om modern var registrerad partner borde, vid tillämpningen av 6 §, socialnämnden verka för att blodundersökning gjordes på barnet, modern och den som kunde vara far till barnet. Detta kunde ske på partners begäran eller om det fanns anledning att anta att modern haft samlag med en man under den tid då barnet kunde vara avlat, FB2:9.

Som tidigare nämnts menade Barnkommittén att ett nytt kapitel, 2a, skulle införas, ”om socialnämnds medverkan vid fastställande av moderskap”.

Om inte en viss man enligt 1:1 skulle anses som far, eller en viss kvinna som mor enligt 1a:1, till ett barn som står under någons vårdnad, var socialnämnden skyldig att försöka utreda vem som tillsammans med modern skulle anses som mor till barnet och se till att moderskapet fastställs. Barnet skulle dock ha Sverige som hemvist, FB2a:1. Vidare skulle det som står i 2:2-4, 8 §§ gälla också vid fastställande av moderskap, FB2a:2.

Om socialnämndens utredning visade att moderskapsfrågan kunde bedömas med tillräcklig säkerhet, borde nämnden ge den som enligt första kapitlet antas vara mor till barnet tillfälle att bekräfta moderskapet, FB2a:3.

Om moderns sambo begärde det skulle socialnämnden se till att blodundersökning görs på barnet, modern och den man som kan vara far till barnet. Detta skulle också gälla om det fanns anledning att anta att modern haft samlag med en man under den tid som barnet kunde vara avlat eller om barnet avlats genom en insemination till vilken sambon inte samtyckt, FB2a:4. En av socialnämnden påbörjad moderskapsundersökning fick läggas ned under vissa förutsättningar, vilka stadgades i FB2a:5.⁷²

Som sagt möttes förslaget av stark kritik vilket fick utredare att överväga alternativa lösningar till föräldraskapsregleringen kring assisterad befruktning.

4.3 Ds 2004:19- "Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella"

Efter att utredningens förslag om att lesbiska kvinnor skulle få möjlighet till assisterad befruktning resultat presenterats i SOU2001:10 höjdes det genom remissinstanserna många kritiska röster. Borde lesbiska kvinnor överhuvudtaget få möjlighet att genomgå assisterad befruktning? Hur skall det rättsliga föräldraskapet då regleras? Blir konsekvensen att faderskapet blir svårare att fastställa? Fler förslag på lösningen av det rättsliga föräldraskapet efterlystes. Ett var att gemensamt föräldraskap kan uppnås genom styvbarnsadoption.

Vid den efterföljande propositionens behandling sades att innan man vet hur det rättsliga föräldraskapet skall omdefinieras kan det inte tas beslut om det skall införas en möjlighet för lesbiska att genomgå assisterad befruktning. Regeringen ansåg det inte finnas skäl till att fördröja ett införande av den möjligheten, men ansåg att det behövdes mer underlag dessförinnan. Den här presenterade departementspromemorian redovisar de förändringar som bör vidtas för att det rättsliga föräldraskapet skall kunna anpassas efter en eventuell förändring av den assisterade befruktningsregleringen. Vad

⁷² SOU2001:10, s.37-44.

promemorian inte behandlar är dock själva frågan om införande av assisterad befruktning för homosexuella skall ske eller ej.⁷³

Barnets bästa uttrycks i Barnkonventionen. Redan före implementeringen motsvarade många regler redan dess krav, men nu har dessa regler och hänsynstaganden uttryckligen belysts. Sedan början av 1900-talet har svensk rätt ansett att två föräldrar är det som motsvarar det bästa för barnet. Orsaken härtill är för att trygga barnets ekonomi, dess sociala ställning men också barnets rättsliga trygghet. Regleringen har hittills kommit att handla om fastställande av faderskap eftersom det är där problemen uppstår då ett moderskap oftast faller sig naturligt. Det sistnämnda påståendet är dock numera en sanning med modifikation när vi nu har tillåtit äggdonation med donerat ägg. Det är det biologiska släktskapet som läggs i grunden för faderskapspresumtionen, men vid vissa tillfällen blir andra faktorer avgörande, som vid assisterad befruktning och vid adoption. Barnets rätt till kunskap om sitt ursprung måste lagstiftaren beakta när eventuell ny reglering kring assisterad befruktning utförs. Skulle man kunna undanta barn som kommer till genom assisterad befruktning rätten att få kännedom om spermagivaren/äggdonatorn? Lagstiftaren har besvarat nekande på den frågan då det finns möjlighet för barnet att få reda på givarens identitet.

Det diskussionerna främst rör sig om när det gäller den assisterade befruktningen är just rätten till två föräldrar. När befruktning sker, som den ser ut idag, garanteras barnet två föräldrar. Att införa rätt även för lesbiska kvinnor kräver en lagändring i FB så att samma skydd ges även till dessa barn.

När läkaren har gjort sin lämplighetsbedömning utser han en spermadonator som förblir okänd för paret. Endast undantagsvis utses en donator som är känd, men oavsett vem donatorn är så har denne inga rättsliga förpliktelser gentemot barnet. Att ändra på detta synsätt torde det inte finnas anledning till.⁷⁴

Vid assisterad befruktning uppstår föräldraskapet, trots biologiska skillnader, genom samtycke från moderns sambo eller make. Bakgrunden till detta är att det bästa för barnet är att växa upp i ett stabilt förhållande. I läkarens bedömning skall just denna aspekt ha beaktats och vidare huruvida de tilltänkta föräldrarna har förmåga att uppfostra och ta hand om ett barn. Slutsatsen utredningen drar är alltså att eftersom det bästa för barnet är två föräldrar och det finns en ohållbarhet i att lägga rättslig tyngd på spermadonatorn så bör föräldraskapet även för lesbiska par vara gemensamt.

Att ett gemensamt föräldraskap är det bästa för barnet kan vi nog alla vara ense om. Att det sedan råder delade meningar om huruvida samkönade föräldrar skall få en chans att erhålla gemensamt föräldraskap på detta sätt är en annan sak. Hur skall man gå till väga för att uppnå denna målsättning om lesbiska par får tillgång till assisterad befruktning? Ett förslag är att endast

⁷³ Ds2004:19, s.35ff.

⁷⁴ Ds2004:19, s.48f.

den födande kvinnan blir förälder vid barnets födelse. Den andra kvinnan får göra en styvbarnsadoption efteråt. Men här kommer problem att uppstå då det endast är registrerade partner som får göra denna sorts adoption. Samboende homosexuella skulle då först tvingas registrera sig som partner och sedan genomgå ett adoptionsförfarande eftersom endast make/maka eller partner får göra en styvbarnsadoption. Detta verkar vara byråkratiskt förödande och stridigt mot föräldrarnas och barnets intresse, vilket medför att alternativa lösningar eftersöks.

Adoption diskuterades vid införandet av inseminationsmöjligheterna, men istället knöts faderskapet alltså till det samtycke som maken/sambon lämnar vid inseminationen. Förutom samtycke skall det också med hänsyn till samtliga omständigheter vara sannolikt att barnet avlats genom just assisterad befruktning. Likartad lagformulering användes vid utformandet av regleringen kring provrörsbefruktning. Utredningen kom fram till att det inte finns någon anledning att använda något annat tillvägagångssätt för lesbiska par. Om samtycke lämnas, och sannolikhetsrekvisitet är uppfyllt, kan den födande modern inte avstyra partners/sambons föräldraskap. Lagtekniskt skulle det då finnas två mödrar. Att använda sig av någon annan benämning, till exempel medmor eller medförälder, skulle påvisa en skillnad mellan mödrarna, vilket inte är syftet.⁷⁵

I de fall då den assisterade befruktningen skett utanför den svenska sjukvården blir sambon/maken att ses som far, under förutsättning att samtycke lämnats och att det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har avlats genom befruktningen. Spermadonatorn har inte heller här något rättsligt förhållande gentemot barnet. Vad händer om ”dubbelt mödraskap”⁷⁶ skulle införas? Utredningen menar att vid privat assisterad befruktning skall inte mödraskapsregeln bli tillämplig. Detta baseras på att donatorn ofta är en närstående till paret. Donatorn har ibland även del i vårdsnaden. Det finns undersökningar som visar på att även om möjlighet att få assisterad befruktning skulle ges till lesbiska par skulle cirka trettio procent av de tillfrågade ändå använda sig av privat insemination, och då använda en närstående donator. Det bästa för barnet i de här fallen skulle vid en eventuell konflikt mellan modern/mödrarna och donatorn då vara en fortsatt bra kontakt med fadern och för att förenkla detta bör man fortsätta fastställa faderskapet i dessa fall. Möjligheten för den andra modern skulle då vara adoption, en kvarstående möjlighet från dagens reglering.

Fastställande av faderskap sker antingen genom faderskapspresumtion eller genom bekräftelse eller dom. Vid homosexuella samboskap bör samma reglering som för heterosexuella sambor användas, alltså fastställelse ske genom dom eller genom bekräftelse. För giltighet skall samma rekvisit som för fastställande av faderskap gälla. Problematiken blir större, och kritiken hårdare, för ett införande av den moderskapspresumtion som kommittén tidigare föreslagit och som också redovisats tidigare. Faderskapspresumtionen skall verka för att underlätta bevisytningen för

⁷⁵ Ds2004:19, s.50f.

⁷⁶ Observera, författarens terminologi.

barnet och syfta till att fastställa ett materiellt riktigt resultat så ofta som möjligt. En moderskapspresumtion skulle enbart komma att gälla i de fall då modern genomgått en befruktning inom den svenska sjukvården. Som undersökningar har visat tilltalar inte denna föräldraskapsmöjlighet den aktuella föräldragruppen utan adoption eller privat insemination är de alternativ som hellre går före. Endast ett fåtal barn skulle då komma att få föräldrar enligt moderskapspresumtionen. Gör man dessutom samma reglering som för fäder kan en mor väcka talan om att hon inte är moder. Barnet skulle då ändå få en förälder, något som inte kan anses vara regleringens syfte. En frivillig bekräftelse genom dom borde bli första alternativet för partnern, annars fastställelse genom dom. Detta ska genomföras med hjälp av ett införande av en ny paragraf, FB1:8.⁷⁷

Ett tillägg bör göras i FB1:3, vilken behandlar de fall när faderskapet till ett barn skall fastställas. I fall som avses i 8 § skall istället moderskapet fastställas.⁷⁸

Socialnämnden skall utreda moderskapet och se till att ett moderskapsfastställande görs om det finns anledning att anta att en kvinna skall anses som mor till ett barn jämte den kvinna som föder barnet. Regleringen som nu gäller vid faderskapsutredningar bör utvidgas till att innefatta även moderskapsutredningar. Enligt FB2:6 bör blodundersökningar vid socialnämndens utredning göras. Att låta den kvinna som skall ses som barnets moder testas har ingen större relevans. Men kan man testa spermagivaren finns det därigenom en möjlighet att fastställa om barnet tillkommit genom inseminationen och om moderskapet därmed bör fastställas. Rättegångsregler för faderskap bör gälla moderskap likaså.

Lagen om erkännande av nordiska faderskapsavgöranden och Lag om internationella faderskapsfrågor bör gälla även moderskap. Då konflikt uppstår mellan ett i utlandet fastställt faderskap och ett i Sverige fastställt moderskap bör de vanliga konfliktlösningsreglerna gälla. Det föräldraskapsbeslut som tagits först skall vinna företräde.⁷⁹ Så vitt utredningen vet finns det inte någon liknande moderskapsreglering i något annat land. Om en moderskapsfastställelse och dess rättsverkningar erkänns utomlands är upp till det aktuella landets lagstiftning. Barnets rättsliga intressen kan då tillgodoses exempelvis genom upprättande av testamente.⁸⁰

Att införa ett ”dubbelt mödraskap” ger krav på vissa följdförändringar. I många paragrafer står det ”föräldrar” och att båda mödrarna skall komma att ingå här under råder det ju ingen tvekan om. I de fall där det uttryckligen står om ett barns mor skall huvudregeln vara att det som gäller en mor skall gälla även den icke biologiska modern. Vissa bestämmelser gäller enbart den födande modern och bör så förbli. Sådan bestämmelse hittas i FB6:3 där

⁷⁷ Ds2004:19, s.52-55.

⁷⁸ Ds2004:19, s.79f.

⁷⁹ Se vidare kap.2.4.2 om konfliktlösning vid faderskapsfastställelse.

⁸⁰ Ds2004:19, s.56-61.

det står att barnet står från födseln under båda föräldrarnas vårdnad om dessa är gifta och i annat fall står modern som ensam vårdnadshavare. Även BrB3:3 om barnadråp och Föräldradighetslagen (1995:584) 4 § gäller bara den moder vilken föder barnet. Vidare gäller bestämmelser för barnets far, men som också bör tillämpas på modern enligt förslaget. I lag (1996:1030) om underhållsstöd 4 § står att ett barn kan vägras underhållsstöd om kvinnan som fött barnet uppenbarligen utan giltigt skäl låter bli att medverka till, eller vidta åtgärder för, att faderskapet skall kunna fastställas. Denna reglering bör gälla moderskap likaså.⁸¹

Faderskapet skall genom dom kunna fastställas om det är utrett att barnet är avlat av honom. Faderskapet skall kunna fastställas om det är utrett att mannen haft samlag med barnets mor eller att en befruktning på annat sätt har skett med mannens sperma under konceptionstiden och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har avlats av mannen.⁸² Utgångspunkten bör vara att fastställande av faderskap skall kunna ske genom dom utan att det spelar någon roll hur barnet har kommit till. Regeln är särskilt tänkt att komma till användning i de fall då befruktningen skett utanför den svenska sjukvården och då kvinnan är gift/sambo och där mannen inte lämnat samtycke. Även då befruktning inom sjukvården skett men där samtycke inte förelegat skall regeln tillämpas.

Utredningen menar att på grund av den problematik som finns för dessa barn och då man skall beakta barnets bästa och barnets rätt till kunskap om sitt ursprung så bör spermadonatorn kunna fastställas som far. Även i de fall då den assisterade befruktningen skett inom det svenska sjukvårdssystemet finns det alltså tillfällen då maken/partnern/sambon inte gett samtycke. Förvisso finns det risker med att införa en sådan här reglering då donatorn aldrig kan vara säker på att det inte blir några rättsliga konsekvenser. Detta kan verka hindrande i den mån att färre väljer att donera och ett betydande samhällsintresse påverkas. Mot givarens intresse skall ställas aspekten att privat insemination är en önskad och okontrollerad verksamhet. Även då det kan bli svårt att hitta en privat givare bör det inte ställas hinder i vägen för att, vid behov, fastställa faderskapet. Att fastställa faderskapet skall vara möjligt att göra om inte någon annan skall ses som barnets far enligt FB:s första kapitel. Dock valde utredningen att undanta de män som donerar sperma inom sjukvården. Dessa män kan inte bli rättslig far om det senare visar sig att något samtycke från sambo/make/partner inte förelegat.

Slutligen, regleringen skall endast tillämpas på de barn som är födda efter regleringens införande.⁸³

⁸¹ Även Lag (1969:620) om ers. i vissa fall för utgivna underhållsbidrag, Lag (1962:381) om allmän försäkring 4:10 och att även en kvinna bör få tidsbegränsat uppehållstillstånd om det kan behövas för att man skall kunna genomföra en moderskapsutredning, Utlänningslagen (1989:529) 4 kapitlet 4c §.

⁸² Ds2004:19, s.65.

⁸³ Ds2004:19, s.71, 73.

5 Principen om ”barnets bästa”

Genom Barnkonventionens⁸⁴ tillkomst gjordes en del förtydliganden i, för vårt intresse, den nationella familjerätten. I konventionen åskådliggörs samhällets intressen och konflikten som uppstår då reglering skall göras mellan å ena sidan starka samhällsintressen och å andra sidan familjens intressen, vilka berör det mest privata för den enskilde individen. Barnkonventionen har som grundtanke att ”vid alla åtgärder som rör barn... skall barnets bästa komma i främsta rummet”. Barnets bästa finns som begrepp i både svensk och internationell rätt sedan tidigare, men det är just betoningen på alla åtgärder som gör Barnkonventionen unik. Konventionen härleds ur synen på barn som innehavare av totalt människovärde och därmed att barns intressen är lika viktiga som vuxnas. Barn är extra sårbara då de inte alltid kan beakta sina intressen och då måste det poängteras att de vuxna skall ha barns intressen i åtanke när besluten berör dem. För att veta vad som är barnets bästa måste utredare och beslutsfattare använda ett barnperspektiv, det vill säga sätta barnet i fokus genom att sätta sig in i och försöka förstå barnets situation. Den svenska Barnkommittén⁸⁵ har föreslagit att barnets bästa skall tolkas dels i ett objektiva perspektiv genom användande av vedertagna kunskaper om barn, dels i ett subjektivt perspektiv innebärande att barnet självt kommer till tals. Att begreppet inte är definierat är ett medvetet val av lagstiftaren för att bibehålla den nödvändiga flexibiliteten i det enskilda fallet. Efter implementeringen av Barnkonventionen i svensk rätt har begreppet barnets bästa uttryckligen tagits in på ett antal ställen i regelverket, exempelvis i FB och i Socialtjänstlagen.⁸⁶

I Barnkonventionens inledning står att barnet bör växa upp i en familjemiljö, med kärlek, förståelse och lycka för att kunna utvecklas till en fullständig och harmonisk personlighet.

I Barnkonventionens artikel 3 står att läsa att barnets bästa alltid skall beaktas i beslutsfattandet. Även om ett barnperspektiv alltid skall beaktas innebär det inte att perspektivet måste vara det utslagsgivande. Myndigheter måste kunna visa att de tog beslutet från den här utgångspunkten så att barnets bästa kommer i främsta rummet. Konventionsstaterna åtar sig att tillförsäkra barnet sådant skydd och sådan omvårdnad som behövs för dess välfärd, med hänsyn tagen till de rättigheter/skyldigheter som deras föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer som har lagligt ansvar för barnet, besitter. För att tillgodose detta ändamål skall alla tillämpliga lagstiftnings- och administrativa åtgärder göras. Konventionsstaterna skall

⁸⁴ FN:s konvention om barnets rättigheter, antagen av FN:s generalsamling 20/11-1989. Ratificerades i Sverige 1990.

⁸⁵ En parlamentarisk kommitté som 1996 av regeringen fick i uppdrag att göra en översyn av hur svenska lagstiftning och praxis förhåller sig till bestämmelserna i Barnkonventionen. Deras arbete resulterade i SOU1996:115 och SOU1997:117.

⁸⁶ SOU1997:116, s.138, prop.1997/98:7, s.47, prop.1989/90:107.

dessutom säkerställa att institutioner, tjänster och inrättningar, som ansvarar för vård eller skydd av barn, uppfyller av behöriga myndigheter fastställda normer. Detta gäller särskilt säkerhet, hälsa, personalens antal, och lämplighet och behörig tillsyn.

Barnets rätt till liv regleras i artikel 6. Konventionsstaterna skall anstränga sig till det yttersta för att säkra barnets utveckling och överlevnad. Med detta menas att staterna även skall företa aktiva, positiva åtgärder.⁸⁷

I konventionens artikel 7 står att barnet skall registreras omedelbart efter födelsen och skall från den tidpunkten ha rätt till ett namn, rätt att förvärva ett medborgarskap och, så långt det är möjligt, rätt att få vetskap om sina föräldrar och bli omvårdad av dem. Det åligger även här konventionsstaterna att säkerställa genomförandet av dessa rättigheter i enlighet med sin nationella lagstiftning och sina åtaganden enligt tillämpliga nationella instrument på detta område, särskilt i de fall då barnet annars skulle vara statslöst.

Att tankesättet redan tidigare går att finna i svensk lagstiftning beror på att vi i början av 1900-talet ville ändra på barnets dåvarande ställning, eller, mer ackurat, bristande ställning. Mellan 1917 och 1924 kom de första lagarna som specifikt berörde barn. Redan då fanns en tanke om att vuxna behövde ta tillvara barnets bästa. Under den här tiden skapades vårdnadsbegreppet. Vid revideringen av vårdnads-, boende- och umgängeslagstiftningen visade kommitténs efterforskningar att domstolar faktiskt beaktar barnets bästa vid deras beslutsfattande. Socialtjänstlagen, lagen om vård av unga, utlänningslagen och kriminalvårdslagstiftningen har reviderats och utformats för att beakta barnets intressen likaså. I propositionen⁸⁸ trycks på vikten av att följa upp om regleringen verkligen tillämpas i praktiken och att uppföljningen bäst skulle tillgodoses genom konsekvensanalyser.

Barnets bästa som begrepp är obeständigt. Innebörden utvecklas och förändras efter tiden och bedömningen är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Bedömningen måste beakta allt som rör barnets fysiska och psykiska välbefinnande och utveckling. Både de kortsiktiga som de långsiktiga konsekvenserna av olika beslut måste övervägas. När man i det här aktuella sammanhanget, faderskapsbestämning, beaktar barnets bästa är det några särskilda saker som det tas fasta på. Barnet har rätt till två föräldrar. Då föräldraskapets rättsverkningar baseras utifrån barnets behov, bland annat omvårdnad och försörjning, har det ansetts att barnets behov bäst tillgodoses genom två ansvarstagande parter. Barnet har också rätt att få kännedom om sitt ursprung. Vidare bör barnets intresse av ekonomisk trygghet beaktas, men likaså barnets behov av social trygghet skall väga in.⁸⁹

⁸⁷ Prop.2001/02:89, s.21.

⁸⁸ Prop.1997/98:7.

⁸⁹ Prop.1997/98:7, s.101, Ds2001:53, s.71, Singer, SvJT 2002, nr.4, s.386, Singer, JT1995-96, s.1067.

För barn som tillkommit genom insemination uppstår särskilt frågor kring barnets rätt att veta sitt ursprung. Som det ser ut nu har barnet rätt att få ta del av de uppgifter om givaren som finns antecknade i sjukhusets särskilda journal. Ett kriterium är dock att barnet uppnått tillräcklig mognad, InsemL 4 §. Att regleringen utformats på detta sätt är just ett poängterande av vikten för barnet att få reda på sin härkomst, ett officiellt prioriterande av att barnets intresse av vetskap om sin härkomst ställs före föräldrarnas rätt till familjeliv och donatorns rätt att vara anonym. Att lagstiftaren infört ”om barnet uppnått tillräcklig mognad” är för att skydda barnet från information som mer skadar än inverkar positivt. Bedömningen av barnets mognad överlämnas till största delen åt föräldrarna. När insemineringen sker bör föräldrarna bli upplysta om vikten av att vara uppriktiga gentemot barnet. Att avgöra barnets mognad är dock ingen enkel uppgift. Generellt kan barn i övre tonåren antas besitta tillräcklig mognad, men en in casu-bedömning måste göras. Samtal med barnet görs tillsammans med sjukhuspersonal, både till hjälp för mognadsbedömningen men även för hjälp med bearbetning av informationen.

Till skydd för givaren får information endast lämnas ut till barnet. Givarens identitet lämnas alltså inte ut på förfrågan från föräldrar eller någon annan. Information som barnet ges är förutom givarens identitet även saker som utseende, yrke. Information som kan skada givarens integritet bör inte finnas antecknade.⁹⁰

Frågan om barnets rätt att få vetskap om spermadonatorns identitet har varit ett debattämne. Bland andra de läkare som utför insemineringarna protesterade mot att anonymiteten för givaren inte skulle upprätthållas. Största faran med ett införande av den här regleringen skulle vara att donatorer skulle bli svåra att få tag i. Detta skulle i sin tur medföra att par lät genomgå privat insemination antingen illegalt eller utomlands. Ett annat motargument var att givarens syfte var att ge barnlösa en möjlighet att förändra sin familjesituation, i rent godhjärtat syfte. Att sedan leva med ovissheten om att senare bli uppsökt av barnet skulle även det ses som ett hinder för att donera. Dessa negativa sidor har dock inte ansetts vara tillräckligt starka för att gå före barnets rätt till vetskap om sitt ursprung.

Enligt Ewerlöf/Sverne kan inte InsemL bygga på anonymitet för givaren om man har barnets bästa för ögonen. De menar att man borde dra nytta av den forskning som gjorts när det gäller adoptivbarns vilja och behov av att få kunskap om sitt ursprung då forskning runt barn som tillkommit genom insemination är näst intill obefintlig. Enligt svensk, amerikansk, kanadensisk och brittisk adoptivbarnsforskning finns hos dessa barn ett behov av att veta sitt ursprung. I den svenska forskningen har det vidare visat sig att barn vill ha reda på att de är adopterade av sina föräldrar och inte få den informationen genom utomstående.⁹¹

⁹⁰ Walin, Vängby, kap.1, s.42-43, Ryrstedt, SvJT 2003, häfte 5-6, s.574-575.

⁹¹ Ewerlöf, Sverne, s.135, 137.

Antagligen är det endast ett fåtal av barnen vilka tillkommit på det här sättet som vill uppsöka givaren personligen. Om barnet vill ha kontakt bör sjukhuspersonal eller socialförvaltningen kontakta givaren. Är givaren då avogt inställd till kontakt bör ett försök avstyras, både för givarens men även för barnets skull. Man tror att barnet skulle respektera givarens inställning framför sitt intresse av kontakt, vilket även visas i liknande situationer i fall med adoptivbarn. Två mycket intressanta forskningsstudier har gjorts vilka visade på att barn som tillkommit genom givarinsemination hade fått reda på sitt ursprung då föräldrarna försagt sig. Det som var jobbigast för barnen, och även för de som nu var vuxna, var inte på vilket sätt de tillkommit utan sättet de fick reda på det. Dessutom visade det sig i den ena forskningsstudien att barnen ville ha reda på vem givaren är, hans yrke, intressen och hälsa men någon önskan om att träffa vederbörande hade de överlag inte.⁹²

⁹² Se närmare i Ewerlöf, Sverne, s.135.

6 Revidering av gällande rätt

6.1 Inledning

För att vår lagstiftning i större utsträckning skall tillgodose barnets intressen och för att blivande föräldrar skall behandlas på lika premisser anser jag att vi behöver göra revideringar av gällande rätt. Som regleringen ser ut idag missgynnar den de barn som föds utom äktenskapet. För att skydda barnen och låta deras röst höras bör lagstiftningen genomgå förändringar. Vidare särbehandlas föräldrar på grund av om de valt att ingå äktenskap eller inte. Är särbehandlingen legitimerad eller finns det alternativa sätt att utföra lagstiftningen på?

I detta kapitel kommer det i tur och ordning att tas upp frågeställningarna om hävande av faderskapspresumtionen, införande av assisterad befruktning för samkönade, frågan om hur det rättsliga föräldraskapet skall uppnås i dessa fall och slutligen ett införande av upplysningsplikt.

6.2 Hävande av faderskapspresumtionen

Frågan som ställs i den här delen är huruvida det är rimligt att bevara faderskapspresumtionen. Jag kommer här att förespråka ett borttagande av presumtionen med att bekräftelse av faderskap istället skall anses vara huvudregel.

Det här kapitlet kommer att behandla faderskapspresumtionens legitimitet i dagens samhälle. Det finns här många intressanta frågeställningar. Då faderskapsregleringen inte avspeglar dagens samhälle, finns det ändå legitimitet för att låta den kvarstå? Vad finns det för alternativa lösningar? Sedan 1990-talet sägs det uttryckligen i vår lagstiftning att barnets bästa skall beaktas vid alla beslut som rör barn. Vem tar faderskapspresumtionen hänsyn till egentligen? Vems bästa beaktas vid bevarandet av regleringen? Vad har ens status för något att göra med att vara förälder? Skulle det vara så att man oftare kan lita på att makarna gemensamt skaffat barn och att man misstror att sambor är varandra trogna? Är det verkligen så att lagstiftningen behöver vara neutral bokstavligen, eller är ett kvarvarande av presumtionen möjlig? Det uppstår många frågetecken då problematiken kring fastställande av faderskap läggs under lupp. Här skall jag göra mitt bästa för att bena upp problematiken och lägga fram förslag på faderskapspresumtionens upphävande och en alternativ lösning när det gäller fastställande av faderskap.

Äktenskapets normativa utveckling mot den reglering vi har idag har varit en utveckling från status till kontrakt. Skyddet för etablerad position är ett grundläggande mönster med historisk bakgrund. Detta starka, normativa

mönster är synligt på flera ställen i normmängden. Då avtalet ses som en normativ relation ställs särintressen mot de normativa relationerna inom en grupp. De normativa relationerna bildar en helhetsstruktur inom gruppen. Inom gruppen finns det plikter men det finns varken rättigheter eller utrymme för några särintressen. Finns det särintressen måste dessa stå tillbaka för gruppens bästa. För att det gemensamma intresset skall tillgodoses måste ett harmoniskt tillstånd råda. Ett gemensamt intresse av att systemet hålls ihop bildas då systemet sörjer för individen. Det oupplösliga äktenskapet satte det gemensamma bästa framför individens intressen och ger därmed uttryck för det harmoniska statusförhållandet.⁹³

Avtalet däremot ses ur ett konfliktperspektiv. Avtalets parter har särintressen och självständighet föreligger på ett annat sätt. Parterna är jämställda, vilket är en förutsättning för att ett avtalsförhållande skall fungera. Om konflikt mellan intressena uppstår får det gemensamma bästa stå tillbaka. Ett avtal kan brytas om särintressena tar överhanden.⁹⁴

Innan industrisamhället gjorde sin frammarsch, vilket medförde att avtalet kom att växa i betydelse, var individen beroende av vilken social ställning, eller social status, individen hade i samhället. Familjen var länge en stark enhet och familjen var den viktigaste sociala institutionen. Äktenskapslagstiftningen hade som målsättning att garantera reproduktionen av äktenskapet. Statusen var något mer eller mindre självklart och kunde inte förändras. Enligt den romersk-katolska kyrkans syn var äktenskapet ett livslångt åtagande. Med reformationen och den Lutherska kyrkans inträde fanns vissa möjligheter till skilsmässa, men inställningen i samhället var att skilsmässa endast skulle ske i extrema undantagsfall. Äktenskapets funktion var från början ett skydd för familjen och likaså ett skydd av etablerad position då det var oupplösligt.⁹⁵

Familjen sågs som en stabil enhet och som något skyddsvärt. I 1571 års kyrkolag, 1686 års kyrkolag och 1734 års giftermålsbalk kunde skilsmässa ske vid hor och övergivande. Det oupplösliga äktenskapet tydliggör mönstret för statusförhållandet. Äktenskapet prioriterades framför den enskilda individens intressen vilket gjorde att den status som institutet medförde även band individen till äktenskapet. Kvinnans ställning i samhället var beroende av huruvida hon var gift eller inte.⁹⁶

Med industrialismen förändrades synen. Familjen som sedan länge setts som en försörjningsenhet trängdes tillbaka då industrier växte fram och lönearbetet gjorde sitt inträde. Urbanisering skedde vilket i sin tur medförde att den speciella kontrollen som familjen tidigare hade och den kyrkliga kontrollen kom att avta liksom äktenskapets starka band försvagades till förmån för individens självständighet. Den patriarkaliska familjen var även

⁹³ Christensen, TfR 4/96, s.563, Ryrstedt, Eva, "Bodelning och bostad- Ekonomisk självständighet eller gemenskap", Juristförlaget i Lund, Lund, 1998, s.20f.

⁹⁴ Ibid, s.563, ibid, s.20f.

⁹⁵ Christensen, TfR 4/96, s.530, Numhauser- Henning, s.132-133.

⁹⁶ Numhauser- Henning, Hyden, s.132-133, TfR 4/96, s.560.

ett viktigt normativt mönster för arbetstagarorganisationer utanför familjen. Då 1800-talets arbetsrätt hade starka inslag av statusförhållande uppkom genom arbetsavtal arbetstagarens frigörelse från det gamla statusförhållandet. Vidare underlät den framväxande arbetarklassen att ingå äktenskap och de borgerliga familjerna använde sig av skilsmässogrunderna "egenvilligt övergivande" alltmer för att uttrycka det samförstånd om önskan om skilsmässa som fanns hos makarna. Den äktenskapliga regleringen kom därmed att följa de samhällsliga förändringarna.⁹⁷

1915 infördes en ny skilsmässogrund, "djup och varaktig söndring". Härigenom stadgades att ett hemskillnadsår skulle införas.⁹⁸ Denna skilsmässogrund hävdades först 1968 men hemskillnadsåret kvarstod. Det var först genom den fria skilsmässans införande på 1970-talet som den stegvisa förändring, vilken ledde till att äktenskapet gick från ett statusinstitut till en kontraktssyn, ansågs vara till ända. Skilsmässofrekvensen ökade numera successivt. Friare tänkande på 1970-talet ledde till att "fri" skilsmässa infördes 1973. Genom de ökade möjligheterna att upplösa äktenskapet försvann skyddet för etablerad position i samma takt. Båda parter fick rätt att få äktenskapet upplöst. Att båda parter är jämbördiga är ett uttryck för den syn på äktenskapet som avtal som växte fram⁹⁹

En möjlighet till underhåll efter äktenskapet kom 1915. Successivt kom underhåll till makarna att utdömas allt mer sällan och allt oftare begränsades underhållsskyldigheten i tiden. Lagändringar 1978 ledde till att huvudprincipen fortsättningsvis skulle vara att underhåll inte skulle utgå efter skilsmässa. Genom underhållsskyddet efter skilsmässa och även genom änkepensionen, vilken nyligen avskaffades, synliggjordes skyddet av den etablerade positionen.¹⁰⁰

Skyddet för den etablerade positionen skiljer sig från statusförhållandet, vilket även det är att ses som ett normativt grundmönster. Likt andra normativa grundmönster går det inte att finna status/kontraktsförhållandet som renodlat begrepp i realiteten. 1800-1900-talens utveckling i den äktenskapliga rätten gick från status till kontrakt. Denna utveckling är enligt Christensen inte något marknadsfunktionellt mönster utan ett mer övergripande normativt mönster. Försiktighet bör iakttagas med att dra alltför långtgående paralleller mellan det övergripande normativa mönstret och det marknadsfunktionalistiska mönstret. Genom det övergripande mönstret ville man säkra den personliga friheten och autonomi.¹⁰¹

Det övergripande normativa mönstret säkrar ekonomin och den personliga friheten. Det ligger antagligen en del i att kvinnan hade i de tidigare rättssamhällena ett behov av att få skydd för sin position i äktenskapet. När

⁹⁷ Christensen, TFR 4/96, s.560, 572, Numhauser- Henning, s.132-133.

⁹⁸ SFS1968:758.

⁹⁹ Christensen, TFR 4/96, s.560f, 570-572.

¹⁰⁰ Christensen, TFR 4/96, s.570-572, Agell, Anders, "Underhåll till barn och make", 4:e uppl., Iustus Förlag, 1988, s.110-113.

¹⁰¹ Christensen, TFR 4/96, s.571f.

industrin, och lönearbetet med den, kom att bli en starkare försörjningsmöjlighet, och i och med att kvinnan senare på 1970-talet fick möjlighet att arbeta minskade behovet av det starka skydd äktenskapet givit. Genom det sociala försäkringssystem som växte fram tog staten över försörjningsansvaret från familjen.¹⁰²

Genom avtalets inträde fick individen större möjligheter att kunna etablera den position han ville ha. Från att ha styrts av de i gruppen givna relationerna fick individen chansen att själv skapa sig en social ställning. Fortfarande finns det inslag av det gamla statustänkandet i äktenskapet, men till skillnad från tidigare återkommer friheten vid en skilsmässa. Ett synliggörande av mönstrens konfliktnatur görs genom att den enes avtalsfrihet kan innebära att konsekvensen för den andre parten blir att denne förlorar sin position.¹⁰³

Faderskapspresumtionen kommer från en tid då familjen och äktenskapet var otroligt viktigt, socialt, ekonomiskt och rättsligt sett. I den tid vi nu lever i är äktenskapet inte längre en statusbringande handling. Även par som inte ingår äktenskap ses som legitima par. I ett samhälle där allt fler väljer att inte ingå äktenskap borde regleringen inte heller vara utformad därefter. Med tanke på den historik som här har belysts och den historik som belystes kring äktenskapet och faderskapsbestämmelse i kapitel två syns klart och tydligt orsakerna bakom varför faderskapspresumtionen bevarades. Var man inte gift ingick man i de tidiga rättsordningarna inte i familjegemenskapen som kom därtill. Barnets rättsliga, sociala och ekonomiska ställning påverkades då oerhört mycket av om dess föräldrar var gifta eller inte. Som tidigare redovisning visat kunde ett barn fött utom äktenskapet ses som både fader- och moderlöst. Det berodde mycket på faderns ”goda” vilja om barnet skulle erhålla ett bekräftat faderskap. Regeln var viktig även ur samhällets synvinkel då de ekonomiska möjligheterna att försörja faderskaplösa barn var näst intill obefintlig. Därför behövdes presumtionen för att säkerställa att fler barn fick bekräftat föräldraskap. Regleringens upprätthållande hade antagligen ett stort ekonomiskt värde. Just den starka koncentrationen kring familjen och dess sammanhållning spelade stor roll. Ett tillhörande till en familj var väldigt viktigt. Reglerna om legitimation bekräftar ytterligare dessa tankegångar.

En annan aspekt var att barn födda utom äktenskapet ansågs fick skylla sig själva. Med detta menas att hade deras föräldrar begått en synd genom att ha sexuellt umgänge utanför äktenskapet får barnet ta konsekvenserna av föräldrarnas handlande. För utsatta barn var antagligen fattigstugorna det enda alternativet.

Först på 1970-talet togs termerna ”oäkta” och ”äkta” barn ur vår lagstiftning. Ändå väljer vi att ha kvar en föräldraskapsreglering vilken särskiljer barn. Det är fortfarande av betydelse att tillhöra en familj, men det är inte tillnärmelsevis samma familjära värderingar längre. I och med att

¹⁰² Numhauser-Henning, Hyden, s.132-133, Christensen, TfR 4/96, s.571.

¹⁰³ Christensen, TfR 4/96, s.530.

äktenskapet har förlorat i betydelse har familjebilden förändrats. Kvinnans ställning i samhället och i familjen har förändrats. Familjen har gått från att vara ett patriarkat till en sammanslutning av två självständiga individer. Försörjningsbördan ligger inte längre enbart på mannen och skötseln av hemmet och barnen är inte enbart kvinnans uppgift längre. Jämställdhetstankar har successivt kommit att genomsyra samhället och därigenom är parterna inte längre lika starkt beroende av varandra. Parbildningarna har övergått från att baseras utifrån en överlevnadsstrategi till att utgå från emotionella intressen. Eftersom allt fler människor har mer än ett varaktigt förhållande under sin livstid har familjebilden kommit att förändras. Genom att föräldrar oftare separerar/skiljer sig kan barnen nu komma att få fler närstående. Synen på familjen som ett obrytbart förbund finns inte längre. Kärnfamiljsbegreppet har kommit att utvidgas. Som exempel på detta syns familjer där föräldrarna är samkönade bli allt vanligare, något som för några decennier sedan var helt otänkbart. Adoptionslagstiftningen har anpassats efter samhällsförändringarna och föräldrabegreppet har utvidgats.

Tidigare var samhället i större behov av att familjemedlemmarna sågs som en enhet och kunde försörja varandra. Länge var det familjens uppgift att ta hand om varandra och framför allt ta hand om dem som inte kunde försörja sig själva. När utvecklingen gick mot att familjemedlemskap minskade i betydelse ökade vikten av att vara delaktig i samhället. Även då allt mer ansvar för samhällsmedborgarna kom att läggas på samhället var nödtorftig fattigvård det enda samhället kunde hålla de utstötta med då det inte fanns nog med resurser. Vikten av att så många barn som möjligt fick två föräldrar var fortfarande stark ur ett samhällsekonomiskt perspektiv. Faderskapspresumtionen var fortfarande legitimerad på grund av dess enkelhet och av dess konsekvenser att fler barn fick två föräldrar och fler barn kom att bli försörjda av föräldrarna och inte av samhället. Sedan dess har samhällsutvecklingen gått fort. Samhället som enhet är stabilare och sociala skyddsnät har byggts ut för att betona vikten av skyddet för samhällsmedborgaren.

Visst finns det positiva sidor av att ha kvar presumtionsregeln. Det ligger i samhällets intresse att beslut som tas ofta och är någorlunda rutinmässiga skall kunna hanteras snabbt och effektivt för att hålla nere handläggningskostnaderna. När omsorgen hos föräldrarna brister är det samhället som får rycka in. Ur samhällets synvinkel är det bra om regleringen underlättar ett fastställande av gemensamt föräldraskap. Genom att fastställa två föräldrar hoppas man kunna minska risken av att samhället får betala för barnen. Även att effektivisera rutinbeslut ligger i samhällets intresse. Samtidigt bör samhället lita på att föräldrarna vill sitt barns bästa. Regleringen skall användas till att skydda de barn där föräldrarnas omsorg och ansvarstagande brister. Vidare ur det samhällsekonomiska perspektivet är det naturligtvis bra att ha en automatiserad reglering. Att slippa ifrån att göra utredningar för att ta reda på barns föräldrar sparar ju samhället en hel del pengar, samtidigt som man vet att barn då får en ekonomiskt ansvarstagande part även längre fram.

Ett införande av en presumtionsreglering där även sambor skulle komma att ingå tror jag skulle vara svårt. Definitionen på samboskap är att man "bor tillsammans under äktenskapsliknande förhållanden", SamboL 1 §. Hur gör man i de förhållanden där konceptionstiden befinner sig i förhållandets "gråzon", när man ännu inte har ett stabilt förhållande. Skall man då utgå från att paret har bundit sig eftersom paret bor tillsammans efter det att de fått reda på att de skulle få ett barn? Eller att paret har en gemensam ekonomi? Presumtionen är gjord för att tillämpas i de fall då man har en klar fastställd tidpunkt för ingående av tvåsamheten. Enligt mitt tycke fungerar presumtionen bra i de fall då man har ingått äktenskap, men den blir svårare, om inte rent omöjlig, att praktiskt tillämpa i samboskap.

När det gäller situationen med assisterad befruktning och registrerade partner anser jag det vara väldigt svårt att införa en presumtion vilken bygger på att man med stor sannolikhet avlat barnet tillsammans där de biologiska förutsättningarna inte är sådana att man kan få barn tillsammans.

Det finns dock det som talar för ett hävande av faderskapspresumtionen. Som det ser ut nu särbehandlas föräldrar som är gifta, registrerade partner, heterosexuella eller homosexuella samboende och ensamstående. Presumtionen bygger på en biologisk sannolikhet och frågan vi ställer oss är naturligtvis om det är rätt i dagens samhälle att sätta likhetstecken mellan biologisk sannolikhet och äktenskap? Vad är det som säger att makar är troligare fäder än en man som "bara" är sambo. Är det så att vår reglering skall bygga på biologiskt föräldraskap när vi mer och mer accepterar det sociala föräldraskapet? Detta synliggörs i regleringen kring den assisterade befruktningen där den genetiska fadern, spermadonatorn, och den genetiska modern, äggdonatorn, aldrig blir rättsliga föräldrar. För att undvika att föräldrar särbehandlas anser jag att en förändring är nödvändig. Den särbehandling som nu finns anser jag inte vara legitimerad då den bygger på en föråldrad samhällssyn. Föräldraskapet borde erhållas på så likvärdiga premisser som möjligt.

Varför är det då viktigt att i bokstavig mening ha en neutral lagstiftning? Här kommer likabehandlingsprincipen in. Alla har rätt att bli lika behandlade i likvärdiga situationer. Visst väger samhällsekonomiska skäl in och visst bör hanteringen ske effektivt. Men att använda en alternativ lösning, att alla fäder istället får bekräfta sitt faderskap, anser jag vara en lösning som inte är alltför kostnadsförödande.

Faderskapsbestämning har i stort sett tre viktiga intressen att tillgodose. Det är barnets rätt att veta sitt ursprung, de rättsliga föräldrarnas rätt att förfoga över faderskapet och sitt familjeliv och samhällets behov av att faderskap fastställs.¹⁰⁴ Faderskapspresumtionen har varit legitimerad då den i de allra flesta fall ansetts ge ett materiellt riktigt resultat. Om faderskapspresumtionen ger ett materiellt riktigt resultat tillgodoses barnets,

¹⁰⁴ Ryrstedt, SvJT2003, häfte 5-6, s.575f.

föräldrarnas och samhällets intressen. I vårt samhälle där samboende ses minst lika seriöst på anser jag att presumtionen i de flesta fall skulle ge ett lika riktigt materiellt utslag här med. Presumtionen går dock inte på grund av andra redan behandlade skäl att använda i samboförhållanden.

Det viktigaste med revideringen är ändå att tillgodose barnets intresse. I de fall då maken egentligen inte är den genetiske fadern kan maken, krasst sett, välja att vara pappa så länge som han önskar. Faderskapspresumtionen skyddar förvisso de rättsliga föräldrarnas rätt till privat- och familjeliv. Men både den genetiske faderns rätt att lära känna sitt barn och ta sitt ansvar och barnets rätt att veta sitt ursprung och barnets rätt att ha ett föräldraskap som varar livet ut sätts på detta sätt åt sidan. Faderskapspresumtionen skyddar alltså barnet sämre än om adoption hade förelegat.¹⁰⁵

Naturligtvis måste riskerna med ett hävande av presumtionen beaktas likaså. Om den automatiserade regleringen tas bort kan risken föreligga att färre fäder bekräftar sitt faderskap och att faderskapsmålen kommer att öka. Detta skulle förutom ökade kostnader för samhället innebära större påfrestningar för barnet. Samtidigt kan ett ökat antal faderskapsmål leda till att barnet, och maken, får visshet om hur det egentliga förhållandet ligger till och kan bygga sitt liv efter det. Någon undersökning eller utredning för just den problematiken har jag inte kunnat hitta, vilket antagligen beror på att ett borttagande av faderskapspresumtionen inte varit något hett debattämne. Skulle det nu vara så att den här risken föreligger anser jag att föräldrarnas rätt att behandlas likvärdigt får stå tillbaka. Att lägga fram förslag på revidering av lagstiftningen så att barnets skydd blir svagare är inte min avsikt.

6.2.1 Fastställande av faderskap genom bekräftelse

För att kunna ta bort faderskapspresumtionen krävs att det finns möjliga alternativ. Alternativet skall beakta barnets intresse av två föräldrar, föräldrar skall jämföras genom en mer neutral lagstiftning och helst skall faderskapsfastställandet ske effektivt och inte vara alltför krångligt.

Ett alternativ skulle vara att införa DNA-test mer frekvent. Skulle man gentesta alla barn och deras föräldrar skulle man ta bort den idag existerande särbehandlingen. Vad som här då måste beaktas är den ökande kostnaden som åläggs samhället. Dessutom kan blivande föräldrar ta det som en integritetskränkning. Det kan verka kränkande att inte bli tagen för sitt ord genom att samhället kommer in och konstaterar det de inblandade parterna redan vet. Om generellt gentest skulle införas skulle förvisso lagstiftningen vara lika för alla. Vet man vad syftet är med testet och att testandet är något som sker generellt så tror jag inte att testet skulle tas som en kränkning. Syftet är ju trots allt att ge varje barn en ekonomisk och social trygghet och

¹⁰⁵ Ryrstedt, SvJT2003, häfte 5-6, s.576.

det är det ju ingen förälder som vill neka sina barn. Barnets intresse av att få veta sitt ursprung tillgodoses i större grad om föräldraskapet fastställs på en materiell grund istället för att, som idag, faderskapet fastställs på olika sätt beroende på huruvida föräldrarna har valt att ingå äktenskap eller ej. Som lagstiftningen är utformad idag litar man på att makarna sexuellt håller sig till varandra just för att de ingått äktenskap, medan samboskapet ses som ett tecken på ett mindre seriöst förhållande, vilket visas genom att dessa fäder måste göra en bekräftelse. Min slutsats blir här att DNA-test av alla barn och deras presumtiva föräldrar inte är en proportionerlig lösning, vare sig ur föräldrars integritetsperspektiv eller ur samhällets ekonomiska perspektiv, och är därför inte heller den bästa lösningen på problemet.

Vare sig det är av ekonomiska skäl, att det blir för dyrt att införa DNA-test för alla, eller om det är för att bevara föräldrarnas integritet eller av något annat skäl, finns möjligheten att alla föräldrar gör en faderskapsbekräftelse, i stil med den som nu sambor gör. Detta skulle innebära att sambor, makar och registrerade partner skulle behandlas likvärdigt oavsett läggning eller förhållandestatus. Med föräldrarnas intresse i åtanke gäller det att faderskapsbestämningen går lätt och smidigt till. Att bli tagen på sitt ord och på ett enkelt sätt få föräldraskapet bekräftat är väl ett steg på vägen dit. Barnets rätt till två föräldrar skulle även i fortsättningen då uppfyllas. Föräldraskapet blir på detta sätt förvisso mer byråkratiskt men likabehandling skulle uppnås utan att det skulle resultera i alltför stora omkostnader.

Att införa bekräftelse för alla, innebär det några risker? Som tidigare behandlats i avsnittet om hävande av faderskapspresumtionen finns det en eventuell risk att fäder skulle låta bli att bekräfta faderskapet i allt större utsträckning om regleringen inte sker automatiskt. Hur stor den reella risken är har jag ingen möjlighet att bedöma, men skulle det visa sig då faderskapspresumtionen togs bort att färre fäder skulle bekräfta faderskapet och fler fastställanden skulle behöva göras genom dom är ej heller bekräftelse ett bra alternativ. Jag har svårt att tro att risken skulle vara överhängande att ett införande av faderskapsbekräftelse skulle äventyra barnets intressen, men om uppföljningar av en eventuell lagändring skulle visa att denna risk ökat måste regleringen ses över igen. Om då en tillbakagång till faderskapspresumtionen är den enda lösningen skulle särbehandlingen eventuellt kunna legitimeras då alternativet skulle vara att färre barn åtnjuter det skydd och den trygghet som det innebär att få två föräldrar från dess födelse.

Sammanfattningsvis förespråkar jag ett borttagande av FB1:1,2. I övrigt anser jag att de bestämmelser som finns i föräldrabalkens första kapitel angående fastställande, upphävande av faderskap genom bekräftelse eller genom dom skall kvarstå. När det gäller faderskaps fastställande vid assisterad befruktning skall även här fastställandet kunna ske genom bekräftelse eller genom dom. I FB:s andra kapitel behandlas socialnämnds medverkan vid fastställande av faderskap. I FB2:1 står att i de fall då faderskapspresumtionen inte gäller för ett barn som står under någons

vårdnad är socialnämnden skyldig att försöka utreda vem som är far till barnet och se till att faderskapet fastställs då barnet har hemvist i Sverige. Detsamma bör gälla även då faderskapspresumtionen tas bort. I FB kapitel tre behandlas bestämmelser om rättegången i mål om faderskap. Även dessa regler behöver anpassas efter situationen om att faderskapspresumtionen hävs.

Regleringen måste dock gälla de barn som föds från och med regleringens införande. En övergångsreglering innebärande att de regler som gäller för bland annat hävande av presumtionen skulle komma att gälla alla barn/vuxna som fått faderskapet fastställt genom presumtionen skulle bli mycket tidskrävande. Istället vill jag som förslag lägga att faderskap som fastställts genom presumtionen fortsättningsvis skall behandlas som om faderskapet skulle ha fastställts genom bekräftelse.

6.3 Införande av assisterad befruktning för homosexuella partner/sambor

Det föreligger alltså ett förslag om att tillåta insemination för lesbiska par och då även befruktning utanför kroppen. Innan regeringen ville ta beslut i frågan gav de en utredningsgrupp uppdraget att se över hur det rättsliga föräldraskapet i sådana fall skulle komma att utföras. Utredningen resulterade i Ds2004:19. I det här kapitlet kommer jag att redovisa mina egna ståndpunkter i frågan och sedan sammanfatta och reflektera över föräldraskapets utformande.

Frågan om föräldrarättigheter för homosexuella behandlades då Lag (1994:1117) om registrerat partnerskap infördes. Homosexuella skulle inte ges tillgång till insemination då det inte är vetenskapligt klarlagt hur barnets utveckling skulle påverkas av en uppväxt i en homosexuell familj och därför skulle ett införande av detta slag inte anses vara förenligt med principen om barnets bästa. Barnets bästa skall vara vägledande när det gäller avgörande av vem som skall ges rättsligt erkännande som förälder. Förutom barnets intresse av att få vetskap om sitt genetiska ursprung skall föräldrarnas intresse av privat- och familjelivet beaktas vid lagstiftning. Även samhället och barnet som individ har ett intresse av att fastställa det rättsliga föräldraskapet. Uppskattningsvis har 40 000 personer i Sverige en eller två homosexuella föräldrar. Det är alltså inte bara frågan om rätten att tillerkännas rättsligt föräldraskap utan också att dessa barns rättsliga skydd och ställning i samhället skall stärkas.¹⁰⁶

Själv anser jag att lesbiska par skall ges möjlighet att genomgå assisterad befruktning. Jag instämmer med de röster som menar att föräldraskap inte är en allmän personlig rättighet och att det inte heller finns en generell rätt att

¹⁰⁶ 1993/94: LU28, s.27, Singer, SvJT, 2002, nr.4, s.377, 387, Ryrstedt, SvJT2003, häfte 5-6, s.555.

genomgå en insemination.¹⁰⁷ Dock bör utgångspunkten vara att varje presumtiv förälder skall ha möjlighet att bedömas efter sin lämplighet, oberoende av vilket kön eller vilken sexuell läggning man har. Ett införande av den här typen skulle innebära att även homosexuella har möjlighet att genomgå den lämplighetsbedömningen som görs då behandlande läkare utreder om behandling skall ske eller inte. Det handlar alltså inte om att "alla" homosexuella får tillgång till behandling utan det handlar om att alla, oavsett sexuell läggning, skall få möjlighet att få sin lämplighet som förälder bedömd och i förlängningen få tillåtelse, eller avslag, på att genomgå behandling.

Vill homosexuella idag få biologiska barn finns det sådana möjligheter genom privat befruktning. I RFSL:s handbok för homosexuella föräldrar ges praktiska instruktioner hur ett barnlöst par skall gå tillväga för att skaffa barn genom privat insemination.¹⁰⁸ Som situationen ser ut idag anser jag att de barn som tillkommit genom privat insemination borde få ett bättre skydd och att samhället måste ta sitt ansvar. Förvisso finns det möjlighet för en partner att adoptera numera, men jag anser att dessa barn skall få samma rättigheter som andra till två föräldrar från barnets födsel.

Istället för samtycke från sambo/make skulle samtycke krävas av kvinnans sambo/partner, vilket skulle införas genom ett tillägg i FB1:6. Samtycket ger effekten att även sambon/partnern blir barnets rättsliga mor. Då det inte finns någon moderskapspresumtion skulle sambon/partnern få bekräfta moderskapet genom bekräftelse eller dom. FB1:2, vilken tillämpas vid hävande av faderskap, gäller likaså vid insemination. Men om bekräftelse/dom har fastställt faderskapet kan faderskapet hävas om barnet inte tillkommit genom inseminationen. Detsamma skulle då komma att gälla för den andra kvinnan. Regeln bygger här delvis på genetiskt föräldraskap, med tanke på donatorns insats, delvis på socialt föräldraskap, vilket alltså resulterar i rättsligt föräldraskap. Har donatorn inte varit inblandad i barnets tillkomst, kan alltså modern häva sitt moderskap. Följdändring bör göras i InsemL 2 §.

Utredning av läkaren bör naturligtvis ske även i dessa förhållanden samt anteckning om donatorn. I Lag om insemination 5 § bör mål om moderskap tas in.

I FB1:7 tas befruktning av ägg utanför kroppen upp. Även här bör samtycke krävas för sambon/partnern. I stort sett är rekvisiten desamma som för insemination. Jag förespråkar dock en skillnad mellan heterosexuella par och homosexuella par vid assisterad befruktning i form av äggdonation. Som krav för att äggdonation skall få utföras krävs att antingen spermerna eller ägget kommer från det aktuella paret. Detta är för att barnet skall

¹⁰⁷ Se till exempel Schiratzki, Johanna, "Några reflektioner runt de legala konsekvenserna av privat insemination", JT, debatt, 1995-96 s.260, SOU1993:98, s.105, prop.1984/85:2, s.10.

¹⁰⁸ RFSL, "Handbok för homosexuella föräldrar", via RFSL eller på Internet-
<http://www.homoadoption.nu/Barnhandboken.pdf>

besitta ett genetiskt samband med någon av föräldrarna. Skulle äggdonation för ett homosexuellt par tillåtas skulle både spermerna och ägget komma från andra än det aktuella paret. Därför anser jag att äggdonation från en utomstående kvinna inte ska tillåtas. Äggdonationsmöjligheten bör dock inte uteslutas i sin helhet. Tas ägget från den andra kvinnan, som inte skall bära fostret, har barnet genetisk tillhörighet med paret ändå. Det är dock den kvinna som skall genomgå graviditeten, den biologiska modern, som automatiskt blir dess rättsliga mor. Den donerande kvinnan kommer att få fastställa sitt moderskap genom bekräftelse.

Resultaten av ett sådant här införande blir att barnet kommer att få två mödrar. Diskussionerna kring denna aspekt har tagits upp vid införande av möjligheterna för homosexuella att få prövas som adoptivföräldrar. Samhället har därigenom redan visat att föräldrarnas kön och sexuella läggning inte är det avgörande för huruvida de blir bra föräldrar utan vägledande har varit förmågan att tillvarata barnets intressen och ge barnet en trygg och utvecklande uppväxt. Vid assisterad befruktning handlar det om att i och för sig skapa en situation där det egentligen aldrig skulle kunna vara biologiskt möjligt för föräldrar av samma kön att få barn. Samtidigt får inte de barn som faktiskt redan tillkommit genom privat insemination glömmas bort. Även dessa barn har ett behov av att deras ställning stärks. Regleringen skall utformas för att tillgodose barnets bästa. Ett införande av dessa vidgade möjligheter anser jag bättre skulle tillgodose detta intresse. Genom ett införande av aktuell reglering har barnet en möjlighet att få reda på donatorns identitet. Vid de privata befruktningarna som sker idag kan det vara svårare för barnet att få denna vetskap, om donatorn inte är en nära bekant. I homosexuella familjer blir det uppenbart att båda föräldrarna inte kan vara de biologiska föräldrarna. Har då inseminationen skett utomlands eller med en ”tillfällig spermadonator” kan risken vara stor att barnet inte har någon möjlighet att få vetskap.¹⁰⁹

Lagstiftningen måste frångå den tidigare normen att vid bestämmande av rättsligt föräldraskap utgå från det biologiska föräldraskapet till en övergång att istället som utgångspunkt framhäva barnets intresse. Om faderskapspresumtionen hävs, vilket jag förespråkar, skulle skillnaderna mellan heterosexuella och homosexuella föräldraskap komma att behandlas på likadant sätt även vid assisterad befruktning. Likt Anna Singer anser jag att insemination för lesbiska par inte bör införas för att jämställa homosexuella och heterosexuella par. Istället borde det tas avstamp från det faktum att privat insemination idag förekommer och att de barn som lever i sådana familjeförhållanden måste få ett bättre rättsligt skydd. Likställs homosexuella och heterosexuella föräldrar skapas förvisso en mer nyanserad reglering som bättre tillgodoser barnets intressen, men behovet av ett starkare rättsligt skydd är inte något som enbart barn i homosexuella familjer behöver utan alla barn som inte lever i en kärnfamilj. Singer förespråkar att ett beaktande av det rättsliga föräldraskapet måste ske i ljuset av hur verkligheten ser ut nu. Det finns många barn som lever i familjer där

¹⁰⁹ SOU2001:10, s.333ff.

endast den ene är rättslig förälder och den andre föräldern är social förälder.¹¹⁰

Inför assisterad befruktning för homosexuella bör det finnas en möjlighet för barnet att väcka talan om fastställande av det biologiska faderskapet. En sådan talan skulle dock inte få påverka barnets familjerättsliga status. Denna möjlighet att väcka talan borde ges även till de barn vilka har föräldrar som är att ses som rättsliga, men som inte är barnets biologiska föräldrar och som också vill veta sitt ursprung utan att barnets familjerättsliga ställning påverkas.¹¹¹

Nämnas bör även att andra regleringar behöver ändras för att tillgodose barn som tillkommit genom assisterad befruktning med homosexuella föräldrar. När det bland annat gäller förälders underhållsskyldighet skulle det, som lagstiftningen ser ut idag, inte åläggas den sociala modern någon försörjningsskyldighet om ”dubbelt mödraskap” skulle införas. Vidare skulle även regleringen kring underhållsstöd behöva ändras för att ge dessa barn lika ekonomiska förutsättningar, oavsett om de lever i en homo- eller heterosexuell familjebildning.¹¹²

6.3.1 Moderskapspresumtionen

En moderskapspresumtion är en mycket revolutionerande tanke. Lagstiftaren skulle med bestämdhet visa åt vilken inriktning de vill att samhällsmedborgarnas tänkande och accepterande skall ta. Härutöver blir frågan extra tydlig om det är samhället som skall påverka lagstiftningen eller om samhället skall ändras genom lagstiftning. Neutral lagstiftning i all ära, men hur långt skall/får man dra det? Drar utredarna här lagstiftningen till sin spets?

Vems bästa är det man tänker på då? Är det barnets bästa som tas i beaktande? Är det måhända föräldrars rätt att få en likvärdig behandling? Är det rätt att utsätta barnet för det här innan samhället helt accepterat de nyare familjebildningarna eller har det gått tillräckligt lång tid så att det är lagstiftningen som skall vara vägledande och visa åt vilket håll acceptansen skall gå? Kanske är det bättre att göra en successiv förändring och låta det gå sin gilla gång, istället för att påtvinga samhället en lagstiftning så att förtroendet för de folkvalda inte riskeras?

Är det inte så att barn som redan lever i familjer där föräldrarna är homosexuella accepteras och vinner legitimitet på ett annat sätt om lagstiftaren visar sin vilja att införliva alla sorts familjesituationer till en ny norm? Barns bästa sägs ju motsvara att man har två föräldrar. Om lesbiska tillåts att genomgå assisterad behandling skulle moderskap kunna uppstå då

¹¹⁰ Singer, SvJT 2002, nr.4, s.384, 388f.

¹¹¹ Singer, SvJT 2002, nr.4, s.384, 388f.

¹¹² Jönsjö, JT2001-02, s.802, 803. Se vidare artikeln för behandling av just ämnet ”Barnets rätt till ekonomisk trygghet”.

partnern/sambon lämnat samtycke till behandlingen och sedan gör en bekräftelse. Det skulle då inte röra sig om en presumtion, utan det krävs aktiv handling från föräldrarna. Detsamma borde naturligtvis då införas även för gifta par och barnets intressen skulle komma att tillgodoses samtidigt som man på detta sätt kan komma lite närmare en neutral lagstiftning.

Som synes är jag starkt emot ett införande av en moderskapspresumtion. En orsak till detta är då jag anser att faderskapspresumtionen i sig är förlegad och att den borde tas bort. Därför anser jag inte att man skall införa en presumtion, som trots allt är byggd utifrån tanken om ett biologiskt föräldraskap, till att användas även i det här fallet. Istället är det intressantare att närmare diskutera det förslag som kommer senare, moderskapsbekräftelsen.

Målsättningen i svensk rätt är att det rättsliga föräldraskapet skall stämma överens med det biologiska föräldraskapet, eller likna detta, för att barnets intressen skall tillgodoses så långt som möjligt. Biologiskt föräldraskap har länge varit normen för det rättsliga föräldraskapet och samkönade par som blir föräldrar går emot barnets bästa. Anna Singer ifrågasätter kommitténs beaktande av barnets bästa då man inte gett någon beskrivning av vad begreppet i det aktuella sammanhanget innebär. De lesbiska parens ställning blir svag då man underlåtit att hänvisa till att moderskapspresumtionen skulle tillgodose barnets bästa. Orsaken bakom regleringen ser nu ut att ha varit lagstiftarens vilja att vara politiskt korrekt.¹¹³

6.3.2 Bekräftelse av moderskap

Liksom vid fastställande av faderskap anser jag även här att det bästa för barnet och föräldrarna är om fastställandet sker på likartat sätt, oavsett vem som aspirerar på föräldraskapet. Min analys kommer att ske främst utifrån de lagförslag som ges i Ds2004:19. Medan Departementsserien behandlar rättsligt föräldraskap med ett kvarhållande av faderskapspresumtionen kommer det rättsliga föräldraskapet här att behandlas utifrån att faderskapspresumtionen tas bort och ersätts av att även makar måste bekräfta sitt faderskap. Jag kommer dock inte närmare gå in på de följdändringar som är nödvändiga utan hänvisar här till justitiedepartementets behandling i ovan nämnda promemoria. Betoningen har istället lagts på de ändringar som bör göras i FB kapitel 1 till 3.

Då jag anser att faderskapspresumtionen skall hävas och att bekräftelse bör ske för både makar och sambor anser jag att fastställande av föräldraskap bör kunna göras på likvärdigt sätt när det gäller homosexuellas föräldraskapsfastställelse. Nuvarande FB1:3-5 skall alltså gälla även för fastställelse vid assisterad befruktning för homosexuella fast med de

¹¹³ Singer, SvJT 2002, nr.4, s.386.

ändringar som bör gälla enligt Ds2004:19. Som utredningen¹¹⁴ där anser menar även jag att de utökade möjligheterna till att fastställa faderskap i de fall då privat insemination förekommit bör införas. Ett införande skulle visa att regleringen beaktar barnets rätt till att få kunskap om sitt ursprung och även barnets rätt att få ekonomisk trygghet och förhoppningsvis även få en utökad social trygghet genom att ha en rättslig fader fastställd. Som utredningen även ansåg bör faderskap kunna fastställas även i de fall då insemination skett då homosexuella genomgått privat insemination och den sociala modern senare inte vill anse sig vara moder. Har den assisterade befruktningen skett inom ramarna för den svenska sjukvården skall dock inte donatorn kunna fastställas som far. Om en sådan reglering infördes skulle antagligen antalet villiga donatorer avta avsevärt då det oftast är en önskan om att ge barnlösa par möjlighet att få barn som driver donatorn till sin handling. Även då samtycke inte förelegat men befruktningen skett inom sjukvården skall inte donatorn anses bli rättslig förälder.

Regleringen om att den sambo/partner som samtyckt till inseminationen skall anses vara fader bör gälla även den homosexuella partnern/sambon. Även förutsättningen att det skall med hänsyn till samtliga omständigheter vara sannolikt att barnet avlats genom inseminationen bör kvarstå, FB1:6. Detsamma bör gälla vid befruktning utanför kroppen, FB1:7. Moderskapet skall då fastställas genom bekräftelse eller genom dom. Socialnämnden får lämna sitt godkännande endast då kvinnan lämnat samtycke och sannolikhetsrekvisitet är uppfyllt. Om det senare visar sig att kvinnan inte skall anses vara mor till barnet skall rätten förklara bekräftelsen verkningslös. Likt utredningen föreslår jag att detta regleras i en ny paragraf. Regeln skall endast gälla då befruktningen skett inom ramarna för den svenska sjukvården. Vid privat insemination skall då faderskapet kunna fastställas vilket resulterar i att givaren blir rättslig fader.

Möjligheterna till äggdonation bör inskränkas för homosexuella. Endast ägg från den sociala modern bör kunna användas. Detta baseras utifrån att barnet skall ha någon genetisk samhörighet med sina rättsliga föräldrar.

Likt utredningen anser jag även att i FB2:1 om socialnämnds skyldighet att försöka utreda faderskap skall detsamma gälla i de fall då det finns anledning att anta att en kvinna skall anses som mor till ett barn enligt den nya paragraf som fastställande av moderskap som tidigare nämnts. Paragraferna FB2:5, 7-9 som behandlar socialnämndens utredning om faderskap skall gälla även utredning om moderskap. Barnets och samhällets intresse av att faderskap/moderskap utreds bör väga tungt. FB:s tredje kapitel om rättegången i mål om faderskap skall gälla till den del de gäller fastställande av faderskap, nuvarande FB3:5-12. Då ett hävande av faderskapspresumtionen förespråkas blir FB 3:1-4, 13 överflödiga. Om det senare visar sig att en bekräftelse bör sakna verkan används det tilläggsstycke som promemorian hänvisar till i FB1:3.¹¹⁵

¹¹⁴ När jag i kapitel 6.2.2 använder mig av ”utredningen” så syftar jag härnäst på utredningen i Ds2004:19.

¹¹⁵ Ds2004:19, s.79. Se denna uppsats s.40.

6.4 Lagreglerad upplysningsplikt

Vi har behandlat möjligheten för barnet att få kunskap om donatorns identitet, då donatorn är anonym för barnet. Detta förutsätter dock att barnet har fått reda på hur det kommit till. Det har poängterats vikten, och rätten, för barnet att få reda på sitt ursprung. Ändå har lagstiftaren underlåtit att reglera en upplysningsskyldighet för föräldrarna. Ett införande av en sådan reglering har varit uppe till diskussion men det har dock aldrig skett något införande då det har ansetts tillräckligt att föräldrarna upplyses om vikten av att vara ärliga gentemot sitt barn vid inseminationen av behandlande läkare.

När det pratas om tillkomst genom insemination och donation är den generella åsikten att barnet skall ha rätt att få kunskap om sitt ursprung. Tanken stödjer jag till fullo. Den svåra frågan kvarstår dock, vilket lagstiftaren i och för sig också tänkt på, om föräldrarna skall åläggas en upplysningsplikt? Som regleringen idag ser ut har barnet alltså rätt att få vetskap om sitt ursprung om barnet skulle vilja det, men intresset för att veta detta finns ju endast om barnet vet om att det tillkommit genom assisterad befruktning.

Ansvar för informationen till barnet om hur befruktningen gått till borde ligga på föräldrarna. Samtidigt är upplysningsproblematiken svår och att skjuta över hela ansvaret på föräldrarna, för att de skall ta ställning i frågan huruvida de skall upplysa sitt barn eller inte, är inte en bra lösning. Samhället visar att vi har en ambivalent ställning till problematiken. Intresset av att barn får veta sitt ursprung kontrasterar mot strävan att tillmötesgå de önskemål föräldrarna har om att donatorn skall likna föräldrarna, ett uttryck för strävan att dölja barnets genetiska rötter.¹¹⁶

Som vanligt är avvägningen svår. Statens reglerande av familjelivet skall enligt min mening inte vara alltför ingripande. Familjelagstiftningen är ämnad att skydda den svagaste parten, vilket i det här fallet är barnet. Jag kommer här att plädera för att en upplysningsplikt bör införas i syfte att tillgodose barnets intresse av att få reda på sitt ursprung.

Stöd för min åsikt om ett införande av en sådan här reglering finner jag vid departementschefens utläggning vid adoptionsregleringens ombearbetning där vikten av barnets rätt att få veta sitt ursprung framhölls. Ett införande av en upplysningsskyldighet förespråkades. Departementschefen menade att även då regleringen inte skulle vara sanktionerad kunde den verka i pedagogiskt syfte. Genom att införa en sådan här bestämmelse visar samhället hur viktigt det är att bevaka barnets rätt vilket stöds av den förefintliga adoptionsforskningen. Departementschefen lade in en brasklapp om att en liknande reglering bör införas vid givarinsemination.¹¹⁷

¹¹⁶ Rädda barnen, Lindblad, s.45.

¹¹⁷ Ds 2001:53, s.89-92.

Vid alla beslut som rör barn skall barnets bästa beaktas. Vid varje regels utformande måste avvägning göras av för- och nackdelar. Krav på att slutsatsen, i det här fallet huruvida ett införande eller inte av upplysningsskyldighet skall införas, skall motsvara det mest ultimata för barnet finns däremot inte. Barnets intresse måste inte bara beaktas när det gäller en sådan här reglering som angår barnet i allra högsta grad utan väga tyngst.

Vid assisterad befruktning skall en lämplighetsbedömning av föräldrarna göras. Utredningen skall utföras av behandlande läkare. Föräldrarnas kapacitet att ta hand om ett barn bedöms. Ytterligare exempel på bedömningsgrunder är de presumtiva föräldrarnas ansvarskänsla, emotionella och psykiska stabilitet och mognadsgrad. Då bedömningen sker skall barnets intresse av att erhålla en trygg, harmonisk och stabil uppväxt väga tungt. Vidare skall föräldrarnas önskemål om donatorns utseende beaktas.

Det torde vara mycket negativt för barnet att få kunskap om informationen av misstag. Föräldrarna bråkar och det kommer fram ”i stridens hetta”. Likaså kan barnet i vuxen ålder komma in till sjukhus och vara i behov av en blodtransfusion eller en transplantation och på det sättet upptäcka den genetiska skillnaden i förhållande till sina föräldrar i en redan svår situation. Dessutom kan kännedom om det genetiska arvet göra att man har en chans att förhindra genetiskt ärftliga sjukdomar, eller i alla fall har möjlighet att företa förebyggande åtgärder.¹¹⁸

Barnets uppväxt består av ett sökande och ett uppbyggande av sin identitet och har barnet fått vetskap om tillkomstsättet är det antagligen önskvärt att få vetskap om donatorn. Som tidigare nämnts är adoptivbarn främst intresserade av att få reda på adoptivföräldrars status, yrke, utseende, personlighet och intressen. Att möta personen i realiteten är dock inte ofta målet med vetskapen.¹¹⁹

Expertis på området anser att barnet har ett intresse av att få reda på situationen i ett tidigt stadium för att lättare kunna hantera den. En avvägning måste här göras då informationen inte får ges för tidigt då barnet kanske inte har mognaden att förstå och bearbeta informationen den ges samtidigt som att upplysa barnet vid en senare ålder kan vara riskfyllt. Barnets mognad är det endast föräldrarna som kan avgöra, då de är de enda som känner sitt barn tillräckligt för en sådan svår bedömning.

Även om paralleller kan dras med adoptivbarn är problematiken på ett sätt ännu lite svårare när föräldrarna skall upplysa sitt barn om att det tillkommit genom insemination. De adoptioner jag tänker på här är då de internationella adoptionerna. Det ligger i problematikens natur att det är svårare att förklara förståeligt för ett barn om assisterad befruktning än en adoption. Oftast är donatorn utvald för att efterlikna de sociala föräldrarna utseendemässigt.

¹¹⁸ Jämför Singer, JT1995-96, s.1073.

¹¹⁹ Ewerlöf, Sverne, s.135, 138.

När hårfärg, ögonfärg och längd, några exempel på annars uppenbara skillnader, i stort är de samma som hos föräldrarna är det svårare för barnet att ta till sig att en av föräldrarna inte är dess biologiska förälder. Vid internationella adoptioner kan föräldrarna visa kort från när de hämtade hem barnet, ha saker i hemmet som påminner om ursprungslandet och så vidare. Barnet kan då ha lättare att tillgodogöra sig informationen.¹²⁰

Samtidigt som riskerna naturligtvis bör beaktas kanske bör dessa inte överdrivas. Att successivt berätta för barnet är antagligen det bästa.¹²¹ Ett alternativ kan vara att föräldrarna berättar hur otroligt gärna de ville ha barn, men att de inte själva kunde få det, att de fick extra hjälp och att förklara för barnet att det därför är extra speciellt och efterlängtat för föräldrarna.

Vid utformningen av upplysningsskyldighetsregeln bör ett tilläggsstycke göras vilken talar om för föräldrarna att de har möjlighet att vid behov få hjälp med vägledning för hur upplysning till barnet skulle kunna gå till. Det ligger i samhällets intresse att främja regleringen då nativitetmöjligheterna ökar.

Donatorn har å andra sidan ofta ett intresse av att vara anonym. Dessutom kan donatorn ha ett intresse av att hans/hennes nuvarande omgivning inte vet om donationen. Han/hon kan ha en egen familj som donatorn anser må bäst av att inte veta att han/hon donerat. Donatorns handling kan ha gjorts utifrån att han/hon ville hjälpa barnlösa par med att förändra sin familjesituation, men därefter inte veta om donation skett. Här skall naturligtvis även tas upp motsatsen. Donatorn kan ha ett intresse i att veta hur det gått med donationen som gjorts, eventuellt av ren självbevarelsedrift eller på grund av nyfikenhet om donationen gjorde någon nytta. Donatorn vet dessutom att han/hon inte åläggs några rättsliga konsekvenser av sin handling. Donatorns önskemål kan man dock inte ta hänsyn till. Det donatorn kan kräva är att han/hon vid donationen får reda på all information om innebörden och om konsekvenserna av handlandet.

I SOU2001:10 ges förslag på hur tillvägagångssättet skulle vara i de fall då den man som donerat sperma vill få rättsligt föräldraskap. Enligt barnkommittén skulle då ett skriftligt avtal kunna upprättas mellan mannen och det aktuella paret för att visa att ett "icke- samtycke" föreligger. Detta avtal skulle då innebära att den kvinna som annars skulle ses som rättslig mor men inte biologisk, det vill säga den "sociala" modern, skulle avsäga sitt rättsliga föräldraskap till förmån för spermadonatorn. Ett sådant här avtal är inte rättsligt bindande då det gäller donatorns vilja att få faderskapet fastställt. Ett eventuellt bevisvärde kan ett sådant samtycke förväntas få enligt Singer, men avtalet kan ändå komma att användas så att den "icke samtyckande" kvinnan ändå ses ha samtyckt till inseminationen. Det här sättet främjar inte viljan att få bort den privata inseminationen.¹²² Detta skulle alltså innebära att den sociala modern skulle kunna avsäga sig sitt

¹²⁰ Rädde barnen, Lindblad, s.43f.

¹²¹ Ds2001:53, s.78-79.

¹²² SOU2001:10, s.342, Singer, SvJT 2002, nr.4, s.380, 384-385.

rättsliga föräldraskap till förmån för spermadonatoren, en konsekvens som motsäger utredningens vilja att fler barn skall få rättsliga föräldrar. För att en assisterad befruktning skulle kunna utföras krävs dessutom samtycke från partnern. Detta går inte heller ihop med ett avtal med innebörden att avsäga sig ett föräldraskap.

Även föräldrarna vill barnets bästa. Att välja en donatorprofil som överensstämmer med den sociala fadern/modern uppmuntras ofta av samhället. Föräldrarnas tanke bakom är att barnet lättare ska kunna anpassa sig och känna samhörighet med sin familj. Det har dock visat sig att föräldrar är ovilliga till att berätta för barnet hur det kommit till. Om det skall anses vara det bästa för barnet att få reda på sitt ursprung så är kanhända inte upplysning av läkaren vid befruktningsbehandlingen tillräcklig.

Regleringens utformande är inte helt enkel. Att införa en åldersgräns när barnet borde få kännedom går inte att göra då barns mognadsprocesser sker i olika takt, vilket gör en generalisering näst intill omöjlig. Barnet måste vara tillräckligt gammalt för att förstå innebörden av informationen, samtidigt inte för gammal för att känna sig sviken eller få en chock av informationen. Att sätta in en lämplighetsbedömning i regleringen skulle göra att man kan hänvisa till individens mognad utan att behöva sätta uttryckliga gränser.

Samtidigt måste beaktas vilka sanktionsmöjligheter som skulle vara möjliga. Det är också en mycket svår avvägning för föräldrarna kan alltid hävda att barnet inte varit tillräckligt moget för att få reda på dess tillkomst. Bevisbördan skulle antagligen då ligga på den som hävdar motsatsen, vilket är svårt för en utomstående. En möjlighet är att låta regeln ha ett pedagogiskt syfte, att föräldrarna förstår vikten av upplysning, men att man underlåter att sanktionera skyldigheten.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Agell, Anders- *"Underhåll till barn och make"* - 4:e uppl., Iustus Förlag, Uppsala 1988.

Almquist, Jan Eric- *"Familjerättens historia"* - 4:e uppl., Stockholm, 1951.

Ewerlöf, Göran, Sverne, Tor- *"Barnets bästa- om föräldrars och samhällets ansvar"* - 4:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2004.

Lind, Johan- *"Faderskap och arvsrätt"* - P A Norstedts förlag, Stockholm, 1975.

Nationalencyklopedin 4, Bokförlaget Bra Böcker, Höganäs, 1993.

Nationalencyklopedin 6, Bokförlaget Bra Böcker, Höganäs, 1993.

Numhauser-Henning, Ann (red.)- *"Normativa grundmönster- Festskrift till Anna Christensen"* - Juristförlaget i Lund, Lund, 2000.

Ryrstedt, Eva- *Bodelning och bostad- Ekonomisk självständighet eller gemenskap*- Juristförlaget i Lund, Lund, 1998.

Rädda Barnen- *"Barnlöshet och barnets bästa- Teknik och Etik"*- Rädda Barnens Förlag, Falun, 1996.

Saldeen, Åke- *"Fastställande av faderskap"* - Studentlitteratur AB, Lund, 1980.

Singer, Anna- *"Föräldraskap i rättslig belysning"* - Iustus Förlag, Uppsala, 2000.

Walín, Gösta, Vängby, Staffan- *Föräldrabalken. En kommentar. Del 1*- Norstedts Juridik AB, Göteborg, 2001.

Offentligt tryck

SFS

1968:758.

1973:645.

Propositioner

Proposition 1933:4.

Proposition 1949:93- *"Om förslag till föräldrabalk"*.

Proposition 1969:124- *”Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring i ärvdabalken m.m.”*

Proposition 1975/76:170- *”Faderskap och vårdnad. Regeringens proposition om ändring i föräldrabalken m.m.”*

Proposition 1984/85:2- *”Om artificiella inseminationer”*.

Proposition 1989/90: 107- *”Godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter”*.

Proposition 1997/98:7- *”Vårdnad, boende och umgänge”*.

Proposition 2001/02:89- *”Behandling av ofrivillig barnlöshet”*.

Statens offentliga utredningar

SOU 1972: 41- *”Familj och äktenskap I”*.

SOU 1983:42- *”Barn genom insemination”*.

SOU 1993:98- *”Partnerskap”* - betänkande av Partnerskapskommittén.

SOU 1997:116- *”Barnets bästa i främsta rummet”*- FN:s konvention om Barnets rättigheter förverkligas i Sverige.

SOU 2001:10- *”Barn i homosexuella familjer”*- betänkande av Kommittén om barn i homosexuella familjer. Del A.

Departementsserien

Ds 2001:53- *”Föräldrars samtycke till adoption m.m.”*

Ds 2004:19- *”Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella”*.

Betänkande

1993/94: LU28.

Rapporter

Rättsgenetiska institutionen vid Rättsmedicinalverket-
”Faderskapsundersökning med DNA-teknik”.

SoS 2000:6- *”Får barn veta? Barn som fötts efter givarinsemination”*.

Statens Medicin- Etiska råd- *”Assisterad befruktning- synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen”* 1995-04-19.

Artiklar

Christensen, Anna- ”Skydd för en etablerad position- ett normativt grundmönster”- Artikel ur TfR 4/96, s.579.

Gottlieb, Claes- ”Komma fram till information av misstag”- Artikel ur DN, Insidan, 2/12-95.

Jönsjö, Linda- ”Barnets rätt till ekonomisk trygghet”- Artikel ur JT2001-02, s.787.

Ryrstedt, Eva- ”Den genetiska utvecklingens rättsliga implikationer”, Artikel ur Svensk Juristtidning, 2003, häfte 5-6, s.554.

Saldeen, Åke- ”DNA-teknik och fastställande av faderskap”- Artikel ur JT1998-99, s.174.

Schiratzki, J- ”Några reflektioner runt de legala konsekvenserna av privat insemination”- Artikel ur JT, debatt, 1995-96 s.257.

Singer, Anna- ”En, två, ett par eller flera- Föräldraskap i det 21:a århundradet”- Artikel ur Svensk Juristtidning, 2002, häfte 4, s.377.

Singer, Anna- ”Fastställande av faderskap efter ”privat insemination”- Artikel ur JT1995-96, s.1060.

Internet

RFSL- ”Handbok för homosexuella föräldrar”-
<http://www.homoadoption.nu/Barnhandboken>

Rättsfallsförteckning

NJA1917 s.363.

NJA1970 s.347.

NJA1979 s.442.

NJA1984 s.49.

NJA1985 s.236, I och II.

NJA1996 s.657.

NJA1998 s.184.

NJA1999 s.598.

RH1998:103.

Örebro TR, T314-01, Göta HovR, T79-02. HD, prövningstillstånd, T307-03.