



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Tatiana Tolstoy Kongstad

Mater semper certa est?

En diskussion kring moderskapspresumtionen i svensk rätt och behovet av lagreglering rörande rättsligt moderskap.

Examensarbete
20 poäng

Handledare Universitetslektor Eva Ryrstedt

Familjerätt

Höstterminen 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1. INLEDNING	3
1.1 Allmänt	3
1.2 Syfte	5
1.3 Metod och material	5
1.4 Teori	5
1.5 Disposition och avgränsning	9
2. MODERSKAPSPRESUMTIONEN I SVENSK RÄTT	10
2.1 Allmänt	10
2.2 Moderskapspresumtionen i svensk rättspraxis	10
2.2.1 Bureåffallet – Högsta domstolen 1949	10
2.2.2 Fallet då modern var okänd – hovrätt 1968	11
2.2.3 Enköpingsfallet – JO 1989/90	11
2.2.4 Registrering utgjorde hinder – hovrätt 1996	12
2.2.5 Registrering utgjorde inte hinder – tingsrätt 2001	13
2.3 Moderskapspresumtionen i biomedicinens tid	14
2.3.1 Äggdonation	14
2.3.1.1 1980 - tal	15
2.3.1.2 1990 - tal	17
2.3.1.3 Moderskapspresumtionen vid äggdonation	18
2.3.2 Surrogatmoderskap	19
2.3.3 Registrerade partners rätt att prövas som adoptivföräldrar	21
2.3.4 Föräldraskap vid assisterad befruktning för lesbiska sambor/partners	23
2.3.5 ”Falskt föräldraskap” vid invandring	25
3. NÅGOT OM MODERSKAPSPRESUMTIONEN I ANGLOAMERIKANSKA RÄTTSORDNINGAR	27
3.1 Storbritannien	27
3.1.1 Allmänt	27
3.1.2 Äggdonation/Surrogatmoderskap	27
3.2 USA/Kalifornien	28
3.2.1 Allmänt	28
3.2.2 Äggdonation/Surrogatmoderskap i delstaten Kalifornien	29

4. RÄTTEN TILL SITT URSPRUNG OCH PRINCIPEN OM ”BARNETS BÄSTA”	31
4.1 Internationella konventioner	31
4.1.1 Barnkonventionen	31
4.1.2 Europakonventionen	32
4.2 Svensk rätt	33
5. ANALYS – FÖRÄNDRING AV DEN IDEOLOGISKA GRUNDEN <i>MATER SEMPER CERTA EST</i>	34
5.1 Moderskapspresumtionen i svensk rättspraxis	34
5.1.1 Ett rättsligt och ett officiellt moderskap	34
5.1.2 Det officiella moderskapet grundar inte något rättsförhållande	35
5.1.3 Moderskapspresumtionen består av två led	37
5.2 Moderskapspresumtionen i biomedicinens tid	38
5.2.1 Moderskapet – från status till kontrakt	38
5.2.2 Det är inte alltid säkert vem som är moder	42
6. BEHOVET AV LAGREGLERING RÖRANDE RÄTTSLIGT MODERSKAP	44
KÄLL – OCH LITTERATURFÖRTECKNING	46
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	49

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar rättsligt moderskap, avsaknad av reglering därom i svensk rätt, samt behovet av detsamma.

Uppsatsen innehåller en deskriptiv del med en genomgång av moderskapspresumtionen i svensk rättspraxis och i biomedicinens tid, samt av moderskapspresumtionen i ett par angloamerikanska rättsordningar. I samma del behandlas även de regler som gäller barns rätt till vetskap om sitt ursprung och principen om barnets bästa.

I uppsatsens analysdel, som följer på den deskriptiva delen av uppsatsen, konstaterar jag bl.a. att moderskapspresumtionen består av två led. Det första leDET innehåller grunden för själva moderskapspresumtionen, *det är alltid säkert vem som är moder (till ett barn)*, medan det andra leDET rymmer själva moderskapspresumtionen, *moder är den som föder barnet*.

Vid en genomgång av moderskapspresumtionen i svensk rättspraxis framkommer att, trots att det biologiska släktskapet varit utgångspunkten för fastställandet av rättsligt moderskap, det ibland ändå kan råda osäkerhet om moderskapet och att det inte alltid är säkert vem som är moder.

Genom en traditionell rättsdogmatisk metod analyserar jag rättsläget och prövar sedan huruvida moderskapspresumtionen korresponderar med den verklighet i vilken den skall tillämpas. I biomedicinens tid ser vi att det inte längre är en självklarhet att det endast är det biologiska släktskapet som bör eller skall ligga till grund för rättsligt moderskap. Vid sidan om att det biologiska släktskapet läggs till grund för rättsligt moderskap, öppnas nu också möjlighet för att andra grunder, såsom genetiskt släktskap, skulle kunna komma att konstituera detsamma. Som en följd av detta uppstår en osäkerhet om på vilken grund rättsligt moderskap bör eller skall vila. Det är inte alltid längre säkert vem som skall anses som moder i rättslig bemärkelse och grunden för själva moderskapspresumtionen, *det är alltid säkert vem som är moder*, kan ifrågasättas. Den ideologiska grunden, att det alltid är säkert vem som är moder, är förändrad.

Det måste därför för barnets bästa införas regler kring fastställande och hävande av rättsligt moderskap. Rätten för barn till vetskap om sitt ursprung skulle förmodligen stärkas om sådana regler infördes, då möjligheten att pröva moderskapet aldrig skulle kunna komma att ifrågasättas.

Förkortningar

Barnkonventionen	Förenta Nationernas konvention den 20 november 1989 om barnets rättigheter
BefruktningsL	Lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen
FB	Föräldrabalken (1949:381)
FN	Förenta Nationerna
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
HR	Häradsrätt
InsemL	Lag (1984:1140) om insemination
JO	Justitieombudsmannen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, Avdelning I
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RH	Rättsfall från hovrätterna
SMER	Statens medicinsk-etiska råd
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for rettsvitenskap
TR	Tingsrätt

1. Inledning

1.1 Allmänt

Tänk dig, att den du trodde var din mormor egentligen är din genetiska mamma eller tänk dig att din mamma, som du liknar, aldrig varit havande. Vid en första anblick verkar sådana här tankar mest vara fantasier, men faktum är att i dagens biomedicinska värld finns det möjligheter att skapa nytt liv genom ett flertal artificiella metoder. Den medicinska utvecklingen gör att gränserna för naturens ordning ständigt tänjs. I modern tid ser vi hur den traditionella metoden för att skaffa barn, genom samlag, inte längre är det enda sättet för detta ändamål. Med biomedicinens hjälp är det möjligt att framställa liv på annat sätt, t. ex. genom konstgjord befruktning. Detta skapar många nya frågor av såväl, etiskt, moraliskt som juridiskt slag. Vem avgör om gränsen för skapande av nytt liv skall gå vid äggdonation, vid transplantation av fortplantningsorgan eller vid kloning? Detta är mycket svåra frågor, vilka jag inte kommer att ta ställning till i denna uppsats. Emellertid är det viktigt att ta ställning till hur det rättsliga föräldraskapet skall regleras i en tid då nya medicinska upptäckter gör det möjligt att framställa liv på artificiell väg.

Frågan om på vilken grund rättsligt föräldraskap bör eller skall vila uppstår som en följd av detta. Denna fråga är även aktuell i andra sammanhang än den medicinska. Jag tänker främst på den samhällsliga företeelse, som det skrivits mycket om i tidningarna det senaste året, där barn kommer till Sverige med s.k. falska föräldrar. Det kanske är en morbror och en moster, som inför de svenska myndigheterna uppger att de är biologiska föräldrar till barnen. Barnen registreras i folkbokföringsregistret som varande barn till dessa ”falska föräldrar”. Denna registrering ligger sedan till grund för förmynderskapet och vårdnadsansvaret för barnen. Registreringen legitimerar de ”falska föräldrarna” som föräldrar. Det är vanligen först då problem, så som förekomst av misshandel inom familjen, blivit kända för socialförvaltningen som också det ”falska föräldraskapet” upptäcks. Mörkertalet för ”falska föräldraskap” är enligt tidningarna förmodligen stort. Även registrerade partners rätt att provas som adoptivföräldrar kan ses som en ny samhällsföreteelse. Här är det också av betydelse att belysa det rättsliga föräldraskapet.

Vi lever i en värld där ständigt nya familjekonstellationer, såsom s.k. post-kärnfamiljer¹, utvecklas och där nya medicinska upptäckter gör det möjligt att framställa liv på artificiell väg, samt där nya samhällsfenomen ständigt uppstår. Det är därför angeläget att, innan man försöker ta ställning till hur

¹ Det är familjer som uppstår efter det att två personer med gemensamma barn separerat. Exempel på sådana är styvfamiljer och familjer med ensamstående förälder, SOU 2001:10, *Barn i homosexuella familjer*, del A, s. 286.

rättsligt föräldraskap fastställs eller bör fastställas, försöka definiera olika typer av föräldraskap. I FB finns ingen definition av en förälder, däremot skiljer FB 4 kap. 8 § på adoptivföräldrar och biologiska föräldrar. Inom den medicinska professionen skiljer man även på genetiska föräldrar och biologiska föräldrar. En genetisk förälder är den person som genom sina ägg eller spermier har bidragit till barnets uppkomst och en biologisk förälder är den kvinna som genomgått en graviditet och sedan fött barnet (med denna terminologi kan fäder ej vara biologiska föräldrar utan endast genetiska).² Man kan också definiera en förälder som social, alltså den förälder som tar hand om barnet. Det kan vara en styvförälder, men också en föräldrahemsförälder. En rättslig förälder är den förälder som fastställts som förälder och således erhållit rättslig status som förälder och därmed har rättigheter och skyldigheter gentemot barnet. Oftast är den rättsliga föräldern även barnets sociala förälder. Hittills har man i svensk rätt utgått ifrån att biologiskt släktskap utgör grund för rättsligt föräldraskap.³ Vi har alltså att göra med fyra typer av föräldraskap; rättsligt, socialt, genetiskt och biologiskt.

I svensk rätt finns regler för fastställande och hävande av faderskap. Faderskapet fastställs antingen genom den s.k. pater-est regeln, där mannen till en gift kvinna som föder ett barn presumeras vara barnets fader, alternativt genom bekräftelse eller dom. Hävande av faderskap sker på olika sätt beroende på hur det legala faderskapet har uppkommit. Talan om fastställande av faderskap kan bara väckas av barnet⁴ medan talan om hävande av faderskap kan väckas av både barnet och den presumerade fadern.⁵

I svensk rätt saknas dock, med undantag för fastställande av moderskap då barn tillkommit genom äggdonation, där modern som föder barnet rättsligt anses vara barnets moder, regler för fastställande och hävande av moderskap. Likväl gäller den gamla romerskrättsliga devisen och presumptionen: *mater est quem gestatio demonstrat*, ”moder är den som föder barnet”.⁶ Presumtionen innebär att moderskapet rättsligt anses fastställt då man konstaterat vem som fött barnet.⁷ Till grund för presumptionen ligger den romerska maximen *mater semper certa est*, ”det är alltid säkert vem som är moder (till ett barn)”.⁸

² Statens medicinsk-etiska råd, *Assisterad befruktning – Synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen*, 1995-04-05.

³ Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, s. 42 f.

⁴ Barnets talan förs i vissa fall av socialnämnden, FB 3 kap. 5 § 2 st. Om modern har vårdnaden om barnet får hon alltid föra barnets talan, liksom talan alltid får föras av en särskilt förordnad vårdnadshavare för barnet, FB 3 kap. 5 § 2 st.

⁵ Om barnet är underårigt förs barnets talan genom ställföreträdare. Enligt FB 3 kap. 4 § är barnets förmyndare ställföreträdare. Enligt samma paragraf kan även god man föra barnets talan, om barnet är underårigt.

⁶ Schiratzki, *Barnrättens grunder*, s. 49.

⁷ A.a. s. 49.

⁸ Saldeen, *Barn och föräldrar*, s. 31.

1.2 Syfte

Då det i svensk rätt generellt sett saknas regler för fastställande och hävande av moderskap, vill jag med denna uppsats lyfta fram de frågor som rör det rättsliga moderskapet, som uppkommer när nya metoder för barnalstring utvecklas, samt när nya samhällsföreteelser utvecklas. Syftet med denna uppsats är att föra en diskussion kring moderskapspresumtionen i svensk rätt och visa på behovet av lagreglering rörande rättsligt moderskap.

1.3 Metod och material

Jag tänker utgå ifrån den romerska presumtionen, *mater est quem gestatio demonstrat*, ”moder är den som föder barnet” och undersöka hur väl dess innehåll korresponderar med den verklighet i vilken den skall tillämpas. Jag kommer att använda mig av en traditionell rättsdogmatisk metod, vilket innebär att jag utifrån en redogörelse av rättsläget kommer att analysera huruvida en ideologiförändring skett och i så fall visa på behovet av ny lagreglering. I detta sammanhang kommer jag att se till barnets rätt till sitt ursprung och principen om barnets bästa. Jag kommer också här att visa på att föräldrarnas och samhällets intressen måste vika för barnets intresse. Jag kommer i min analys av moderskapspresumtionen i biomedicinens tid att ta avstamp i Christensens teori om normativa grundmönster,⁹ för att försöka belägga att en ideologiförändring har skett.

Det material jag kommer att använda mig av är doktrin och tidskrifter. I viss mån kommer även hänvisning att ske till sekundärkällor. Jag kommer i stor utsträckning att använda mig av primärkällor, såsom statliga utredningar och rättsfall.

1.4 Teori

Christensen talar om att rätten består av normer av olika slag, vilka tillsammans utgör ett rättssystem. Christensen hävdar vidare att normerna har uppstått vid olika tidpunkter och på olika sätt och att dessa har sin grund i olika sociala normer som vuxit fram på olika livsområden, samt i olika typer av relationer mellan människor. De regler som ingår i rättssystemet kommer ofta i konflikt med varandra och det finns ingen hierarkisk ordning som kan bringa ordning i systemet.¹⁰

Enligt Christensen har de grundläggande reglerna som ingår i familjerätten en stark normativ förankring i samhället och en stor del av rättsreglernas

⁹ Christensen, Anna, *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster*, TfR 4/96, s. 519 – 574.

¹⁰ A.a. s. 522.

innehåll är helt enkelt en juridisk kodifiering av de moraliska sedvänjor och grundhållningar som utbildats i samhället. Christensen menar vidare att man här kan urskilja vissa mönster som återkommer i olika sammanhang och som har en viss konstans, vilka hon väljer att kalla för *normativa grundmönster*. Inom juridiken brukar man använda begreppen principer eller grundläggande principer.

Ett av dessa normativa grundmönster väljer Christensen att kalla *skydd för etablerad position*. Hon menar att detta skydd slår igenom inom arbetsrätten i anställningsskyddet och inom hyresrätten i hyresgästens besittningsskydd. Inom familjerätten har dock detta normativa grundmönster i princip försvunnit, men kom tidigare till uttryck i skyddet för äktenskapets varaktighet och tydligast i reglerna om underhåll efter äktenskapsskillnad.¹¹ Enligt Christensen är *skydd för etablerad position* ett konservativt mönster, som bevarar de positioner som redan uppnåtts och därmed utgör ett hinder mot förändringar. Christensen hävdar vidare att *skydd för etablerad position* skiljer sig från den norm som gäller i avtalsförhållanden, så som t.ex. vid köp, där det skall vara balans mellan de utbytta prestationerna. Detta normativa grundmönster kallar Christensen för *det marknadsfunktionella mönstret*. Detta mönster är ett dynamiskt mönster, hävdar Christensen och är en förutsättning för den moderna marknadsekonomin. Detta grundmönster skriver Christensen innehåller äganderätten, det fria avtalet och näringsfriheten. Hon anser vidare att trots att det fria avtalet är en del av *det marknadsfunktionella mönstret*, så utgör det också ett självständigt normativt mönster, som kanske till och med på vissa områden har en ännu mer grundläggande betydelse. Christensen menar att utvecklingen från ett förindustriellt samhälle till ett modernt kan beskrivas som en utveckling *från status till kontrakt*.¹²

Enligt Christensen har avtalet alltid funnits som ett normativt mönster, men att det i det förindustriella samhället i princip saknade betydelse i vanliga människors vardagliga liv. En persons status i gruppen och samhället bestämde individens sociala relationer. Denna status kunde i regel inte ändras genom ett avtal eller kontrakt. Christensen menar att avtalet och avtalsfriheten för individen idag dock innebär en möjlighet att lösgöra sig från givna relationer i en grupp och att själv utforma nya former av relationer.¹³

Christensen återkommer i sin artikel till att det ständigt uppstår konflikter mellan olika normativa grundmönster. Hon hävdar att de inte bildar något system och att det inte finns någon hierarkisk ordning eller lagstiftare som slutgiltigt kan avgöra vilket normativt grundmönster som skall slå igenom. Hon menar att olika normativa mönster flyter omkring och påverkar varandra.¹⁴

¹¹ A.a. s. 528.

¹² A.a. s. 530.

¹³ A.a. s. 530.

¹⁴ A.a. s. 530 f.

Christensen talar om *det normativa fältet*. Juridiken rör sig i ett socialt fält som är det normativa fältet och de normativa grundmönstren fungerar som poler som försöker dra till sig den rättsliga regleringen.¹⁵ Christensen menar att var i fältet den rättsliga regleringen hamnar är beroende av den dragningskraft de olika polerna utövar på den rättsliga regleringen. De olika polerna kan vara starkt politiskt laddade enligt Christensen.¹⁶

Christensen hävdar vidare att: ”Inom juridiken framträder de normativa mönstren sällan i helt ren form. Den rättsliga regleringen av ett visst livsområde utspelar sig nästan alltid inom en del av det normativa fältet som påverkas av flera olika normativa mönster. Även om ett visst mönster dominerar inom en viss rättslig reglering, kommer man alltid att finna modifieringar föranledda av andra normativa mönster. Den rättsliga regleringen är inte heller stabil utan påverkas hela tiden av de normativa krafterna i fältet och rör sig än mot den ena, än mot den andra normativa polen. När man studerar ett visst normativt mönster i den rättsliga regleringen måste man alltså samtidigt beakta andra normativa mönster som påverkar samma rättsliga reglering”.¹⁷

I sin artikel återkommer Christensen till äktenskapsinstitutet. Familjen var en sammanhållande enhet i det förindustriella samhället och äktenskapslagstiftningen syftade till att stärka denna enhet. Enligt Christensen fungerar en ordning som upprätthåller äktenskapet som ett skydd för de positioner som makarna förvärvat genom äktenskapet. I och med industrialismen upplöstes sedan familjen som en produktions- och försörjningsenhet. Familjeenheten försvagades och man började hävda individens självständighet och frihet. I sina dagliga liv respekterade inte människorna längre de fastställda normerna. Urbaniseringen ledde till att den sociala kontrollen urholkades och att kyrkan förlorade sin kontroll över människorna. I början av 1900-talet blev trycket på att man skulle ändra den gamla äktenskapsbevarande lagstiftningen allt starkare. För att lätta på trycket infördes genom 1915 års lagstiftning en ny skilsmässogrund, nämligen djup och varaktig söndring. Kravet på djup och varaktig söndring togs bort år 1968 och år 1973 infördes den fria skilsmässan. I förarbetena till 1973 års lagstiftning betonades att äktenskapet var att likna vid ett avtal mellan två parter.¹⁸

Genom 1915 års lagstiftning infördes även en regel om underhåll efter skilsmässa. I motiven till denna lagstiftning framträder, enligt Christensen, mycket tydligt det normativa mönstret *skydd för etablerad position*, då man i förarbetena bl.a. hävdar att den frånskilda kvinnans förvärvsförmåga ofta är nedsatt efter ett långvarigt äktenskap och därför behöver underhåll för att inte förlora sin sociala status. Under 1960-talet ändrade dock lagstiftaren

¹⁵ A.a. s. 531.

¹⁶ A.a. s. 531.

¹⁷ A.a. s. 531.

¹⁸ A.a. s. 559 ff.

synen på underhåll efter äktenskap och ansåg inte längre att underhåll skulle utgå efter skilsmässa, då detta skulle kunna komma att äventyra den fria skilsmässan. En person skulle kunna hindras i sin rätt att ta ut skilsmässa för att han/hon visste att det skulle vara omöjligt att klara underhållsbördan.¹⁹ Christensen hävdar att det här var den normativa grundsatsen om individens frihet, rätten att ta ut skilsmässa utan större ekonomiska uppoffringar, som slog ut skyddet för den position som den andre maken hade uppnått genom äktenskapet.²⁰

Christensen framhåller att det tidigare oupplösliga äktenskapet snarare följer ett annat normativt grundmönster än *skydd för etablerad position*, nämligen *statusförhållandet*, då detta skiljer sig ifrån det förstnämnda grundmönstret. Hon menar att individernas intressen i statusförhållandet underordnas den institutionella enheten och att det skydd som en viss status ger drar med sig en motsvarande bundenhet, vilket inte är fallet då det gäller grundmönstret *skydd för etablerad position*, som återfinns i anställningsskyddet och besittningsskyddet och där arbetstagaren eller hyresgästen fritt kan säga upp förhållandet.²¹ Däremot anser Christensen att underhållsskyldigheten efter äktenskapet var en typisk variant av *skydd för etablerad position*.²²

Christensen hävdar att den stegvisa upplösningen av det oupplösliga äktenskapet, under 1800 – och 1900 – tal, först och främst skall ses som *en utveckling från status till kontrakt*. I detta sammanhang skall kontraktet inte ses som en del av *det marknadsfunktionella mönstret*, utan som ett oberoende normativt grundmönster som framförallt skall säkra den personliga friheten och självbestämmandet.²³

Christensen avslutar kapitlet om äktenskapsinstitutet med att säga att ”det är med status och kontrakt som med andra normativa grundmönster, i verkligheten finner man dem sällan i helt ren form”.²⁴

I takt med att samhället förändrades, från ett förindustriellt samhälle till ett modernt sådant, uppfattades äktenskapet alltmer som en renodlad kontraktsrelation. Förändringarna i familjerätten blev dock inte så stora, som man hade kunnat förvänta sig, om man ser till hur samhället utvecklades.²⁵ Föreställningarna om äktenskapet som statusrelation levde kvar och idag speglar äktenskapslagstiftningen en motsättning mellan status och kontraktstanken inom familjerätten.²⁶ *Statusförhållandet* fortsätter att utöva en väsentlig dragningskraft på lösningarna inom det familjerättsliga fältet.²⁷

¹⁹ A.a. s. 561 ff.

²⁰ A.a. s. 563.

²¹ A.a. s. 571.

²² A.a. s. 571.

²³ A.a. s. 571.

²⁴ A.a. s. 572.

²⁵ Ryrstedt, Eva, *Bodelning och bostad, Ekonomisk självständighet eller gemenskap*, s. 17.

²⁶ A.a. s. 17, 23 f.

²⁷ A.a. s. 40.

I detta sammanhang är det intressant att belysa det rättsliga moderskapets normativa struktur. Mitt syfte är att i denna uppsats visa hur olika grundmönster, status och kontrakt, har inverkat på och kommer till uttryck i regleringen av rättsligt moderskap.

1.5 Disposition och avgränsning

Uppsatsen består av en deskriptiv del, innehållande kapitel två till fyra, och en analyserande del, innehållande kapitel 5 och 6. I kapitel två redogör jag först för moderskapspresumtionen i svensk rättspraxis. Därefter redogör jag för moderskapspresumtionen i biomedicinens tid. Denna redogörelse tar sikte på den nya medicinska utvecklingen och andra nya samhällsföreteelser. I kapitel tre avser jag att kort redogöra för moderskapspresumtionen i angloamerikanska rättsordningar. I kapitel fyra tar jag upp vilka regler som gäller i internationella konventioner och i svensk rätt vad avser barns rätt till sitt ursprung och principen om barnets bästa. Efter denna beskrivande del av uppsatsen följer den analyserande delen, som börjar med kapitel fem, i vilket jag gör en analys av den ideologiska grunden *det är alltid säkert vem som är moder*. I det avslutande kapitel sex för jag en diskussion kring behovet av lagreglering rörande rättsligt moderskap. Jag kommer att använda mig av termerna rättsligt, socialt, genetiskt och biologiskt föräldraskap, såsom de är definierade ovan.²⁸

Denna uppsats kommer ej att ta upp frågor som rör rättsligt faderskap, men i enstaka fall, där det kan vara av intresse, kommer en hänvisning att ske till reglering som rör rättsligt faderskap. Rättsligt föräldraskap i samband med makars/ensamståendes rätt att adoptera lämnas helt utanför denna uppsats. Det är inte min avsikt att i den deskriptiva delen av uppsatsen ge en heltäckande bild av rättsläget. Uppsatsen kommer endast att visa på nödvändigheten och behovet av lagreglering rörande rättsligt moderskap, ej på konkreta förslag till ny lagstiftning.

²⁸ Se s. 3 och 4 ovan.

2. Moderskapspresumtionen i svensk rätt

2.1 Allmänt

Moderskapspresumtionen, *moder är den som föder barnet*, finns inte, med ett undantag²⁹, uttryckligt reglerad i svensk rätt. Det finns inte några regler vare sig om fastställande³⁰ eller hävande av moderskap. Inför antagandet av lag om barn utom äktenskap³¹ där man för första gången skulle komma att införa regler om fastställande av faderskap, menade Lagberedningen att ”det omedelbart framgår vem som är moder till ett barn”³², varför det inte ansågs nödvändigt att införa någon reglering kring just moderskapet.

Det har dock visat sig i praxis att det inte alltid är säkert vem som är moder. I ett fall skedde förväxling av barn vid sjukstuga, i ett fall var modern okänd och i ett hittebarnsfall var både moder och barn okända, samt i ett par fall prövades moderskapet trots att ett moderskap redan fanns registrerat hos folkbokföringsmyndighet. Dessa fall utgör i princip den rättspraxis som står att finna vad gäller talan om moderskap och moderskapspresumtionen. Jag kommer nedan att behandla dessa fall i kronologisk ordning.

2.2 Moderskapspresumtionen i svensk rättspraxis

2.2.1 Bureåfallet – Högsta domstolen 1949

Det första fallet är ett HD fall från år 1949³³, det s.k. *Bureåfallet*. Det handlar om två pojkar som förväxlats på en sjukstuga. Omständigheterna i fallet var i kort som följer:

I Bureå sjukstuga föddes två pojkar år 1942. Det ena föräldraparet började så småningom misstänka att en förväxling av pojkarna hade skett vid sjukstugan. Detta bekräftades sedan av en medicinsk biologisk undersökning, varvid föräldraparet vid HR:n yrkade att pojkarna hade förväxlats och att dessa skulle bytas ut. Det andra föräldraparet bestred käromålet. HR:n biföll käromålet, varför det andra föräldraparet sökte ändring i HovR:n. HovR:n fann

²⁹ Om en kvinna föder ett barn som tillkommit genom att ett ägg från en annan kvinna efter befruktning utanför kroppen har förts in i hennes kropp, skall hon anses som barnets moder, FB 1 kap. 7 §. Denna lag trädde ikraft år 2003.

³⁰ Jfr. dock FB 1 kap. 7 §.

³¹ 1917 års lag om barn utom äktenskap.

³² Lagberedningens förslag till lag om barn utom äktenskap år 1915, s. 190.

³³ NJA 1949 s. 144.

dock, som HR:n, att det tillförlitligen var utrett att de två pojkarna hade förväxlats på sjukstugan. Högsta domstolen fastställde sedermera hovrättens dom.³⁴

Framförallt var detta ett rättsfall som tog sikte på bevisvärdet av den medicinska undersökningen. Då detta var ett fall om bördstalan, kan vi emellertid också härleda en talan om moderskap. Här fördes talan om moderskap av det ena föräldraparet, vilket då måste kunna ses som ett yrkande om hävande och fastställande av moderskap. Talan bifölls av Högsta domstolen. I rättspraxis fastslogs alltså att föräldrar kunde föra talan om moderskap, trots att moderskap redan var registrerat hos folkbokföringsmyndighet.

2.2.2 Fallet då modern var okänd – hovrätt 1968

I nästa fall, som är ett hovrättsfall, från år 1968³⁵ fördes talan om moderskap då modern var okänd³⁶. Moderskapet fanns således inte registrerat hos folkbokföringsmyndighet. Omständigheterna i fallet var som följer:

I kyrkoböckerna fanns en anteckning om att NN:s bägge föräldrar var okända. NN yrkade efter stämning vid HR:n att XX måste förklaras vara moder till honom. HR:n avvisade käromålet då NN:s yrkande var begränsat till att endast avse fastställelse av huruvida ett faktiskt förhållande mellan parterna förelåg eller inte förelåg. NN överklagade domen till HovR:n som, i motsats till HR:n bedömning, menade att förhållandet mellan moder och barn enligt lag är förenat med rättsverkningar i flera avseenden, varför det inte förelåg något hinder att ta upp XX:s talan till prövning i enlighet med RB 13 kap. 2 § 1 st.³⁷

Här slogs fast att även ett barn hade möjlighet att föra talan om moderskap. Talan om moderskap kunde föras i enlighet med den allmänna regeln om fastställsetalan i RB 13 kap. 2 § 1 st; då modern var okänd.³⁸ I detta fall fördes en positiv fastställsetalan.

2.2.3 Enköpingsfallet – JO 1989/90

Att talan om moderskap kan föras i enlighet med den allmänna regeln om fastställsetalan i RB 13 kap. 2 § 1 st bekräftades också av JO i det s.k. *Enköpingsfallet*³⁹ från år 1989/90. JO ansåg inte att det fanns något hinder

³⁴ Det är på detta fall, NJA 1949 s. 144, som författaren PO Enqvist bygger sin roman "Kapten Nemos bibliotek", utgiven år 1991.

³⁵ SvJT 1968 ref. s. 89.

³⁶ Att en moder är okänd, kan bero på att modern utnyttjat sin rätt att vara anonym i enlighet med ett kungligt brev från år 1778 där det stadgades en rätt för ogifta mödrar att vara anonyma. Denna anonymitetsrätt avskaffades år 1917. Anonymitetsrätten tillkom främst i syfte att minska antalet barnamörderskor, det s.k. *Barnamordsplakatet*.

³⁷ SvJT 1968 ref. s. 89.

³⁸ Jfr. även SvJT 1956 ref. 33, där fastställande av moderskap prövades som en prejudiciell fråga till frågan om rätt till arv.

³⁹ JO 1989/90 s. 223-229.

mot att talan om fastställande av moderskap fördes i enlighet med reglerna i RB 13 kap. Men JO menade samtidigt att det rättsliga moderskapet måste anses fastställt då modern var känd för myndigheterna och någon anledning att föra talan om fastställande av moderskap i ett sådant fall inte fanns. Här följer ett kort referat av det s.k. *Enköpingsfallet*:

En flicka påträffades i ett trapphus år 1987. Polisen började efterforska barnets moder. Efter att ha kontrollerat ett flertal tänkbara mödrar påträffades en kvinna som ansågs vara barnets rätta moder. Denna kvinna förnekade dock all kännedom om barnet och dess öde. Men efter betänketid erkände kvinnan att hon var modern. Detta bekräftades även genom blodprov. Hon förklarade att hon var rädd för att få sin identitet röjd för såväl sina anhöriga som massmedia. Hon förklarade vidare att hon inte önskade ta hand om sitt barn och hon avböjde bestämt att låta sig registreras. Socialnämnden ansåg sig inte, utan stöd i lag, skyldiga att försöka utreda vem som var mor till barnet och se till att moderskapet fastställdes. Inte heller ansåg sig socialnämnden ha möjlighet, utan stöd i lag, att väcka talan om fastställande av moderskap. Barnets födelse anmäldes till pastorsämbetet, som endast gjorde anteckning om barnet men ej dess moder i folkbokföringen.⁴⁰

JO menade, som sagt, att det i detta fall inte fanns någon anledning att föra en fastställsetalan om moderskap då modern var känd för myndigheterna, men att det för barnets rätt till sitt ursprung hade varit av vikt att göra en anmälan om moderskapet till folkbokföringsmyndighet. JO ansåg i detta fall att socialnämnden borde ha prövat att anmäla moderskapet till folkbokföringsmyndigheten, trots moderns ovilja och menade vidare att det generellt sätt måste anses ligga i "socialnämndens allmänna skyldighet att när det gäller att ingripa till ett barns skydd att söka utröna vem som framfött barnet"⁴¹.

I dessa tre ovan refererade fall ser vi att det i rättspraxis finns fastslaget en möjlighet att föra talan om moderskap, trots att någon uttrycklig lagreglering därom inte föreligger. Talan är möjlig att föra i enlighet med de allmänna reglerna om fastställsetalan i RB 13 kap. Föräldrar kan föra talan om moderskap trots ett redan registrerat sådant. Barn kan föra talan om moderskap då modern är okänd. Någon talan om moderskap behöver inte föras om modern är känd; ett rättsligt moderskap föreligger redan vid konstaterandet av vem som fött barnet.

2.2.4 Registrering utgjorde hinder – hovrätt 1996

Vi kan dock i ett rättsfall från hovrätten år 1996⁴² se att det förelåg hinder mot att ta upp en moderskapstalan då moderskapet redan fanns registrerat:

En kvinna hade vid inresa till Sverige felaktigt uppgivit att två personer var hennes barn och att hon var född år 1965. De barn som hon uppgivit som sina barn var i verkligheten hennes bröder och i verkligheten var hon född år 1971. Hon yrkade vid TR:n att TR:n

⁴⁰ JO 1989/90 s. 223-225.

⁴¹ JO 1989/90 s. 227.

⁴² RH 1996:91.

skulle fastställa att hon inte var mor till dessa barn. TR:n avvisade stämningensansökan. HovR:n delade sedan TR:ns bedömning om att anteckningar i folkbokföringen som är grundade på sanningslösa uppgifter från en person vid dennes inflyttning till Sverige, inte konstituerar något rättsförhållande. Därmed hävdade HovR:n att det inte fanns något utrymme att föra en fastställsetalan om att de antecknade förhållandena inte föreligger.⁴³

Här fastslogs alltså, i motsats till det s.k. *Bureåfallet*, att det inte fanns någon möjlighet för den, genom folkbokföringen, fastställda modern, att föra talan om moderskap, då moderskapet, på osanna grunder, redan finns registrerat hos folkbokföringsmyndighet. Någon fastställsetalan i enlighet med RB 13 kap. 2 § om att de antecknade förhållandena inte förelåg ansågs inte vara möjlig i detta fall, då anteckningarna inte ansågs konstituera något rättsförhållande. Den, genom folkbokföringen, fastställda modern kunde inte häva moderskapet, trots att hon inte var biologisk moder till barnen.

Vi kan alltså konstatera att det, utan lagstöd, är möjligt att föra en moderskapstalan. Det som inte kan konstateras är under vilka förutsättningar en sådan talan kan och får föras. Vi ser i rättspraxis motsägelsefulla tendenser, då det t.ex. i det s.k. *Bureåfallet* var möjligt för en, genom folkbokföringen, fastställd moder, att föra talan om moderskap trots ett redan registrerat sådant och det i hovrättsfallet ifrån år 1996 inte var möjligt. I bägge fallen fördes en negativ fastställsetalan.

2.2.5 Registrering utgjorde inte hinder – tingsrätt 2001

I rättspraxis finns även ett tingsrättsfall angående moderskapstalan.⁴⁴ Trots att detta inte har samma prejudiciella värde som ett hovrättsfall eller HD fall är det ändå relevant i sammanhanget. Här följer ett kort referat:

En kvinna och en man gifte sig år 1976 i Somalia. Mannen kom till Sverige år 1990 och hans hustru kom till Sverige 1994 tillsammans med barnet X, fött i Somalia. I folkbokföringen registrerades X som barn till mannen och hans hustru. Dessa skiljde sig år 1996, men gifte sig åter år 1998. Därefter skiljde de sig igen, men hade alltså gemensam vårdnad om X.

Efter en tid i Sverige började Försäkringskassan ifrågasätta de registrerade uppgifterna om X, då mannen och hans hustru vid olika tillfällen hade lämnat olika uppgifter till olika myndigheter om X än de som var registrerade hos skattemyndigheten. Försäkringskassan begärde att skattemyndigheten skulle ändra dessa, vilket inte skedde. Eftersom Försäkringskassan inte godtog registeruppgifterna, utgavs varken barnbidrag eller underhållsstöd till X.

Mannen menade att han i själva verket var farbror till X och att hans hustru inte var biologisk moder till X, vilket också bekräftades av hustrun och av tagna blodprover. X visste själv vilka som var hans biologiska föräldrar och talade även regelbundet med dem i telefon. X yrkade att hävning skulle ske av det faderskap respektive moderskap som hade tillkommit genom folkbokföringen.

⁴³ RH 1996:91.

⁴⁴ Det finns säkert fler tingsrättsfall angående moderskapstalan.

TR:ns bedömning i detta fall var att, då det saknades regler för hävande av moderskap, saken skulle prövas med motsvarande tillämpning av reglerna för hävande av faderskap. TR:n hävdade att det var en ovanlig situation när fråga om hävande av moderskap uppkom. Eftersom resultatet av DNA-analysen visade att mannen och kvinnan inte var X's far och mor och att dessa även bekräftade resultatet, förklarade TR:n att dessa inte var far respektive mor till X.⁴⁵

Som vi ser här, i motsats till hovrättsfallet ifrån år 1996, var en moderskapstalan möjlig att föra trots ett redan registrerat moderskap.⁴⁶ Även här fördes en negativ fastställsetalan. Barnet förde talan i detta fall. Här hävdade TR:n att, då det saknades regler för hävande av moderskap, saken skulle prövas med motsvarande tillämpning av reglerna för hävande av faderskap. Här gick således TR:n överhuvudtaget inte in på huruvida en talan hade varit möjlig att föra i enlighet med reglerna i RB 13 kap.

Vid en genomgång av svensk rättspraxis angående moderskapstalan skönjer vi alltså en osäkerhet i vad mån det föreligger möjlighet att föra moderskapstalan och vilka regler som då skall tillämpas.

2.3 Moderskapspresumtionen i biomedicinens tid

2.3.1 Äggdonation

Assisterad befruktning är ett samlingsnamn på de metoder som används för att på konstgjord väg befrukta ett ägg med spermier vid fall av ofrivillig barnlöshet.

Sedan år 1985 är insemination tillåtet i Sverige. Insemination innebär att man på konstgjord väg för in spermier i livmodern på en kvinna. Det finns två typer av insemination, makeinsemination och givarinsemination. Givarinsemination innebär att man använder sperma från någon annan man än make eller sambo. Givarinsemination kallas även ibland för donatorinsemination. Insemination används vid manlig ofruksamhet. Vid givarinsemination har den som avlats genom denna och uppnått tillräcklig mognad, rätt att få reda på uppgifter om givarens identitet, vilka skall finnas antecknade i en särskild journal på sjukhuset. Dessa uppgifter skall bevaras i minst 70 år.⁴⁷

Vid kvinnlig infertilitet kan sedan år 1989 en kvinna få sina ägg befruktade utanför kroppen med makes eller sambos spermier.⁴⁸ Befruktade ägg förs sedan in i kvinnans livmoder. Detta kallas för in vitro fertilisering, IVF,

⁴⁵ Mål nr T 1667-00, Dom 2001 – 10 – 12 meddelad i Varberg, Varbergs Tingsrätt.

⁴⁶ Inom kort skall ett s.k. falskt föräldraskap prövas i Malmö Tingsrätt.

⁴⁷ Se lag (1984:1140) om insemination.

⁴⁸ Se lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen.

eller provrörsbefruktning. Fr.o.m. år 2003 är även IVF med kvinnans egna ägg och donators spermier tillåtet⁴⁹, liksom äggdonation.

2.3.1.1 1980 - tal

Inför antagandet av BefruktningsL år 1988 avvisades helt tanken på IVF med donerat ägg eller donerad sperma.⁵⁰ Enligt inseminationsutredningen kunde dock IVF behandling med ett donerat ägg i flera avseenden jämföras med givarinsemination. Emellertid framhölls att dessa två metoder skiljde sig på väsentliga punkter.⁵¹ Utredningen hävdade att givarinsemination var tekniskt enkel och i princip kunde utföras av vem som helst, samt att metoden var utbredd över hela världen för att hjälpa ofrivilligt barnlösa. Ett förbud mot verksamheten skulle förmodligen leda till en svart marknad och kommersiella intressen skulle få fritt spelrum. Verksamheten skulle kunna bli okontrollerbar och det skulle vara svårt att kontrollera att de barn som avlats genom metoden skulle få en bra uppväxtmiljö.⁵²

Inseminationsutredningen framhöll att givarinsemination innefattade ett förhållandevis ringa manipulerande med livet. I princip ansågs att metoden följde den naturliga livsprocessen så till vida att mannens sperma överfördes till kvinnan. Några ökade risker för det blivande barnets hälsa fanns ej.

Donation av ägg var dock, enligt utredningen, en tekniskt komplicerad metod, som måste utföras av specialister. Metoden förekom då inte i Sverige. Utredningen menade att metoden helt stred emot den naturliga livsprocessen, inte endast genom att befruktningen av ägget skulle ske utanför kroppen, utan även genom att det skulle vara en utomstående kvinnas ägg som implanteras. Det var osäkert vilka ökade risker detta skulle ha för det blivande barnets hälsa. Vidare menade utredningen att om äggdonation skulle tillåtas så skulle dessutom möjligheten öppnas till en form av surrogatmoderskap.⁵³ Ingripande förändringar i nuvarande lagstiftning skulle också krävas vid ett tillåtande av äggdonation.⁵⁴ Utredningen menade att metoden att flytta ägg från en kvinna till en annan i så hög grad hade karaktär av teknisk konstruktion för att lösa barnlöshetsproblem att den skulle kunna komma att skada människosynen och menade att det inte var etiskt försvarbart med äggdonation.⁵⁵

En av experterna i utredningen, professor Ragnar Holte, menade att en människas gener och arvsanlag också utgjorde grunden för hennes identitet.⁵⁶ Holte menade att vid en naturlig graviditet befruktades kvinnans ägg i hennes kropp, bestämt av just hennes egen genupsättning, med

⁴⁹ A.a.

⁵⁰ SOU 1985:5, *Barn genom befruktning utanför kroppen m.m.*; Betänkande av inseminationsutredningen.

⁵¹ A.a. s. 47.

⁵² A.a. s. 47.

⁵³ Jfr. nedan 2.3.2 om surrogatmoderskap.

⁵⁴ SOU 1985:5, s. 48.

⁵⁵ A.a. s. 48.

⁵⁶ Prop. 1987/88:160, *om befruktning utanför kroppen*, s. 11.

spermier utifrån. Kvinnan bidrog, enligt Holte, med hälften av arvsanlagen till det blivande barnet. Vidare menade Holte att detta var en grundläggande princip, vilken inte rubbades vid make - altemativt givarinsemination. Ej heller störcdes denna princip, menade Holte, vid IVF med parets egna ägg och sperma. Dock skulle metoden att implantera ett ägg som kom från en kvinna i en annan kvinna strida mot en etiskt godtagbar människosyn. Holte menade att det inte fanns något genetiskt samband mellan den gravida kvinnan och det blivande barnet.⁵⁷

Statens medicinsk-etiska råd tyckte att det i princip inte var någon skillnad mellan ägg – och spermadonation ur genetisk synvinkel. Både ägg och sperma behövs för att en individ skall bli till. Ur etisk synpunkt borde man därför, enligt rådet, jämställa spermadonation och äggdonation. Däremot tyckte rådet att man skulle förhålla sig restriktiv till IVF med donerat ägg och donerad sperma och avstyrkte därför provrörsbefruktning med äggdonation eller spermadonation.⁵⁸

Några av medlemmarna i rådet menade att äggdonation omöjligt kunde jämföras med spermadonation, då det ej fanns något genetiskt samband mellan kvinnan som bär barnet och barnet. Detta ansågs vara en allvarlig avvikelse från den naturliga befruktningsprocessen, som förmodligen skulle få betydande psykologiska konsekvenser såväl för modern som det blivande barnet.⁵⁹

I den norska propositionen (Ot. Prp. Nr. 25, 1986-87) om lov om kunstig befruktning, som citeras i prop. 1987/88:160, stod det bl.a: ”Äggdonation innebär ett fundamentalt brott mot vad som sker vid naturlig befruktning. Vid naturlig befruktning utgör livmoder och ägg en naturlig gemenskap. Befruktning, graviditet och förlossning är en process som helt försiggår inne i kvinnan. Vid äggdonation bryter man den helheten. Vad ett sådant förfarande skulle betyda för barnets identitet och rötter vet vi väldigt lite om idag.”⁶⁰ Föredragande statsrådet Sigurdsen menade att barnets arvsanlag skulle komma att härröra från en annan kvinna än den kvinna som bär fram barnet och föder det. En sådan form av befruktning skulle inte etiskt kunna försvaras enligt Sigurdsen och borde därför inte tillåtas.⁶¹

Socialutskottet framhöll att såväl ägg – som spermadonation i samband med IVF var en så stor manipulation av den mänskliga livsprocessen vilket ej borde godtas från en etisk och humanistisk synpunkt. Vidare menade utskottet att även i framtiden borde det gälla att varken ägg – eller spermadonation godtas vid IVF.⁶²

⁵⁷ Prop. 1987/88:160, *om befruktning utanför kroppen*, s. 11.

⁵⁸ Prop. 1987/88:160, s. 12.

⁵⁹ A.a. s. 12.

⁶⁰ A.a. s. 12.

⁶¹ A.a. s. 12.

⁶² 1993/94:SoU2, *Vissa etiska frågor*, s. 9.

Så här gick alltså resonemanget kring äggdonation i mitten på 1980-talet. Någon lagstiftning som tillät äggdonation kom således inte till stånd, då man var övervägande kritisk till en metod som skulle innebära ett alldeles för stort manipulerande av befruktningsprocessen. Äggdonation kom likväl fortsättningsvis att diskuteras och vara föremål för debatt.

2.3.1.2 1990 - tal

SMER tog i en rapport år 1995⁶³ på nytt ställning till äggdonation och avstyrkte inte längre IVF med äggdonation, då man menade att man inte borde ha olika syn på manlig och kvinnlig infertilitet. Insemination var tillåtet då en man i ett parförhållande inte kunde producera egna spermier och äggdonation borde enligt rådet således vara tillåtet då en kvinna i ett parförhållande inte kan producera egna ägg. SMER menade att uttalandet man gjorde år 1987, se ovan, skulle ses mot bakgrund av de erfarenheter som fanns av provrörsbefruktnings vid den tidpunkten och att kunskaperna inom vissa områden hade ökat sedan dess.⁶⁴

SMER utgick i sin rapport ifrån fyra olika etiska principer som skulle vara vägledande vid övervägandet om äggdonation skulle vara tillåtet eller ej. Det var respekt för självbestämmande och integritet, principen om att minska lidande, godhetsprincipen och rättvisepincipen. Barn som tillkommit genom IVF skulle ha möjlighet att grunda sitt liv på sanningen om sitt genetiska ursprung, annars skedde en kränkning av integriteten. Om detta inte var möjligt skedde också en kränkning av rättvisepincipen, då de flesta barn känner till sitt ursprung. SMER menade vidare att ingrepp som påverkar det begynnande livet av en del kan uppfattas som ett brott mot naturens ordning och att detta synsätt är värt all respekt, men måste också vägas och balanseras mot ett hänsynstagande till de barnlösa parens och de blivande barnens situation. Rådet ansåg med beaktande av godhetsprincipen och principen om att minska lidande att det var etiskt försvarbart med medicinska åtgärder för att komma till rätta med fysiologiska hinder för befruktning och graviditet. Ett synsätt på äggdonation, menade rådet, är att den kan ses som en akt av solidaritet med en utsatt grupp, som också får en utökad livskvalitet.⁶⁵

Vad gäller bördsfrågan vid äggdonation menade rådet med hänvisning till ett särskilt yttrande av Marc Bygdeman och Holsten Fagerberg att man även efter det att äggdonation tillåtits kunde behålla moderskapspresumtionen att det är den kvinna som föder barnet som är barnets rättsliga moder. Någon lagändring skulle inte behövas.⁶⁶

⁶³ Statens medicinsk-etiska råd, *Assisterad befruktning – Synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen*, 1995 – 04 – 05.

⁶⁴ A.a.

⁶⁵ A.a.

⁶⁶ SOU 1985:5, s. 56.

Rådet ansåg således att IVF med äggdonation och med makes sperma borde tillåtas på strikt medicinska grunder för kvinnor i fertil ålder. Tekniken måste dock omgärdas av bestämmelser som förhindrade att den missbrukades eller öppnade upp för andra metoder som skulle kunna komma att hota människovärdet.⁶⁷ Rådets rapport remissbehandlades och en stor del av de remissinstanser som uttalade sig i frågan om äggdonation var positiva till att tillåta detta.⁶⁸

2.3.1.3 Moderskapspresumtionen vid äggdonation

En av remissinstanserna, Sveriges Psykologförbund, uttalade sig om frågan om moderskapspresumtionens berättigande vid äggdonation. Sveriges Psykologförbund menade att moderskapspresumtionen, som var en av familjerättens hörnpelare, inte längre skulle vara 100 – procentig vid tillåtande av äggdonation. Svea Hovrätt hävdade i sitt remissvar att om äggdonation blev tillåtet så måste också moderskapspresumtionen, att den kvinna som föder barnet är dess rättsliga moder, uttryckligen lagregleras.⁶⁹

Socialdepartementet föreslog i sin promemoria⁷⁰ att moderskapspresumtionen uttryckligen skulle lagregleras, eftersom frågan vem som i rättsligt hänseende skulle anses som barnets moder skulle uppkomma om äggdonation tilläts. Den genetiska modern, alltså kvinnan som donerat ägg, har samma arvs massa som barnet, vilket inte den kvinna har som fött fram barnet, den biologiska modern. Det var i detta fall uppenbart att man inte kunde nöja sig med den nu gällande moderskapspresumtionen eftersom problem kunde uppstå när man skulle försöka fastställa vem som var barnets moder.⁷¹ Socialdepartementet föreslog att en ny paragraf om moderskap infördes med innebörd att den kvinna som föder ett barn, i rättsligt hänseende alltid skulle betraktas som barnets moder.⁷²

Med hänvisning till SMER:s rapport och departementspromemorian föreslogs således ändringar i BefruktningsL⁷³. Lagen reglerade IVF och föreslogs bli utvidgad så att även bl.a. donation av ägg som kom från en annan kvinna än den kvinna som genomgick behandlingen blev tillåten.⁷⁴

Som stöd för ett tillåtande av äggdonation hävdades det i förarbetena att barnet delvis ändå skulle få ett bevarat genetiskt samband med föräldrarna om ägget kom från en annan kvinna än modern, då spermien kom ifrån fadern. Den biologiska modern borde anses som moder till barnet, då hon

⁶⁷ Statens medicinsk-etiska råd, *Assisterad befruktning – Synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen*, 1995 – 04 – 05.

⁶⁸ Ds 2000:51, s. 39.

⁶⁹ A.a. s. 40.

⁷⁰ Ds 2000:51, s. 46.

⁷¹ A.a. s. 58.

⁷² A.a. s. 59.

⁷³ Prop. 2001/02:89; *Behandling av ofrivillig barnlöshet*.

⁷⁴ A.a.

burit och fött fram barnet. Barnet skulle växa upp i ett parförhållande med en moder och en fader. Det skulle vara önskat av den moder som födde fram det och som också skulle bli dess rättsliga moder. Det skulle vara svårt att finna skäl till att olika medicinska hinder för befruktning skulle värderas olika, varför ett tillåtande av äggdonation borde ske.⁷⁵

Vad gällde förslaget⁷⁶ om en ny generellt utformad regel om att den kvinna som föder ett barn är barnets mor, fann Lagrådet att det likväl inte var nödvändigt att införa en sådan för att lösa det specifika problemet om moderskap vid äggdonation. Lagrådet ansåg att det istället borde införas en specifik lagregel som till sin räckvidd begränsades till moderskap vid äggdonation.⁷⁷ Det hävdades vidare att skälet inte var att det uppkommit ett allmänt behov av en lagreglering vad gäller moderskap utan att man velat lösa ett specifikt problem som kunde uppkomma vid äggdonation. Det skulle kunna anses oklart om det var den kvinna som födde barnet eller om det var den kvinna som donerat ägg som skulle anses som barnets rättsliga moder. En generell regel om moderskap skulle fastställa moderskapet till alla barn och ej endast till barn tillkomna genom äggdonation.⁷⁸

Äggdonation är alltså tillåtet i Sverige sedan år 2003 och regleras i BefruktningsL. Detta innebär att en kvinna som ej kan producera egna ägg ändå kan genomgå en graviditet med ett donerat ägg från en annan kvinna. Ägget befruktas med makes eller sambos sperma utanför kroppen. Den som har avlats genom IVF med donerat ägg och uppnått tillräcklig mognad, har rätt att få reda på uppgifter om givarens identitet, vilka skall finnas antecknade i en särskild journal på sjukhuset. Dessa uppgifter skall bevaras i minst 70 år.⁷⁹

Det finns en uttrycklig definition i FB⁸⁰ av vem som skall anses som ett barns mor när ägget kommer från en annan kvinna än den som föder barnet. Det är den kvinna som föder barnet, trots att hon ej är dess genetiska moder, som skall anses som barnets rättsliga moder. Kapitelrubriken till denna paragraf lyder ”Om faderskapet och moderskapet till barn”, trots att några allmänna bestämmelser om moderskap inte finns i kapitlet.⁸¹

2.3.2 Surrogatmoderskap

I teknikens fotspår har det uppstått en ny form av adoptionsförfarande. Det kallas för surrogatmoderskap och går ut på att en kvinna föder ett barn för en annan kvinnas räkning. Surrogatmoderskap är dock inte tillåtet i Sverige. Detta är likväl tillåtet i andra länder och man kan tänka sig flera alternativ

⁷⁵ A.a. s. 38.

⁷⁶ Se ovan Socialdepartementets förslag.

⁷⁷ Prop. 2001/02:89, s. 84.

⁷⁸ A.a. s. 83 f.

⁷⁹ BefruktningsL, 6 och 7 §§.

⁸⁰ FB 1 kap. 7 §.

⁸¹ Walin, Gösta, Vängby, Staffan, *Föräldrabalken. En kommentar. Del 1*, s. 1:4.

beroende på orsaken till parets ofrivilliga barnlöshet. Ett alternativ går ut på att en annan kvinna än kvinnan i parförhållandet insemineras med sperma ifrån mannen i parförhållandet. Denna kvinna bär och föder sedan fram barnet. Barnet överlämnas sedan till det s.k. beställande paret. Men man kan också tänka sig att en kvinna i ett parförhållande donerar ägg, som befruktas utanför kroppen med sperma ifrån mannen i parförhållandet, vilket sedan implanteras i en annan kvinna som bär och föder fram barnet. Barnet överlämnas sedan till det s.k. beställande paret. Vid surrogatmoderskap kan även ägg och spermier helt härstamma från utomstående donatorer. I länder där surrogatmoderskap förekommer upprättas oftast någon form av kontrakt mellan surrogatmodern och det s.k. beställande paret. Detta kontrakt brukar oftast gå ut på att det s.k. beställande paret skall adoptera barnet efter det att det fötts.⁸²

I utredningen Barn genom befruktning utanför kroppen m.m.⁸³ hävdades att förfarandet med surrogatmoderskap stred mot den grundläggande principen i fråga om adoptioner att vederlag inte får ha lämnats eller utfästs, vilket i allmänhet torde vara en förutsättning för hela förfarandet med surrogatmoderskap. Utredningen hävdade att surrogatmoderskap även i övrigt stred mot gällande rättsgrundsatser i Sverige och att surrogatmoderskap var en tvivelaktig företeelse då den hade karaktär av köpslående om barn. I diskussionen om ett eventuellt tillåtande av äggdonation hävdade även utredningen att man skulle kunna förhindra den form av surrogatmoderskap, där surrogatmodern bär fram ett barn som är en annan kvinnas genetiska barn, om man förbjöd äggdonation.⁸⁴

Nära nog alla remissinstanser, som uttalade sig om surrogatmoderskap, delade utredningens uppfattning om att denna metod inte borde tillåtas av vare sig psykologiska, medicinska, sociala eller juridiska skäl.⁸⁵ För att skydda barnet rättsligt skulle ett tillåtande av surrogatmoderskap kräva ingående lagändringar som skulle strida mot nuvarande rättsordning.⁸⁶ Ett kontrakt mellan surrogatmodern och det s.k. beställande paret skulle enligt förfarandet förutsättas ta över de allmänna reglerna om adoption. Två av ett 20 - tal remissinstanser uttalade sig dock positiva till surrogatmoderskap. Den ena instansen hävdade att det genom en precis lagstiftning skulle kunna vara möjligt att lämna möjligheten öppen för surrogatmoderskap och den andra instansen hävdade att surrogatmoderskap skulle kunna tillåtas om det skedde utan ersättning.⁸⁷

Regeringen hävdade i propositionen om behandling av ofrivillig barnlöshet⁸⁸ att surrogatmoderskap ej var etiskt försvarbart och att det därför inte skulle tillåtas. Att använda en annan kvinna som medel för att

⁸² SOU 1985:5, s. 33.

⁸³ A.a. s. 33.

⁸⁴ A.a. s. 50.

⁸⁵ Prop. 1987/88:160.

⁸⁶ A.a. s. 28.

⁸⁷ A.a. s. 38.

⁸⁸ Prop. 2001/02:89.

lösa det barnlösa paret problem skulle strida mot människovärdesprincipen och det var inte heller önskvärt med surrogatmoderskap ur barnets perspektiv.⁸⁹ Regeringen konstaterade att frågan om bl.a. surrogatmoderskap gjorde det angeläget att det fastställdes i lagen vem som skulle anses som moder till ett barn.⁹⁰

2.3.3 Registrerade partners rätt att prövas som adoptivföräldrar

Registrerade partners har sedan år 2003 möjlighet att gemensamt prövas som adoptivföräldrar. Registrerad partner har även sedan år 2003 möjlighet att adoptera den andre partners barn.

År 1999 avgav Kommittén sitt betänkande om barn i homosexuella familjer.⁹¹ Denna tog här⁹² ställning till om det var sakligt motiverat att behålla den särlagstiftning som fanns beträffande registrerade partners. Kommitténs uppgift var inte att ta ställning till och se över adoptionsinstitutet som sådant, inte heller var dess uppgift att ta ställning till vilken typ av föräldrar som skulle vara de bästa för ett adopterat barn.⁹³

Kommittén hävdade att nya familjebildningar inte längre var någon marginell förekomst, varför det var viktigt att även belysa hur barn i homosexuella familjer hade det. Kommittén ansåg att det var viktigt att rättsligt erkänna den homosexuella familjebildningen, vilket skulle kunna påverka allmänhetens attityder i positiv riktning till sådana familjer generellt, vilket också skulle ge en viktig signal till barnet. Kommittén föreslog att registrerade partners, i likhet med makar, skulle ges möjlighet att gemensamt prövas som adoptivföräldrar. Kommittén föreslog även att det infördes en möjlighet för en registrerad partner att adoptera den andre partners barn, en s.k. styvbarns adoption.⁹⁴

Bestämmelserna som Kommittén föreslog syftade till att likställa homosexuella par och heterosexuella par i fråga om föräldrarättsliga bestämmelser. Enligt förslaget skulle ett barn kunna ha två rättsliga föräldrar av samma kön. I vissa sammanhang, där lagstiftningen inte endast hänvisar till begreppet föräldrar, utan till en mor och en far, var det viktigt att kunna skilja på dessa två personer av samma kön. Detta gällde bl.a. då fråga var om fastställande av föräldraskap. Vid styvbarns adoption skulle man kunna tänka sig begreppen medmamma och medpappa. Men vid en gemensam adoption skulle detta inte vara möjligt. I detta fall adopterade föräldrarna samtidigt ett barn och genom adoptionen skulle de få samma rättsliga ställning gentemot barnet. Kommittén hävdade att vid gemensam

⁸⁹ A.a. s. 55.

⁹⁰ A.a. s. 55.

⁹¹ SOU 2001:10.

⁹² A.a.

⁹³ A.a. s. 285.

⁹⁴ A.a.

adoption skulle båda föräldrarna i rättsligt hänseende benämnas på samma sätt. Ett barn kunde härigenom komma att ha bl.a. två mödrar.⁹⁵

En del remissinstanser var kritiska till Kommitténs förslag.⁹⁶ En grundläggande inställning var att förslaget inte var förenligt med principen om barnets bästa. Förslaget var alltför präglad av de vuxnas behov. Då det handlade om gemensam adoption ifrån ett annat land hävdades det att Kommittén hade tonat ner den psykiska sårbarhet som adoptivbarnen kunde uppvisa p.g.a. sin bakgrund. Det skulle innebära en alltför stor psykisk påfrestning för ett barn att förutom sitt annorlunda ursprung också tvingas hantera familjens särskilda situation. Från annat håll hävdades det att det inte fanns något behov av lagändring då det inte skulle finnas några länder som var beredda att lämna barn för adoption till homosexuella par. Vad gällde styvbarnsadoption hävdades det att detta kunde få till följd att barnets moder i ökad utsträckning inte medverkade till att faderskapet fastställdes för barnet. Det hävdades också att det i forskningen saknades undersökningar av barn som hade adopterats av homosexuella. Studierna omfattade främst barn som var biologiska till en av de vuxna i familjen.⁹⁷

Utgångspunkten för Regeringens förslag borde dock vara att lagstiftaren skulle vara så neutral som möjligt mellan äktenskap och partnerskap när det gällde samlevnadsformernas rättsverkningar.⁹⁸ Kommittén gjorde bedömningen, mot bakgrund av vad som framkommit genom forskningen på området, att de rättsliga skillnader som fanns när det gällde homosexuella och heterosexuella pars möjligheter att adoptera inte längre var sakligt motiverade. Det var viktigt att lagstifta i ärendet för att attityden till homosexuella skulle ändras i positiv riktning, trots att lagstiftningen, då länder var ovilliga att lämna barn till homosexuella, inte skulle få någon praktisk genomslagskraft.⁹⁹

Vissa författningstexter behövde inte ändras trots att det hänvisades till mor och far istället för förälder. Regeringen hävdade att det låg i sakens natur att bestämmelserna gällde även när ett barn hade två föräldrar av samma kön. En del följdändringar behövde dock göras och då borde ändringarna gå ut på att, då föräldrar var av samma kön, avgörande skulle vara vem som var äldst av dem. Detta borde gälla vid ändring av namnlagen och en del socialrättsliga lagar.¹⁰⁰

⁹⁵ A.a. s. 373 f.

⁹⁶ Prop. 2001/02:123, *Partnerskap och adoption*, s. 19 f.

⁹⁷ A.a. s. 19 f.

⁹⁸ A.a. s. 21.

⁹⁹ A.a. s. 28.

¹⁰⁰ A.a. s. 31.

2.3.4 Föräldraskap vid assisterad befruktning för lesbiska sambor/partners

I betänkandet av Kommittén om barn i homosexuella familjer¹⁰¹ togs även frågan upp om möjlighet för lesbiska par som registrerat partnerskap eller lever i ett samboförhållande att erhålla assisterad befruktning vid allmänt sjukhus.

En grundläggande värdering i vårt samhälle är att barn har rätt till två föräldrar. Traditionellt sett har inställningen varit den att föräldrarna skall vara av olika kön. Enligt Kommittén visade dock forskningen kring barn i homosexuella familjer att barn har lika goda utvecklingsmöjligheter i en homosexuell familj som i en heterosexuell familj, varför det av den anledningen inte fanns något skäl att neka lesbiska partners eller sambor att erhålla assisterad befruktning vid allmänt sjukhus. Kommittén hävdade vidare att möjligheten för det lesbiska paret att välja bort fadern inte skulle komma att ske i större utsträckning än idag, då många lesbiska par valde att inseminera sig privat där spermagivarens identitet inte uppgavs vid faderskapsutredningen. Tvärtom skulle spermagivaren vid assisterad befruktning vid allmänt sjukhus, utan risk för att bli fastställd som rättslig fader, kunna träda fram och således bli känd för barnet. En viktig förutsättning för att insemination skulle kunna medges, hävdade Kommittén, var dock att föräldrarna hade ett brett kontaktnät så att barnet kunde få både manliga och kvinnliga förebilder.

Det finns olika alternativ för fastställande av rättsligt föräldraskap för barn som kommer till genom insemination i en lesbisk relation. Kommittén hade fastnat för det alternativ som likställer homosexuella med heterosexuella par i fråga om rättsligt föräldraskap för barn som tillkommit genom insemination.¹⁰² Enligt Kommittén borde man vid insemination i en lesbisk relation prioritera det sociala föräldraskapet framför det biologiska, vilket ju även var fallet vid insemination i ett heterosexuellt förhållande. Det samtycke som den födande kvinnans partner eller sambo gav till inseminationen innebar att hon också, tillsammans med modern, skulle bli rättslig förälder till barnet. Kommittén ville införa en moderskapspresumtion, likt den faderskapspresumtion¹⁰³ som gällde för en make. Denna presumtion skulle innebära att om den kvinna som föder barnet är registrerad partner, hennes partner i sin tur automatiskt, tillsammans med den födande kvinnan, skulle anses vara rättslig förälder till det barn som föddes. Kommittén valde att benämna den födande kvinnans partner eller sambo som ”den som tillsammans med modern skall anses vara barnets mor”.

¹⁰¹ SOU 2001:10.

¹⁰² SOU 2001:10, s. 339 f.

¹⁰³ Faderskapspresumtionen i svensk rätt innebär att den man, som är gift med en kvinna som föder ett barn, antas/presumeras vara barnets fader.

Kommittén föreslog således att lesbiska par som registrerat partnerskap eller levde i ett samboförhållande, i likhet med heterosexuella makar och sambor, skulle ges möjlighet att erhålla assisterad befruktning vid allmänt sjukhus. Reglerna för fastställande av rättsligt föräldraskap borde motsvara de regler som gällde för heterosexuella par. En bestämmelse om moderskapspresumtion borde införas. Det skulle gälla ett sorts rättslig eller social moderskapspresumtion.¹⁰⁴ Två helt nya kapitel skulle införas i FB, ett om moderskap till barn och ett om socialnämnds medverkan vid fastställande av moderskap.¹⁰⁵ Kommittén föreslog vidare att även en bestämmelse skulle införas om att uppgift om vem som är spermagivare vid en insemination borde antecknas i socialnämndens akt rörande faderskap – och moderskapsutredningen.¹⁰⁶

Många remissinstanser var dock kritiska till förslaget om assisterad befruktning för lesbiska sambor/partners och till den föreslagna moderskapspresumtionen i synnerhet. Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet påpekade t.ex. att den föreslagna moderskapspresumtionen skulle frånta den biologiska fadern talerätt och således utesluta den biologiska faderns möjligheter att påta sig faderskapet. Eftersom ”den andra modern”¹⁰⁷ kunde väcka talan om hävande av moderskap bestod bara detta moderskap så länge denna kvinna önskade.¹⁰⁸ Faderskapspresumtionen i FB, som skulle försöka efterliknas, byggde på antagandet att det var mannen i äktenskapet som var den genetiska fadern, vilket aldrig skulle kunna vara materiellt möjligt eller riktigt i ett registrerat partnerskap.¹⁰⁹

I övrigt ansåg remissinstanserna att det saknades relevant forskning på området och att det skulle kunna vara en belastning för barnet att växa upp med två mödrar. Det hävdades att det fortfarande förelåg brister i lagstiftningen rörande heterosexuellas möjlighet att insemineras vad gäller barnets rätt att veta sitt genetiska ursprung. Detta ansåg man först måste utredas innan man kunde ta ställning till lesbiska pars möjlighet till insemination. Det invändes också att ett barns rätt till sitt genetiska ursprung inte tas till vara i det nya förslaget.¹¹⁰

Regeringens bedömning var att en möjlighet till assisterad befruktning för lesbiska par inte borde införas innan slutlig ställning hade tagits angående frågan hur det rättsliga föräldraskapet i dessa fall skulle regleras.¹¹¹

¹⁰⁴ Prop. 2001/02:123, s. 35.

¹⁰⁵ A.a. s. 35.

¹⁰⁶ A.a. s. 34.

¹⁰⁷ Den kvinna som ej har fött barnet.

¹⁰⁸ Yttrande ifrån Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet, 2001 – 07 -02 , Justitiedepartementet, Dnr J Ä1 229/01, s. 2 f.

¹⁰⁹ Prop. 2001/02:123, s. 36.

¹¹⁰ A.a. s. 35.

¹¹¹ A.a. s. 36.

Föräldraskap vid assisterad befruktning för lesbiska par utreds vidare¹¹² och det är idag inte tillåtet för lesbiska sambor/partners att erhålla assisterad befruktning vid allmänt sjukhus.¹¹³

2.3.5 ”Falskt föräldraskap” vid invandring

I tidningarna har vi det senaste året kunnat läsa om personer som kommer till Sverige och som vid invandring uppger att de är föräldrar till barn som de egentligen inte är biologiska föräldrar till. Dessa uppgifter läggs sedan till grund för folkbokföringen. Folkbokföringens uppgifter ligger i sin tur till grund för förmynderskapet och vårdnadsansvaret för barnen. Det är när problem inom dessa familjer upptäcks, t.ex. via skola eller socialförvaltning, som också det ”falska föräldraskapet” uppdagas.

Här redogör jag kort för innehållet i ett fall som så småningom skall tas upp till prövning i Malmö Tingsrätt:

År 1998 kom en kvinna till Sverige med 12 barn, som hon inför myndigheterna uppgav vara hennes. Fadern befann sig redan i Sverige. Efter en tid uppmärksammade socialtjänsten att det rådde brister i hemmet, varför några av barnen omhändertogs och placerades i familjehem. I detta sammanhang uppstod också tveksamhet huruvida de personer som utgav sig för att vara barnens biologiska föräldrar faktiskt var det. Föräldrarna förklarade sig inledningsvis vara positiva till att lämna blodprov för att styrka föräldraskapet. Tid bokades för föräldrarna på Blodcentralen men de kom inte och hördes inte heller av. De kallades vidare vid två tillfällen till samtal på Familjerättsbyrån, men kom inte och hördes inte heller av.

Fem av dessa barn vände sig till en advokat som ombads föra talan mot föräldrarna om hävande av föräldraskapet. T.ex. uppgav ett av barnen sitt riktiga namn och sin biologiska faders namn. Fadern lär ha varit avliden. Barnet berättade att han hade tre biologiska syskon varav en broder som också var familjehemsplacerad i Sverige. Hans två systrar bodde i Afghanistan och han hade telefonkontakt med sin moder men inte längre med vårdnadshavarna i Sverige. Efter en läkarundersökning hade hans ålder sänkts med tre år. Folkbokföringen hade ändrat på hans personnummer efter detta. En socialrådgivare hade träffat barnets biologiska moder. Hon ville dock inte överlämna handlingar som visade att hon var barnets rättmätiga moder då hon var släkt med vårdnadshavarna i Sverige och befarade att de skulle kunna åtalas i Sverige p.g.a. sitt agerande.

Advokaten, som bl.a. har fått i uppdrag att föra detta barns talan mot den i folkbokföringen registrerade modern, yrkade att tingsrätten förklarade att den s.k. modern ej är moder till barnet. Saken var hävande av moderskapet. Vad gäller tillämplig lag menade advokaten att: ”Någon uttrycklig bestämmelse om att talan om moderskap kan föras finns ej. I Gösta Walin Föräldraskap 5 upplagan har emellertid å sidan 39 angivits att talan om fastställande av moderskap kan upptagas till prövning varvid man hänvisar till SvJt 1968 rf. sidan 89. I rättsfallet har man konstaterat att 13 kap 2 § 1

¹¹² Ds 2004:19, Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella.

¹¹³ Enligt tidningsmedia (Dagens Nyheter och Svenska Dagbladet), den 3 mars 2005, skall det bli lagligt för lesbiska par att, fr.o.m. den 1 juli 2005, erhålla assisterad befruktning på svenska sjukhus.

st. rättegångsbalken om fastställsetalan ej utgör hinder mot att upptaga barnets talan om prövning av moderskapet. Åke Malmström säger i Föräldrarätt 1956 att `skulle någon enstaka gång tvist uppkomma i något av dessa hänseenden (moderskapet), får allmänna rättsgrundsatser tillämpas`.¹¹⁴ Advokaten yrkade att tingsrätten skulle förelägga modern att lämna blodprov samt förordna om rättsgenetisk undersökning av densamma.

Tingsrätten har därefter tagit ett negativt beslut angående blodundersökningen och chefsrådmannen skrev: ”En blodundersökning utgör ett ingrepp i den personliga integriteten. Lagen (1958:642) om blodundersökning m.m. vid utredning av faderskap omfattar inte mål om förklaring angående moderskap. Inte heller finns uttryckligt stöd för sådan undersökning i någon annan lagstiftning. På grund härav, och i avsaknad av medgivande från dem som avses med det begärda förordnandet, bör den i målet angående moderskap framställda begäran om förordnande om blodundersökning inte bifallas. Tingsrätten lämnar därför [...] [NN:s] begäran utan bifall”.¹¹⁵

Fråga är nu huruvida moderskapet kan komma att prövas och om det rent materiellt är möjligt, då någon blodundersökning av modern inte lagligen går att genomföra annat än på frivillig basis.

¹¹⁴ Mål nr T 2540-04, Malmö Tingsrätt.

¹¹⁵ A.a.

3. Något om moderskapspresumtionen i angloamerikanska rättsordningar

3.1 Storbritannien

3.1.1 Allmänt

Något behov av att rättsligt reglera moderskapet har tidigare inte förelegat i europeiska rättssystem, då man ansett att det genom födseln varit ett lätt konstaterbart biologiskt faktum vem som är moder.¹¹⁶ Detta har kommit till uttryck i den romerskrättsliga maximen, *mater semper certa est*, ”det är alltid säkert vem som är moder”. Såvitt Lagrådet har kunnat finna, finns inte någon reglering rörande rättsligt moderskap vare sig i den franska Code Civil eller i den tyska Bürgerliches Gesetzbuch och i övrigt är förmodligen sådana bestämmelser ovanliga i europeiska civillagar.¹¹⁷

Någon generell regel angående vem som skall anses som barnets moder står inte heller att finna i engelsk lagtext. Här utgår man förmodligen också ifrån den gamla romerskrättsliga devisen *mater semper certa est*.

3.1.2 Äggdonation/Surrogatmoderskap

Det första barnet som tillkommit genom assisterad befruktning utanför kroppen föddes i Storbritannien år 1978. Sedan år 1990 är verksamheten med assisterad befruktning utanför kroppen lagreglerad i Storbritannien.¹¹⁸ En särskild myndighet, *the Human Fertilisation and Embryology Authority*, handhar frågor som rör assisterad befruktning.

The Human Fertilisation and Embryology Act ifrån år 1990 tillåter äggdonation och den kvinna som donerar ägg har rätt att vara anonym.¹¹⁹

The Human Fertilisation and Embryology Act reglerar rättsligt moderskap vid äggdonation. I sektion 27.1 i lagen står: *The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.* (Min översättning: Den kvinna som bär eller har burit ett barn som är

¹¹⁶ Prop. 2001/02:89, s. 83.

¹¹⁷ A.a. s. 83.

¹¹⁸ A. a. s. 19.

¹¹⁹ A. a. s. 19.

ett resultat av att man har implanterat ett embryo eller sperma och ägg i henne, skall anses som barnets moder och ingen annan kvinna). I punkten 29.1 i lagen regleras bl.a. verkan av sektion 27: *Where by virtue of section 27 [...] of this Act a person is to be treated as the mother [...] of the child, that person is to be treated in law as the mother [...] of the child for all purposes.* (Min översättning: Den som skall anses som barnets moder i enlighet med sektion 27 i denna lag skall i lag betraktas som moder till barnet i alla avseenden).

Under vissa förutsättningar är även surrogatmoderskap tillåtet i Storbritannien.¹²⁰ Surrogatmoderskap regleras i *The Surrogacy Arrangements Act* ifrån år 1985. Denna lag baseras huvudsakligen på en rapport om surrogatmoderskap. I rapporten var man dock mycket kritisk till surrogatmoderskap och skälen måste vara mycket starka för att man etiskt skall kunna acceptera detta sätt att föda barn på.¹²¹ Enligt lagen är det endast tillåtet med altruistiskt, oegenyttigt, surrogatmoderskap. Lagen tillåter endast privata arrangemang.¹²²

Genom *The Human Fertilisation and Embryology Act*, C. 36, har man gjort tillägg till *The Surrogacy Arrangements Act*: 1 A. *No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.* (Min översättning: Ingen surrogatmoderskapsuppgörelse går att genomdriva av eller emot någon av de personer som har skapat uppgörelsen.) Uppgörelserna är således inte juridiskt bindande.

Äggdonation är alltså tillåtet i Storbritannien. Givaren av ägg har rätt att vara anonym. Även surrogatmoderskap är tillåtet. Uppgörelserna om surrogatmoderskap är dock inte juridiskt bindande.

3.2 USA/Kalifornien

3.2.1 Allmänt

Moderskapet till ett barn fastställs generellt i Kalifornien i enlighet med sektion 7610 i *the California Family Code*: *The parent and child relationship may be established as follows: a. Between a child and the natural woman, it may be established by proof of her having given birth to the child [...].* (Min översättning: Förhållandet mellan förälder och barn kan fastställas enligt följande: a. Mellan ett barn och dess naturliga moder kan förhållandet fastställas genom bevis om moderns födelse av barnet). Detta går i linje med den romerskrättsliga devisen och presumptionen, *det är alltid säkert vem som är moder, moder är den som föder barnet.*

¹²⁰ Prop. 2001/02:89, s. 19.

¹²¹ Jönsson, Kutte, *Det förbjudna mödrskapet*, s. 67, med vidare hänvisning till *the Warnock Report*.

¹²² A.a.

Denna presumtion gäller dock ej vid äggdonation och surrogatmoderskap.

3.2.2 Äggdonation/Surrogatmoderskap i delstaten Kalifornien

I Kalifornien råder ett mycket gynnsamt klimat då det gäller äggdonation och surrogatmoderskap. Hit vänder sig många infertila par ifrån både andra länder och andra stater i Amerika. De blivande föräldrarnas, surrogatmödrarnas och äggdonatorernas intentioner och avsikter, som de stadgats i olika kontrakt, skyddas konsekvent i de kaliforniska domstolarna.

Regler kring surrogatmoderskap finns ej att finna i *the California Family Code*, men väl i s.k. *case law*, vilken utgör den lagliga grunden för surrogatmoderskap i Kalifornien.

I fallet *Johnson v. Calvert* (1993) kom *the California Supreme Court* fram till att surrogatmodern (här endast biologisk, ej genetisk moder) inte hade några rättigheter och skyldigheter gentemot barnet. *The California Supreme Court* fastslog underrättens uttalande om att denna form av ”surrogatmoderskapskontrakt” är laglig och juridiskt bindande.¹²³

Underrätten hävdade också att den genetiska modern var att anse som moder i rättslig bemärkelse, vilket dock dementerades av *the California Supreme Court*, då detta skulle äventyra rättsligt moderskap vid äggdonation.¹²⁴

The California Supreme Court framhöll i fallet *Johnson v. Calvert* att det i enlighet med *the California Family Code* finns två olika sätt att bevisa moderskap, antingen genom bevis om moderns födelse av barnet eller genom att bevisa genetiskt släktskap mellan moder och barn via blodprov. När två kvinnor på detta sätt kan bevisa att de är mödrar till ett barn, (som ju fallet är då det har planterats ett ägg i en surrogatmoder), gjorde rätten i fallet *Johnson v. Calvert* gällande att det är den kvinna, som avser och planerar för ett barns födelse, som hon också ämnar uppfostra som sitt eget, som är den naturliga, rättsliga, modern enligt kalifornisk lag.¹²⁵

I ytterligare ett fall, *In re Marriage of Buzzanca* (1998), tog man upp frågan om rättsligt föräldraskap vid surrogatmoderskap. Genom att ingen av föräldrarna i detta fall hade något genetiskt samband med barnet, kan man säga att detta rättsfall utvidgar fallet *Johnson v. Calvert*, då man fastslog att de föräldrar som avser att vara rättsliga föräldrar också är de rättsliga föräldrarna, oavsett det genetiska och biologiska släktskapet med barnet.¹²⁶

Då uttryckliga lagregler även saknas för fastställande av moderskap vid äggdonation, fastslogs likaledes i fallet *Johnson v. Calvert*, vem som i

¹²³ Pinkerton, Thomas M; *Surrogacy and egg donation law in California*.

¹²⁴ Cohen, Cynthia B; *New ways of making babies*, s. 178.

¹²⁵ Pinkerton, Thomas M; *Surrogacy and egg donation law in California*.

¹²⁶ A.a.

rättslig bemärkelse är att anse som moder i dessa fall. Rätten resonerade på samma sätt angående rättsligt moderskap till barn som tillkommit genom äggdonation, som den gjorde angående rättsligt moderskap vid surrogatmoderskap. Det är den kvinna som avser och planerar för ett barns födelse, som hon också ämnar uppfostra som sitt eget, som är den naturliga, rättsliga, modern enligt kalifornisk rätt.

Den kvinna som avser att bli moder till ett barn, som det är bestämt antingen i ett "surrogatmoderskapskontrakt" eller i ett "äggdonationskontrakt", är i rättslig mening barnets moder enligt kalifornisk rätt.

Äggdonation och surrogatmoderskap är sålunda tillåtet i delstaten Kalifornien. "Surrogatmoderskapskontrakten" och "äggdonationskontrakten" är därtill juridiskt bindande, vilket innebär att, om tvist uppstår mellan parterna, dömer domstolen i enlighet med vad som stadgas i kontraktet.

4. Rätten till sitt ursprung och principen om ”barnets bästa”

4.1 Internationella konventioner

4.1.1 Barnkonventionen

Principen om barnets bästa regleras i artikel 3 i Barnkonventionen.¹²⁷ Principen skall gälla vid *alla* åtgärder som rör barn. Principen begränsas inte som tidigare till det familjerättsliga området utan skall gälla på alla områden som rör barn. Barnet är ett subjekt med rättigheter. Genom artikel 3 i Barnkonventionen skall barnperspektivet vid olika beslut som rör barn garanteras.

Barnkonventionen är en bindande konvention för de stater som har ratificerat den. Sverige ratificerade den år 1990. Konventionen är inte införlivad i svensk rätt, men då den är folkrättsligt bindande får den svenska nationella lagstiftningen inte strida mot konventionens regler. Likaså skall nationell lagstiftning tolkas i ljuset av konventionen. En kommitté har tillsatts av olika experter ifrån olika länder för att kontrollera hur konventionen efterlevs och följs i de olika konventionsstaterna. Staterna skall avge rapporter till kommittén om efterföljandet av konventionen.

FN-kommittén om barnets rättigheter¹²⁸ har tolkat begreppet barnets bästa och menar att det inte är ett statiskt begrepp, utan att det varierar över tid och från ett samhälle och kultur till ett annat. Det varierar också från ett barn till ett annat. Denna tolkning har fått kritik då vissa menar att detta i princip kan legalisera vad som helst, såsom barnarbete. Men FN-kommittén menar ändå att det finns vissa grundläggande rättigheter som är universella och bör vara lika för alla barn världen över. FN-kommittén framhåller att den viktigaste dimensionen av principen om barnets bästa är att varje beslut om ett barn skall föregås av förhandsprövning och analys av de olika beslutsalternativen.¹²⁹

¹²⁷ Förenta Nationernas konvention den 20 november 1989 om barnets rättigheter.

¹²⁸ SOU 1997:116, *Barnets bästa i främsta rummet – FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige*, s. 131.

¹²⁹ A.a. s. 131.

Principen om barnets bästa skall användas vid tillämpning av övriga artiklar i Barnkonventionen då dessa inte ger tillräcklig vägledning.¹³⁰ Barnets bästa är således huvudprincipen i konventionen.

Ett barn har enligt konventionens artikel 7 rätt att så långt som möjligt få vetskap om sina föräldrar och bli omvårdad av dessa. Artikelns tillkom främst med tanke på att stärka adoptivbarns rätt att få vetskap om sina biologiska föräldrar.¹³¹ Som artikelns formulering kan man också tänka sig att ett barn har rätt till vetskap om sitt genetiska ursprung.¹³² Någon entydig tolkning om ett barns rätt att få vetskap om sitt ursprung finns inte.¹³³

Ett barn har enligt konventionens artikel 8 rätt till respekt för sin identitet. Denna artikel skulle kunna ses som ett tydligare stöd för rätten till vetskap om sitt ursprung, då kännedom om ursprunget kan ses som en förutsättning för individens identitetsuppfattning.¹³⁴ Det har även framhållits att en rätt till vetskap om sitt genetiska ursprung bör falla in under artikel 8 då barnets bästa alltid skall sättas i främsta rummet.¹³⁵

4.1.2 Europakonventionen

Europakonventionen antogs av Europarådet år 1950 och gäller som svensk lag sedan år 1995. Principen om barnets bästa regleras inte i Europakonventionen, men finns likväl dokumenterad i Europadomstolens praxis.¹³⁶ De svenska domstolarna är bundna av Europadomstolens praxis.

I artikel 8 i Europakonventionen stadgas en rätt till skydd för privat – och familjeliv. Även i denna artikel skulle man kunna läsa in en rätt för barn till vetskap om sitt ursprung, då det enligt Danelius på artikel 8 kan grundas en rätt för utomäktenskapliga barn att få faderskapet fastställt.¹³⁷ I ett domstolsfall hävdade nämligen rätten att ett brott mot artikel 8 förelåg, då en ”pater-est” presumtion var så stark att bara den äkta mannen kunde föra en negativ fastställsetalan, trots den biologiska och sociala verkligheten.¹³⁸

¹³⁰ SOU 1997:116.

¹³¹ SOU 1997:116, s. 212.

¹³² Ryrstedt, SvJT 2003, s. 572 med vidare hänvisning till SOU 1997:116, s. 213, ”som framhåller att FN-kommittén har noterat att vissa länders brist vad gäller möjlig vetskap om donator av sperma eller ägg, kan strida mot konventionens bestämmelser, men samtidigt noterar att flera länder har haft uppfattningen att sådana inhemska regler inte står i strid med bestämmelserna i artikel 7.”

¹³³ Singer, a.a. s. 402.

¹³⁴ Singer, a.a. s. 402 f.

¹³⁵ Ryrstedt, a.a. s. 572, med vidare hänvisning till Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, år 1992, s. 163.

¹³⁶ Den europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

¹³⁷ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, s. 281.

¹³⁸ A.a. s. 281 f.

Genom Europadomstolens praxis skulle man således kunna ge skäl för att artikel 8 i Europakonventionen innehåller en rätt för barn till vetskap om sitt genetiska ursprung.¹³⁹ Det är dock inte mycket som pekar på att denna artikel verkligen garanterar en rätt för barn att känna sitt genetiska ursprung och då meningsskiljaktighet råder om vilken rätt artikeln garanterar kommer Europadomstolen förmodligen att få svårt att döma i fall av detta slag.¹⁴⁰

4.2 Svensk rätt

Principen om barnets bästa är inte ny i svensk rätt. Redan i vår barnlagstiftning ifrån år 1917 – 1920 utgick man genomgående ifrån principen om barnets bästa. Idag återfinns principen om barnets bästa i FB:s 6:e kapitel om vårdnad, boende och umgänge. Rätten skall besluta i enlighet med vad som anses bäst för barnet. Även i FB 21 kap. om verkställighet av domar eller beslut om vårdnad eller umgänge stadgas att hänsyn skall tas till barnets bästa. I Utlänningslagen föreskrivs likväl att hänsyn skall tas till barnets bästa. Trots att principen om barnets bästa inte alltid kommit till uttryck i lag har principen varit vägledande vid annan lagstiftning.

I FB:s kapitel om faderskap och moderskap till barn finns ingen hänvisning till principen om barnets bästa. Det finns dock en handlingsregel som är riktad till myndigheter, som just innebär att dessa skall ta hänsyn till principen om barnets bästa vid beslut som rör barn. Detta är dock inte ett ovillkorligt krav för de beslut som föräldrar fattar om sina barn.¹⁴¹

I svensk rätt finns reglering gällande barns rätt till vetskap om sitt ursprung. Fråga är dock om denna reglering har någon praktisk genomslagskraft.¹⁴²

¹³⁹ Kilkelly, Ursula, *The Child and the European Convention on Human Rights*, s. 88 ff.

¹⁴⁰ A.a.

¹⁴¹ Ryrstedt, Eva, *Kravet på konsensus – till barnets bästa?*, SvJT 2003, s. 340.

¹⁴² Jmf; Ryrstedt, Eva, *Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikatioer*, SvJT 2003.

5. Analys – Förändring av den ideologiska grunden *mater semper certa est*

5.1 Moderskapspresumtionen i svensk rättspraxis

5.1.1 Ett rättsligt och ett officiellt moderskap

Att man kan föra talan om fastställande av moderskap finns, som vi har sett, fastslagen i praxis.¹⁴³ I hovrättsfallet från år 1968¹⁴⁴ fördes en positiv fastställsetalan om moderskap. Något moderskap var inte registrerat hos folkbokföringsmyndighet. Här ansågs inte något hinder föreligga mot att ta upp barnets talan till prövning i enlighet med RB 13 kap. 2 § 1 st, då ”förhållandet mellan moder och barn är enligt lag förenat med rättsverkningar i flera avseenden”.¹⁴⁵ Ej heller ansågs vad som i övrigt stadgas i RB 13 kap. 2 § 1 st ligga till hinder för prövningen. RB 13 kap. 2 § 1 st lyder som följer: ”Talan om fastställelse, huruvida visst rättsförhållande består eller icke består, må upptagas till prövning, om ovisshet råder om rättsförhållandet och denna länder käranden till förfång.” Hovrätten gjorde i detta fall den bedömningen att det generellt sett föreligger ett rättsförhållande mellan moder och barn. Det förelåg inte endast ett faktiskt förhållande mellan dessa, som TR:n i samma fall hävdade. Då modern i detta fall var okänd förelåg ovisshet om rättsförhållandet, vilket kunde lett till att barnet led skada. Här kan tänkas att skadan ligger i att barnet skulle kunna komma att förlora sin arvsrätt eller i annat fall rätten till underhåll. Att man i detta fall, då regler om fastställande av moderskap saknas, har använt sig av allmänna regler för fastställsetalan i RB, synes mig helt logiskt. Detta bekräftades också av JO’s uttalande i det s.k. *Enköpingsfallet*¹⁴⁶. JO ansåg där att det inte föreligger något hinder mot att föra fastställsetalan om moderskap i enlighet med reglerna i 13 kap. RB. Det är dock viktigt att hålla i minnet att JO också hävdade att det först är relevant att föra talan om fastställande av moderskap då moder är okänd, ej då hon är känd. JO ansåg nämligen att så fort ett moderskap är konstaterat är det också rättsligt fastställt och någon särskild fastställsetalan behöver inte föras. Dock hävdade JO att barnet har rätt att veta sitt ursprung, varför också

¹⁴³ Se SvJT 1968 ref. s. 89. Se även SvJT 1956 ref. s. 33 och NJA 1949 s. 144.

¹⁴⁴ SvJT 1968 ref. s. 89.

¹⁴⁵ SvJT 1968 ref. s. 89.

¹⁴⁶ JO 1989/90 s. 223-229, se ovan refererat fall.

en anteckning om moderskapet är viktig att göra hos folkbokföringsmyndighet.

I rättspraxis kan två typer av moderskap skönjas. Det ena är *det* ovan definierade *rättsliga moderskapet*, det andra är ett moderskap som jag väljer att kalla för *det officiella moderskapet*. Det rättsliga moderskapet bekräftas med bevis om barnets födelse och det officiella moderskapet uppstår genom en korrekt anmälan till folkbokföringsmyndighet. Det rättsliga moderskapet måste anses vara detsamma som moderskapspresumtionen, *moder är den som föder barnet*. Redan genom det rättsliga moderskapet konstitueras moderns förmyndar- och vårdnadsansvar för barnet i enlighet med vad JO uttalade i det s.k. *Enköpingsfallet*. Det officiella moderskapet är vidare viktigt för barnets rätt att veta sitt ursprung, då det finns en möjlighet för barnet att söka efter sitt ursprung i ett allmänt register. Grunden för moderskapet är således att moder är den som föder barnet. Registreringen utgör således endast en presumtion för att rättsligt moderskap föreligger.

5.1.2 Det officiella moderskapet grundar inte något rättsförhållande

I RH 1996:91 var någon fastställsetalan angående moderskapet inte möjlig. Det fanns redan ett registrerat moderskap som ansågs stå i konflikt med en fastställsetalan angående moderskap. Hovrätten menade i detta fall att oriktiga uppgifter om moderskap som antecknats i folkbokföringen, i samband med invandring, inte konstituerar något rättsförhållande mellan moder och barn. Här vill jag notera att det i detta fall handlade om en negativ fastställsetalan till skillnad ifrån hovrättsfallet ifrån år 1968 då det handlade om en positiv fastställsetalan.

Trots olika utfall och att rättsfallen från hovrätten ifrån år 1968 och år 1996 vid blotta anblicken verkar motsäga varandra anser jag att hovrätten har samma grundinställning i bägge fallen. Här applicerar jag de två typerna av moderskap, det rättsliga moderskapet och det officiella moderskapet. I båda fallen har hovrätten utgått ifrån inställningen att det endast är det rättsliga moderskapet som grundar ett rättsförhållande mellan moder och barn och det i enlighet med JO's uppfattning i det s.k. *Enköpingsfallet*, där JO menade att det rättsliga moderskapet ansågs fastställt då bevis om vem som fött barnet föreligger, den s.k. moderskapspresumtionen. I fallet från år 1968 var modern okänd och inte registrerad hos folkbokföringsmyndighet, det var det rättsliga moderskapet som skulle prövas. Men i fallet från år 1996 var det det officiella moderskapet som skulle prövas, men då man ansåg att detta inte grundar ett rättsförhållande var detta inte möjligt. En riktig registrering om moderskapet hos folkbokföringsmyndighet grundade således enligt hovrätten i RH 1996:91 inte något rättsförhållande mellan moder och barn. Det är osäkert hur hovrätten skulle ställt sig till frågan huruvida en riktig registrering av moderskap hos folkbokföringsmyndighet grundar ett rättsförhållande mellan moder och barn. Resonemanget i RH

1996:91 kan dock tolkas som om hovrätten menade att en anteckning hos folkbokföringsmyndighet överhuvudtaget inte konstituerar ett rättsförhållande mellan moder och barn. Således borde inte någon fastställsetalan angående moderskapet kunna föras i enlighet med reglerna i RB 13 kap. när ett redan registrerat moderskap finns för handen. Registreringen är endast ett bevis för att ett visst rättsförhållande föreligger och inte själva rättsförhållandet i sig.¹⁴⁷ Det bakomliggande rättsförhållandet, den s.k. moderskapspresumtionen, som innebär att moder är den som föder barnet, måste ändå kunna prövas trots att det redan finns ett registrerat moderskap. Registreringen av moderskapet torde endast vara en förvaltningsrättslig åtgärd. Alltså skulle hovrätten i rättsfallet från år 1996 ha gått ett steg längre och prövat moderskapspresumtionen, det bakomliggande rättsförhållandet och inte den förvaltningsrättsliga åtgärden, som hovrätten inte anser konstituera ett rättsförhållande mellan moder och barn. Hovrätten prövade således inte i detta fall moderskapspresumtionen utan konstaterar endast att det officiella moderskapet inte konstituerar något rättsförhållande.

Det kan låta enkelt att säga att en registrering av ett moderskap inte konstituerar något rättsförhållande då det faktiskt i praktiken fungerar så att själva registreringen hos folkbokföringsmyndighet legitimerar en viss kvinna som moder till ett barn. Registreringen ligger till grund för t.ex. förmyndar- och vårdnadsansvar för barn, varför hovrättens resonemang i fallet från år 1996 vid en första anblick kan verka ologiskt. ”En registrering av en kvinna som varande ett barns moder i folkbokföringsregistret konstituerar i viss mening rättsligt moderskap”¹⁴⁸. Detta, vill jag dock hävda, är det officiella moderskapet, som inte bör ha en sådan rättskraft som det idag har i svensk praxis, då uppgift om moderskap hos folkbokföringen i det närmaste är omöjlig att ändra utan ett domstolsbeslut. Singer¹⁴⁹ menar att då det inte föreligger någon oklarhet om att en kvinna inte är moder till ett barn måste det också vara möjligt för registreringsmyndigheten att själv kunna ändra uppgiften om moderskap. Singer menar också att en registrering av ett moderskap inte kan ha en sådan rättskraft att det hindrar domstols prövning av moderskapet. Singer torde härmed ansluta sig till den uppfattningen att den förvaltningsrättsliga åtgärden inte konstituerar ett rättsförhållande mellan moder och barn och att det är moderskapspresumtionen, det bakomliggande rättsförhållandet, som måste kunna prövas. Alltså skall ett registrerat moderskap, om uppenbart oriktigt, kunna ändras direkt av folkbokföringsmyndighet, i annat fall skall en prövning av moderskapspresumtionen alltid vara möjlig i domstol. Jag tror att problemet i svensk rätt främst ligger i att den använder sig av den gamla romerska moderskapspresumtionen, samtidigt som det i praktiken föreligger något slags moderskapspresumtion i ett redan registrerat moderskap. Då det har visat sig att det inte alltid är säkert vem som är moder, måste

¹⁴⁷ Jfr. NJA 1949 s. 144 där ett moderskap prövades trots att det redan fanns ett redan registrerat moderskap.

¹⁴⁸ Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, s. 363.

¹⁴⁹ Singer, a.a. s. 363.

moderskapet enligt min mening under alla förutsättningar kunna prövas i domstol.

5.1.3 Moderskapspresumtionen består av två led

Vid en genomgång av rättspraxis angående möjlighet att föra talan om moderskap, under 1900 – talet och början av 2000 – talet, kan vi alltså skönja att grunden för moderskapspresumtionen har modifierats. Det är inte alltid säkert vem som är moder. Själva moderskapspresumtionen, *moder är den som föder barnet*, har dock i dessa fall varit utgångspunkten för rättens bedömning av moderskapet. Problematiken i dessa fall har rört sig om bevisfrågor angående barnets födelse.

I det s.k. *Bureåfallet* förelåg ovisshet om vem av två kvinnor som hade fött ett barn, då förväxling av barn skett på en sjukstuga. När fallet prövades rättsligt utgick man ifrån moderskapspresumtionen och genom en medicinsk undersökning konstaterade man vem som fött barnet, vilket också sedan lades till grund för det rättsliga moderskapet.

Även i *hovrättsfallet ifrån år 1968*, då moder utnyttjat sin rätt att vara anonym, förelåg ovisshet om moderskapet då man inte hade kunnat konstatera vem som fött barnet.

Hittebarnsfallet, det s.k. *Enköpingsfallet*, visade också det på att osäkerhet kan föreligga om vem, vilken kvinna, som har fött ett barn. JO hävdade i diskussionen kring detta fall att rättsligt moderskap måste anses fastställt då man har konstaterat vem som fött barnet. JO utgick följaktligen i sin diskussion ifrån moderskapspresumtionen, *moder är den som föder barnet*.

I tingsrättsfallet ifrån år 2001 förelåg också osäkerhet kring moderskapet, då folkbokföringens uppgifter om moderskapet började ifrågasättas. Moderskapet prövades sedermera och genom blodprov konstaterades att den kvinna som var registrerad som moder inte var den biologiska modern, varför moderskapet hävdades. Till grund för sin bedömning utgick sålunda tingsrätten ifrån att moder är den som föder barnet. I detta avseende förelåg ovisshet om moderskapet. Jag vill här notera att det var fråga om en negativ fastställsetalan, såsom i *hovrättsfallet ifrån år 1996*.

Att moderskapspresumtionen ligger till grund för folkbokföringens uppgifter om moderskapet, bekräftas genom lag¹⁵⁰. Ett barns födelse skall anmälas till skattemyndigheten om barnet föds inom landet. Om barnet föds på ett sjukhus skall detta göra anmälan och om en barnmorska hjälper till vid födseln vid hemförlossning eller på annat ställe, skall hon göra födelseanmälan. Anmälan skall ske så snart som möjligt. På sjukhus registreras moderns namn vid förlossningen och ett identitetsband, med

¹⁵⁰ Folkbokföringslag (1991:481), 24 §.

hennes personnummer, sätts runt hennes arm.¹⁵¹ Barnet förses med ett motsvarande identitetsband innan navelsträngen mellan barnet och modern klipps av. Detta görs för att inte förväxling av barn skall ske.¹⁵² Innan anmälan görs till skattemyndigheten förs moderns och barnets identitet in i en förlossningsjournal.¹⁵³

I enlighet med vad jag redovisat ovan tycker jag mig kunna skönja att moderskapspresumtionen består av två led. Det första ledet innehåller grunden för själva moderskapspresumtionen, *det är alltid säkert vem som är moder (till ett barn)*, medan det andra ledet rymmer själva essensen av densamma, *moder är den som föder barnet*. Dessa två led är viktiga att hålla isär för den fortsatta analysen av moderskapspresumtionen i biomedicinens tid.

Vad vi kan varsebli i svensk rättspraxis under 1900 – talet och tidigt 2000 – tal gällande prövning av moderskap, är att det, trots uppfattningen att moder är den som föder barnet, i flera fall likväl har förelegat osäkerhet om detsamma. Vi har sett prov på detta då förväxling skett av barn vid sjukstuga, i ett fall då moder varit okänd och i ett hittebarnsfall, samt vid registrering av moderskap vid invandring. Således, menar jag, att grunden för moderskapspresumtionen inte är helt befogad, trots att det inte är något fel på presumtionen som sådan. Grunden för moderskapspresumtionen är inte hållbar, då vi vet att det inte alltid är säkert vem som är moder.

5.2 Moderskapspresumtionen i biomedicinens tid

5.2.1 Moderskapet – från status till kontrakt

Föreställningen om att moder är den som föder barnet är djupt förankrad i människors medvetande och att påstå att moder inte alltid är den som föder barnet och att det således inte alltid är säkert vem som är moder är mycket kontroversiellt. Jag vill dock hävda att presumtionen idag inte har samma aktualitet som tidigare, då man i biomedicinens tidevarv har getts möjlighet att skapa liv på konstgjord väg. Detta öppnar upp för en osäkerhet om på vilken grund rättsligt moderskap skall vila. Som följd därav ifrågasätts också grunden för moderskapspresumtionen.

Jag hävdar att synen på grunden för rättsligt moderskap har förändrats och kan ses som en utveckling från *status till kontrakt*, vilket kan visas med stöd av de tankar och åsikter som uttryckts i anslutning till det relevanta lagstiftningsarbetet gällande moderskapspresumtionen i biomedicinens tid och gällande moderskapspresumtionen i angloamerikanska rättsordningar.

¹⁵¹ Hobohm, Susanne, *Barnets rätt*, s. 19.

¹⁵² A.a.

¹⁵³ A.a.

Under 1980 – talet avvisades i Sverige helt tanken på att tillåta äggdonation. Det framhölls framförallt att metoden att flytta ägg från en kvinna till en annan helt skulle strida emot den naturliga livsprocessen. Metoden, menade man, skulle även kunna öppna för möjligheten till en form av surrogatmoderskap. Det hävdades att metoden att flytta ägg från en kvinna till en annan i så hög grad hade karaktär av teknisk konstruktion att den inte skulle kunna vara etiskt försvarbar. Den tillsatta utredningen i ärendet menade vidare att metoden skulle kunna komma att skada människosynen. Några av medlemmarna i SMER hävdade att vid äggdonation skulle det inte finnas något genetiskt samband mellan kvinnan som bär barnet och barnet, vilket skulle vara en allvarlig avvikelse från den naturliga befruktningsprocessen, som förmodligen också skulle få betydande psykologiska konsekvenser för såväl modern som det blivande barnet. I den norska propositionen till lag om konstgjord befruktning, som citerades i de svenska förarbetena, hävdades att äggdonation skulle innebära ett fundamentalt brott mot vad som sker vid naturlig befruktning. Ett tillåtande av äggdonation skulle betyda en så omfattande manipulation av den mänskliga livsprocessen att det inte borde godtagas från en etisk och humanistisk synpunkt.¹⁵⁴

Genom att avstånd togs ifrån ett tillåtande av äggdonation, vilket skedde genom att hävda att den naturliga livsprocessen manipulerades, tog lagstiftaren ställning för att det förelåg ett statusförhållande mellan moder och det barn hon har fött, och att detta inte borde ruckas. Detta statusförhållande skulle kunna komma att ifrågasättas vid ett tillåtande av äggdonation, där det ju både fanns en genetisk och en biologisk moder oberoende av hur det rättsliga moderskapet definierades. Moderskapet som statusförhållande bevarades således vid ett ogillande av äggdonation.

Knappt tio år senare, år 1995, tog SMER återigen i en rapport ställning till om huruvida äggdonation skulle tillåtas eller ej. I denna rapport avråddes inte längre från IVF med äggdonation. Det hävdades här att man inte borde ha olika syn på manlig och kvinnlig infertilitet. Enligt rådet var insemination tillåtet då en man i ett parförhållande inte kunde producera egna spermier, varför äggdonation också borde vara tillåtet då en kvinna i ett parförhållande inte kan producera egna ägg.¹⁵⁵ Här användes alltså ett rättviseargument för ett tillåtande av äggdonation, då det hävdades att man inte borde ha olika syn på manlig och kvinnlig infertilitet. Ett tillåtande av äggdonation borde ske i rättvisans och jämställdhetens namn. Rådet ansåg vidare i denna rapport att, med beaktande av godhetsprincipen och principen om att minska lidande, det var etiskt försvarbart med medicinska åtgärder för att komma till rätta med fysiologiska hinder för befruktning och graviditet. Ett tillåtande av äggdonation, menade rådet, kunde ses som en

¹⁵⁴ Se ovan sidan 15 och 16.

¹⁵⁵ Statens medicinsk-etiska råd, *Assisterad befruktning – Synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen*, 1995 – 04 – 05.

akt av solidaritet med en utsatt grupp, som också skulle få en utökad livskvalitet.¹⁵⁶ Även dessa argument kan ses som rättviseargument, då infertila par också skulle ges möjlighet att bli gravida såsom fertila par.

I rapporten uttrycktes således en önskan om att, genom ett tillåtande av äggdonation, likställa kvinnlig och manlig infertilitet, samt att likställa infertila pars möjlighet att bli gravida med fertila pars. Ett tillåtande av äggdonation borde alltså ske hävdade SMER i rapporten, men tekniken måste omgärdas av bestämmelser som förhindrade att den skulle komma att missbrukas eller öppna för andra metoder som skulle kunna hota människovärdet. SMER uppgav inte vilka andra metoder som kunde komma att hota människovärdet.¹⁵⁷ Det kan dock tänkas att SMER hade i åtanke en viss form av surrogatmoderskap där surrogatmodern endast var biologisk moder och inte genetisk moder.

I denna nya diskussion kring tillåtande av äggdonation dryftades också frågan om moderskapspresumtionens vara eller icke vara. Vissa hävdade att det var möjligt att behålla moderskapspresumtionen även efter det att äggdonation blev tillåtet och att någon lagändring inte skulle behöva vidtagas. Andra menade att moderskapspresumtionen inte skulle vara 100 – procentig vid ett tillåtande av äggdonation och att om äggdonation tilläts så måste också moderskapspresumtionen uttryckligen lagregleras, då frågan om vem som i rättsligt hänseende skulle anses som barnets moder skulle uppkomma. Det hävdades att det skulle kunna anses oklart om det var den kvinna som födde barnet eller om det var den kvinna som donerat ägg som skulle anses som barnets rättsliga moder.¹⁵⁸

Denna osäkerhet kom ju även till uttryck i det kaliforniska fallet *Johnson v. Calvert* där underrätten hävdade att det genetiska släktskapet med barnet skulle ligga till grund för rättsligt moderskap, vilket dock sedan ändrades i högre instans.

Här uppstår alltså osäkerhet om grunden för rättsligt moderskap. I och med den nya medicinska tekniken ifrågasätts denna i allra högsta grad, då det kan föreligga ovisshet om det är den kvinna som föder barnet eller om det är den kvinna som donerat ägg som skall anses som barnets rättsliga moder. Oberoende av hur det rättsliga moderskapet definieras vid tillåtande av äggdonation måste moderskapet anses ha förlorat en del av sin karaktär som statusförhållande, då det, rent faktiskt, både finns en genetisk och en biologisk moder.

Ett tillåtande av surrogatmoderskap har också, som vi sett, diskuterats i de svenska förarbetena. Dock har de flesta som uttalat sig i frågan varit negativa till ett tillåtande av surrogatmoderskap, då man ansett att surrogatmoderskap strider mot gällande rättsgrundsatser i Sverige och att

¹⁵⁶ A.a.

¹⁵⁷ A.a.

¹⁵⁸ Ds 2000:51.

surrogatmoderskap är en tvivelaktig företeelse då den har karaktär av köpsläende om barn. Det hävdades att surrogatmoderskap inte är etiskt försvarbart och att det strider mot människovärdesprincipen, samt att det inte är önskvärt med surrogatmoderskap ur barnets perspektiv.

I förarbetena kan man ana en viss öppenhet inför möjligheten att legalisera surrogatmoderskap i Sverige. Ett par remissinstanser har uttalat sig positiva till surrogatmoderskap. En remissinstans har hävdat att det skulle kunna vara möjligt att lämna möjligheten öppen för surrogatmoderskap genom en precis lagstiftning och en annan remissinstans har hävdat att surrogatmoderskap skulle kunna tillåtas om det sker utan ersättning. Det har hävdats att den form av surrogatmoderskap, där surrogatmodern bär fram ett barn som är en annan kvinnas genetiska barn, skulle vara utesluten vid ett förbud mot äggdonation. Men då man faktiskt i samma förarbeten tar ställning för ett tillåtande av äggdonation, tar man också, om än omedvetet, ställning för ett legaliserande av surrogatmoderskap i framtiden. Ett tillåtande av äggdonation blir således ett steg på vägen mot andra former av manipulering av den mänskliga livs – och befruktningsprocessen, såsom t.ex. surrogatmoderskap. Regeringen har hävdat att det är angeläget att det fastställs i lagen vem som skall anses som moder till ett barn, då det är fråga om surrogatmoderskap, vilket också kan tolkas som en ingång till ett tillåtande av detsamma.

I Storbritannien är surrogatmoderskap, under vissa förutsättningar, tillåtet. Dock är de kontrakt eller de uppgörelser som gjorts mellan det s.k. beställande paret och surrogatmodern inte juridiskt bindande. Någon rättslig reglering angående moderskapet i dessa fall finns inte. I en rättslig prövning skulle förmodligen surrogatmodern vinna tvisten, då det är den kvinna som föder barnet som skall anses som barnets moder, i enlighet med den romerska presumtionen. Trots att ”surrogatmoderskapskontrakten” här inte är juridiskt bindande, är moderskapet förhandlingsbart i samma stund som man tillåter surrogatmoderskap.

Detta blir än mer påtagligt då vi ser på den Kaliforniska lagstiftningen angående surrogatmoderskap. Här är ”surrogatmoderskapskontrakten” lagliga och juridiskt bindande. Här grundas rättsligt moderskap på att det är den kvinna, som i ett ”surrogatmoderskapskontrakt”, som har för avsikt att bli den rättsliga modern, som också är den rättsliga modern. Det rättsliga moderskapet grundas i dessa fall på en intention om att bli rättslig moder, oavsett det genetiska och biologiska släktskapet med barnet. Om det föreligger osäkerhet om moderskapet i dessa fall handlar det således om bevisfrågor angående intentionen om att bli rättslig moder. I Kalifornisk lagstiftning gällande surrogatmoderskap kan vi alltså tydligt se att moderskapet är förhandlingsbart, då man i juridiskt bindande kontrakt/avtal kan göra upp om det rättsliga moderskapet.

Även om det i Sverige inte är tillåtet med surrogatmoderskap, kan vi i svensk rätt se vissa tendenser, vilka jag tidigare nämnt, som pekar på att det finns en möjlighet att detta också kommer att legaliseras här i framtiden.

Själva grunden för rättslig moderskap kan alltså i svensk rätt ses som en tendentiös utvecklig från status till kontrakt, från moderskapspresumtionen som grund för rättsligt moderskap till en intention om att bli rättslig moder som grund för densamma. I de angloamerikanska rättsordningarna är inte utvecklingen av grunden för rättsligt moderskap från status till kontrakt endast tendentiös utan uppenbar.

5.2.2 Det är inte alltid säkert vem som är moder

I biomedicinens tidevarv, då själva grunden för rättsligt moderskap, moderskapspresumtionen, ifrågasätts, måste också det som ligger till grund för själva presumtionen ifrågasättas: Är det alltid säkert vem som är moder? Svaret är nekande, då det ju faktiskt är så att moder inte alltid är den kvinna som föder barnet, i och med de nya metoder som gör det möjligt att manipulera med själva skapandet av liv och den rättsliga reglering som följer av detta.

Då själva synen på grunden för rättsligt moderskap, över tid, har utvecklats från det normativa grundmönstret status till kontrakt, måste även grunden för moderskapspresumtionen ha förändrats, en ideologiförändring har skett, det är inte alltid säkert vem som är moder. Denna osäkerhet, skulle jag vilja hävda, kom även till uttryck i det svenska förslaget om assisterad befruktning för lesbiska partners/sambor. Som förslaget såg ut skulle det finnas två rättsliga grunder för moderskap, moderskapspresumtionen, *moder är den som föder barnet*, samt ännu ett slags moderskapspresumtion för ”moder nummer två”, som skulle likna den faderskapspresumtion som i dag föreligger i svensk rätt. Detta skulle ju innebära att det vid sidan om den s.k. klassiska moderskapspresumtionen, *moder är den som föder barnet*, ytterligare skulle föreligga en moderskapspresumtion, som inte går ut på att moder är den som föder barnet, utan på att ”moder nummer två” är partner alternativt sambo till den kvinna som föder barnet, samt har samtyckt till inseminationen. Då barnet i dessa fall skulle komma att ha två rättsliga mödrar skulle detta, anser jag, innebära att det inte alltid är säkert vem som är moder. Även i detta förslag skyntas ett rättviseargument, där bägge mödrarna rättsligt skall jämföras. Det är ju idag inte möjligt för lesbiska partners/sambor att få tillgång till assisterad befruktning på sjukhus. Argumentet för att inte tillåta detta var att man först skulle ta slutlig ställning till hur det rättsliga föräldraskapet i dessa fall skulle regleras.

Sedan år 2003 har registrerade partners rätt att prövas som adoptivföräldrar. Jag kan dock inte se att man i förarbetena till denna lag har tagit upp problematiken kring just rättsligt föräldraskap, vilket ju faktiskt, i likhet med förslaget om lesbiska partners/sambors rätt till assisterad befruktning, borde ha varit lika aktuellt. Om två kvinnor prövas som adoptivföräldrar uppstår också frågan kring rättsligt moderskap. Här har vi också att göra med två rättsliga mödrar. Här ligger inte moderskapspresumtionen till grund för något av de två mödraskapen, i stället ligger ett adoptionsbeslut till

grund för de bägge rättsliga mödrskapen. Men då barnet kommer att ha två rättsliga mödrar, innebär även denna lagreglering att det inte alltid är säkert vem som är moder. Även här framskyntar rättviseargument, där homosexuella lesbiska par skall jämföras med heterosexuella pars möjlighet att prövas som adoptivföräldrar och där de bägge mödrarna rättsligt skall jämföras.

Även i den nya samhällsföreteelsen ”falskt föräldraskap” vid invandring kan vi se att det inte alltid är säkert vem som är moder, då folkbokföringens uppgifter om moderskapet ifrågasätts. Detta har ju som vi sett rättsligt prövats tidigare, men idag upptäcks allt fler fall där personer som kommer ifrån andra länder, vid invandring, uppger att de är föräldrar till barn trots att verkligheten är en annan. Dessa uppgifter läggs sedan till grund för folkbokföringen och legitimerar dessa personer som föräldrar. Moderskapspresumtionen måste anses ligga till grund för folkbokföringens uppgifter om moderskapet, se ovan.¹⁵⁹ Då folkbokföringens uppgifter om moderskapet i dessa fall ifrågasätts föreligger alltså osäkerhet kring moderskapet och det är således inte alltid säkert vem som är moder.

Som vi sett ovan finns det en tydlig strävan i lagstiftningsarbetet att så långt möjligt söka jämföras manlig och kvinnlig infertilitet, infertila par med fertila par, icke födande kvinna med födande kvinna, samt homosexuella pars möjlighet att prövas som adoptivföräldrar med heterosexuella pars möjlighet att prövas för detsamma. I denna goda vilja att försöka skapa ett jämlikare samhälle kan inte moderskapspresumtionen ensam fungera som grundprincip vid fastställande av moderskap, utan nya grunder för rättsligt moderskap måste finnas vid sidan av presumtionen. Detta öppnar för en osäkerhet om på vilken eller vilka grunder rättsligt moderskap bör eller skall vila. Som en följd av detta påverkas också grunden för presumtionen, det kan inte alltid vara säkert vem som är moder. Därför måste det för barnets bästa införas regler kring fastställande och hävande av rättsligt moderskap. Rätten för barn till vetskap om sitt ursprung skulle förmodligen stärkas om sådana regler infördes, då möjligheten att pröva moderskapet aldrig skulle kunna komma att ifrågasättas.

¹⁵⁹ Se sidan 37.

6. Behovet av lagreglering rörande rättsligt moderskap

Vi lever i en modern tid med i viss mån andra värderingar än de som var gällande för cirka hundra år sedan, då de ”nya” barnlagarna skrevs. Vårt samhälle har genomgått och genomgår ständiga förändringar. För att kunna möta de problem och konflikter, men också möjligheter och lärdomar, som är en självklar del av utvecklingen, måste vi genom lagstiftning löpande reglera olika typer av förhållanden. Denna uppsats siktar in sig på fastställandet av förhållandet mellan mor och barn. Det har visat sig att vi i svensk lagstiftning saknar regler kring just detta förhållande. Under vilka förutsättningar är det möjligt att föra en moderskapstalan? Vem har talerätt? Vilka tvångsmedel står till buds för att kunna genomföra en materiell bedömning av moderskapsfrågan? Är det bara moder och barn som skall ha talerätt, eller bör man också införa en rätt för socialnämnd att i vissa fall föra barnets talan om moderskap? Vore inte detta rimligt ur ett genusperspektiv, då det är så att socialnämnd i vissa faderskapsmål för barnets talan? Kan det vara så att någon moderskapstalan aldrig har nått Högsta domstolen för att man har ansett sig nöjd med utgången i målen vid en tidigare instans? Om socialnämnd inte får föra ett barns moderskapstalan kommer saken kanske heller aldrig att prövas i HD och något prejudikat kan sålunda aldrig skapas.

Eftersom vi i internationella instrument kan utläsa en rätt för barn till vetskap om sitt ursprung borde det också rimligtvis finnas tydliga regler i svensk rätt som reglerar det rättsliga moderskapet. Då det givits möjlighet för barn i Sverige, tillkomna genom ägg – och spermadonation, att få veta sitt genetiska ursprung, kan detta ses som ett bevis för ett tillmötesgående av Barnkonventionens stadgande om barns rätt till vetskap om sitt ursprung. Det har dock hävdats att denna reglering som till synes är skapad i barnets intresse, i praktiken skyddar föräldrarnas intresse, då det är på dessa det kommer an om barnet överhuvudtaget får veta att det kommit till på konstgjord väg och således kan börja söka sitt ursprung.¹⁶⁰

Jag hävdar att skyddet för barnets rätt till vetskap om sitt ursprung mister sin kraft av, individens rätt att inte diskrimineras p.g.a. infertilitet, eftersom det numera går att lösa detta problem genom konstgjord befruktning och emedan det med nuvarande lagstiftning inte är säkert att barn, tillkomna på detta sätt, får veta sitt ursprung. Vi måste alltså ha en lagreglering som är skapad i barnets intresse, såväl i teorin, som i praktiken. För detta intresse måste både föräldrarnas intresse och i vissa fall även samhällets intresse vika, om vi skall kunna möta de krav som de internationella instrumenten ställer på att barn skall ha rätt till vetskap om sitt ursprung.

¹⁶⁰ Ryrstedt, Eva, SvJT 2003, s. 562.

Således måste barnets rätt till vetskap om sitt ursprung vara absolut om vi skall fortsätta att tillåta olika varianter av konstgjord befruktning. Barns rätt till vetskap om sitt ursprung måste vara absolut i alla sammanhang, såväl när det gäller konstgjord befruktning, som i olika typer av samhällsföreteelser där barn berövats och berövas rätt till vetskap om sina föräldrar.

Lagstiftaren är tämligen progressiv gällande forskning inom den familjerättsliga disciplinen, varför det kan te sig konstigt att man inte tidigare gått igenom regleringen kring moderskapstalan och barns rätt till sitt ursprung. Men det är kanske först på senare tid som frågor om moderskap verkligen har aktualiserats och då i samband med ny medicinsk teknik som gör det möjligt att framställa liv på artificiell väg, genom t.ex. ett tillåtande av äggdonation och i samband med nya företeelser som t.ex. ett uppdragande av "felregistrering" vid invandring och surrogatmoderskap. Det kan således konstateras att vi, för att uppfylla det åtagande vi har enligt Barnkonventionen, att ge barn rätt till vetskap om sina föräldrar, måste införa klara och tydliga regler om rätten att föra en moderskapstalan och om möjligheten att använda sig av tvångsmedel vid processen om fastställandet eller upphävandet av moderskapet.

Det råder ingen tvekan om att det i svensk rätt finns en teoretisk möjlighet att föra en moderskapstalan i enlighet med de allmänna reglerna om fastställsetalan i RB. Men det kan saknas underlag för att göra en säker bedömning i moderskapsfrågan, då det t.ex. inte finns någon laglig möjlighet att tvinga en ovillig kvinna att gå med på en blodundersökning. I avsaknad av rättsliga tvångsmedel står och faller moderskapsfrågan. I många fall kan således ej ett dementerande eller ett bekräftande av moderskapet låta sig göras. Vidare bör det diskuteras om socialnämnd skall få föra ett barns talan i moderskapsfrågan, såsom i faderskapsfrågan. Denna talerätt synes ej föreligga enligt RB idag. För att vi i Sverige skall bevara vår ställning, måste vi uppfylla Barnkonventionens rätt för barn till vetskap om sina föräldrar, genom att införa regler som tydliggör det rättsliga moderskapet. Allt för att skydda och värna om barnets rättigheter, för barnets bästa.

Käll – och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Departementsserierna

- Ds 2000:51 *Behandling av ofrivillig barnlöshet.*
- Ds 2004:19 *Föräldraskap vid assisterad befruktning för homosexuella.*

Propositioner

- Prop. 1987/88:160 *om befruktning utanför kroppen.*
- Prop. 2001/02:89 *Behandling av ofrivillig barnlöshet.*
- Prop. 2001/02:123 *Partnerskap och adoption.*

Statens offentliga utredningar

- SOU 1985:5 *Barn genom befruktning utanför kroppen m.m.; Betänkande av inseminationsutredningen.*
- 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*

Utskottsbetänkanden

Socialutskottets betänkanden

- 1993/94:SoU2 *Vissa etiska frågor.*

Yttranden/remissvar

Yttrande ifrån Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet, 2001 – 07-02, Justitiedepartementet, Dnr J Ä1 229/01, s. 2 f.

Övrig litteratur

Tryckt material

Christensen, Anna, *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 4/96, s. 519 – 574.

Cohen, B. Cynthia, *New ways of making babies, the case of egg donation*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1996.

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Stockholm 2002.

Hobohm, Susanne, *Barnets rätt, handbok för vuxna*, Liber AB, Stockholm 2003.

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

Kilkelly, Ursula, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Dartmouth Publishing Company Limited, Hants, England 1999.

Lagberedningens förslag till lag om barn utom äktenskap, Stockholm 1915.

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

Ryrstedt, Eva, *Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikatioer*, SvJT 2003, s. 554 – 576.

Ryrstedt, Eva, *Kravet på konsensus – till barnets bästa?*, SvJT 2003, s. 340-344.

Saldeen, Åke, *Barn och föräldrar*, Iustus förlag, Uppsala 1997.

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

Walín, Gösta, Vängby, Staffan, *Föräldrabalken. En kommentar. Del 1*, Nordstedts Juridik AB, Göteborg 2003.

Övrigt internet

The California Family Code, <http://www.leginfo.ca.gov> (search for the California Family Code), (9/2 2005).

The Human Fertilisation and Embryology Act, 1990,
<http://www.legislation.hmso.gov.uk/legislation/uk.htm> (Her Majesty's Stationery Office, HMSOnline – search for the Human Fertilisation and Embryology Act), (9/2 2005).

Pinkerton, Thomas M; *Surrogacy and egg donation law in California*,
<http://www.surrogacylaw.net/currentlaws.htm>, 2004 (9/2 2005).

Statens medicinsk-etiska råd, *Assisterad befruktning – Synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen*, 1995 – 04 – 05,
<http://www.smer.gov.se/svenska/yttranden/befruktning.htm>, (9/2 2005).

The Surrogacy Arrangements Act, 1985,
<http://www.surrogacy.org.uk/pdf/Sur-act.pdf>, (9/2 2005).

Rättsfallsförteckning

NJA 1949 s. 144

SvJT 1956 s. 33

SvJT 1968 ref. 89

JO 1989/90 s. 223 – 229

RH 1996:91

Mål nr T 1667-00, Dom 2001-10-12 meddelad i Varberg, Varbergs
Tingsrätt

Mål nr T 2540-04, Malmö Tingsrätt