



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maria Emilsson

Surrogatmoderskap:
en analys av den förbjudna formen av
assisterad befruktning

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Eva Ryrstedt

Familjerätt

Vårterminen 2010

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Syfte och frågeställningar	6
1.2 Disposition och avgränsningar	7
1.3 Metod och material	8
1.4 Definitioner	9
1.4.1 Etiska begrepp	9
1.4.2 Övrig terminologi	9
2 ASSISTERAD BEFRUKTNING I SVENSK RÄTT	11
2.1 Insemination	11
2.2 In-vitro-fertilisering	12
2.2.1 In-vitro-fertilisering med ägg- eller spermiedonation	13
2.3 Assisterad befruktning för homosexuella par	15
3 SURROGATMODERSKAP	16
3.1 Kommersiellt och altruistiskt surrogatmoderskap	16
3.2 Olika genetiska band mellan surrogatmodern, barnet och det beställande paret	16
3.3 Surrogatmoderskap i svensk rätt	17
3.3.1 SOU 1985:5; Barn genom befruktning utanför kroppen	18
3.3.2 Prop. 2001/02:89; Behandling av ofrivillig barnlöshet	19
3.3.3 Den senaste tidens tendenser	20
3.4 Surrogatmoderskap i rättspraxis - NJA 2006 s. 505	20
4 RÄTTSLIGA KOMPLIKATIONER VID ANLITANDET AV EN SURROGATMODER	23
4.1 Vilka blir barnets föräldrar?	23

4.1.1	Moderskapspresumtionen utpekar surrogatmodern som rättslig mor	23
4.1.2	Fastställande av faderskapet	24
4.1.3	Adoptionsinstitutet som väg till det rättsliga moderskapet	25
4.1.3.1	Krav på samtycke	26
4.1.3.2	Rättens lämplighetsbedömning	26
4.1.3.3	Förbud mot vederlag vid adoption	27
4.1.3.4	Några sammanfattande punkter	27
4.1.4	Möjlighet till fastställande av moderskap enligt 13 kap. 2 § RB	28
5	SURROGATMODERSKAP I ANDRA RÄTTSORDNINGAR – TVÅ OLIKA SÄTT ATT REGLERA FRÅGAN	29
5.1	England	29
5.1.1	Kort om den engelska rättsordningen	29
5.1.2	Surrogatmoderskap i engelsk rätt	30
5.1.2.1	Domstolarnas inställning	30
5.1.2.2	Framväxten av lagstiftning på området	31
5.1.2.3	Allmänna förutsättningar för surrogatmoderskap samt regleringen kring det rättsliga föräldraskapet	32
5.2	Grekland	35
5.2.1	Allmänna förutsättningar för assisterad befruktning	35
5.2.2	Krav på godkännande från domstol	35
5.2.3	Regleringen kring det rättsliga föräldraskapet	36
6	ANALYS	37
6.1	Surrogatmoderskap – ett oetiskt förfarande?	37
6.2	En jämförelse mellan surrogatmoderskap och de tillåtna formerna av assisterad befruktning	38
6.3	Diskussion kring konsekvenserna av den nuvarande lagstiftningen	39
6.4	Vilka lärdomar kan dras av utländsk rätt?	41
6.5	Avslutande kommentarer	42
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	44
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	47

Summary

The theme of this essay is surrogate motherhood. This is the practice whereby one woman carries a child for another woman. The other woman and her partner are called the commissioning couple. When the surrogate mother has given birth, the child is handed over to the commissioning couple. The commissioning couple may be the genetic parents of the child, or the surrogate mother may have contributed by donating one of her eggs i.e. genetically she is the mother.

Surrogacy is a form of assisted reproduction which is not legalized in Sweden today. In taking this standpoint, the Swedish legislator has given a number of various reasons; one of them being that the method is unacceptable from an ethical point of view. The primary purpose of this essay is to describe and to analyse the motives given by the legislator as to why this form of assisted reproduction is not desirable in the Swedish judicial system. To best achieve this goal, the report initiates with a brief survey of the methods of assisted reproduction that are currently allowed by Swedish law.

At the moment surrogacy is not explicitly prohibited by Swedish law, which results in practise of the method. This may lead to legal implications for all parties involved in a surrogacy agreement. The most prominent legal problem that may arise concerns the question of the legal parenthood. According to the legal presumption *mater est quam gestatio demonstrat*, the surrogate mother is considered to be the legal mother of the child. To be able to obtain status as legal parents the commissioning couple has to circumvent the law, which of course may lead to unexpected situations and unwanted results, for the commissioning couple as well as for the surrogate mother. Case NJA 2006 s. 505 gave rise to the only decision from the Swedish Supreme Court on surrogacy and illustrates the difficulties that may arise. In this case, the court did not allow the woman from the commissioning couple, who was also the biological (in Swedish; genetical) mother of the child, to adopt the child and she was thus given no chance to obtain custody of the child. The ruling of this case is thoroughly scrutinized in this essay.

Furthermore this essay includes a comparative view. The English and the Greek legislation on the matter are described. Surrogacy is permitted in both countries, but regulated in two different ways.

To conclude, the motives of the Swedish legislator are being analyzed. I will discuss whether the position taken by the legislator is reasonable in relation to the consequences that may occur when, as a matter of fact, babies are born in Sweden through surrogacy arrangements. Based on the comparison with other legal systems I argue that the issue is not regulated to a satisfactory extent by Swedish law today.

Sammanfattning

Denna framställning behandlar ämnet surrogatmoderskap. Surrogatmoderskap innebär att en kvinna genomgår en graviditet för ett barnlöst pars räkning, vilka benämns ”det beställande paret”. När barnet föds överlämnas det till det beställande paret som således blir barnets sociala föräldrar. Genetiskt sett kan barnet vara helt och hållet det beställande parets eget eller kan surrogatmodern även ha bidragit med det genetiska materialet dvs. äggdonation har föregått graviditeten.

Surrogatmoderskap är en form av assisterad befruktning som idag inte är tillåtet i svensk rätt. Härför har lagstiftaren angett ett antal skäl av varierande slag. På 1980-talet, då frågan för första gången behandlades, ansågs det strida mot adoptionslagstiftningen. På senare tid har metoden främst ansetts oacceptabel ur ett etiskt perspektiv. Det primära syftet med denna framställning är att redogöra för och analysera de motiv som lagstiftaren uppgett till varför denna reproduktionsform inte anses önskvärd i den svenska rättsordningen. För att på bästa sätt kunna utvärdera lagstiftarens argument för detta ställningstagande, samt för att sätta metoden i sitt sammanhang, inleds arbetet med en kortare genomgång av de former av assisterad befruktning som idag är tillåtna enligt svensk rätt.

Att agera som, eller att anlita en, surrogatmoder är emellertid inte explicit förbjudet enligt svensk lag och det medför att metoden används av svenska par, som inte har möjlighet att skaffa barn på annat sätt. Detta kan leda till rättsliga komplikationer för alla de parter som ingår i ett dylikt arrangemang. De rör främst frågan om vilka som skall anses vara barnets föräldrar. I enlighet med moderskapspresumtionen i 1 kap. 7 § FB är det surrogatmodern som blir barnets rättsliga moder. En möjlighet för kvinnan ur det beställande paret att erhålla rättslig status som barnets mor är att ansöka om adoption av barnet. För mannens del kan reglerna om faderskapsbekräftelse i föräldrabalken vara en väg till det rättsliga föräldraskapet. Eftersom detta sätt att bli föräldrar emellertid är ett sätt att kringgå lagen kan det givetvis uppstå oväntade och oönskade situationer för såväl det beställande paret som för surrogatmodern. Så var fallet i det enda svenska rättsfall som har sin grund i ett surrogatmoderskapsarrangemang, NJA 2006 s. 505. I uppsatsen redogörs ingående för rättsfallet vars domslut innebar att kvinnan från det beställande paret, och tillika barnets genetiska moder, inte gavs någon möjlighet till del i vårdnaden om barnet i fråga.

Vidare i framställningen anläggs ett komparativt perspektiv och regleringen avseende surrogatmoderskap i England och i Grekland beskrivs. Förfarandet är tillåtet inom båda dessa rättsordningar men dock reglerat på två olika sätt.

Avslutningsvis analyseras lagstiftarens motiv för att inte tillåta surrogatmoderskap. En diskussion kring rimligheten av ett sådant ställningstagande förs och ställs i relation till de konsekvenser som

uppkommer då ofrivilligt barnlösa par ändå nyttjar denna form av assisterad befruktning. Genom en jämförelse med hur frågan regleras i andra rättsordningar argumenteras för att frågan idag inte är reglerad på ett tillfredsställande sätt i svensk rätt.

Förord

För min del är studietiden redan över sedan ett tag tillbaka. Det är därför med stor tillfredsställelse som jag nu även lyckas avsluta den viktigaste delen, den akademiska.

Tack till min familj och mina vänner som både under studietiden, men också under färdigställandet av detta examensarbete, på olika sätt har hjälpt och stöttat mig. Ett särskilt tack vill jag rikta till min sambo Enrico. Utan ditt pådrivande och ständiga uppmuntrande hade detta examensarbete aldrig blivit klart! Jag vill även tacka min handledare Eva Ryrstedt för ett gott samarbete.

Modena, Italien i maj 2010

Maria Emilsson

Förkortningar

A.a.	anfört arbete
BefrL	Lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen
COTS	Childlessness Overcome Through Surrogacy
DHSS	Department of Health and Social Security
Ds	Departementsserien
FB	Föräldrabalk (1949:381)
HD	Högsta domstolen
HFEA 1990	Human Fertilisation and Embryology Act 1990
HFEA 2008	Human Fertilisation and Embryology Act 2008
Ibid.	ibidem (på samma ställe)
IVF	In-vitro-fertilisering
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
s	section
SAA 1985	Surrogacy Arrangements Act 1985
SMER	Statens medicinsk-etiska råd
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

Surrogatmoderskap, då en kvinna bär en annan kvinnas barn, är en reproduktionsmetod som förekommit världen över under flera decennier. Det kan vara det enda sättet för ett par att få ett barn som de har genetiska band till. Att på detta sätt skapa sig en familj är dock inte tillåtet enligt den svenska rättsordningen, eftersom det anses vara ett otillbörligt utnyttjande av den kvinna som agerar som surrogatmoder. Trots att förfarandet är förbjudet finns det svenska par vars barn tillkommit just på detta sätt. Detta vittnar rättsfallet NJA 2006 s. 505 om. Ett för rättskänslan komplicerat mål vars utgång medförde att den kvinna som var barnets genetiska mor och som var den enda mamma som barnet haft under sina första levnadsår inte ansågs ha några som helst rättigheter till barnet i fråga. Detta exempel är emellertid långt ifrån det enda fall av surrogatmoderskapsarrangemang i Sverige. En snabb slagning på ämnet på Internet visar att surrogatmoderskap i allra högsta grad är en reproduktionsmetod som förekommer i vårt land. Med lätthet hittas olika forum där ofrivilligt barnlösa par och kvinnor som önskar ställa upp som surrogatmödrar kan komma i kontakt med varandra. Det finns sidor som ger tips och råd inför dylika arrangemang och bloggar som utförligt beskriver kryphålen i lagen.¹ Detta visar på flera saker. Dels att längtan hos ett ofrivilligt barnlöst par att få ett eget barn kan vara mycket stor. Dels att lagen, så som den är utformad idag, inte uppfyller sitt syfte. Men det visar också att det finns personer som har en vilja att hjälpa andra, barnlösa par, genom att låna ut sin kropp på detta sätt.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att analysera de argument som lagstiftaren framfört mot ett tillåtande av surrogatmoderskap. Detta för att se om argumenten är tillräckligt välgrundade för att motivera ett förbud av denna form av assisterad befruktning.

De frågeställningar som jag vill besvara är:

- Vad innebär surrogatmoderskap?
- Vilka är skälen till att surrogatmoderskap inte är tillåtet i Sverige?

¹ Exempelvis; <http://www.surrogat.nu>, <http://surraomsurro.blogspot.com/>, http://surrogatbarn.dinstudio.se/text1_33.html

- Vilka rättsliga komplikationer kan komma att aktualiseras när ett par skaffar barn genom en surrogatmoder, trots att det inte är tillåtet enligt svensk rätt?
- Hur har andra rättsordningar, som valt att tillåta metoden, reglerat saken?
- Håller lagstiftarens argument mot surrogatmoderskap eller finns det skäl att tillåta metoden även i Sverige?

1.2 Disposition och avgränsningar

Uppsatsen inleds med en relativt kort och översiktlig genomgång av de former av assisterad befruktning som är tillåtna i svensk rätt idag samt de skäl som lagstiftaren anfört då dessa metoder introducerats i svensk rätt. Denna korta redogörelse finns med för att sätta surrogatmoderskap i sitt sammanhang och för att frågan bättre skall kunna analyseras.

För att ge läsaren en klar bild av ämnet som avhandlas inleds påföljande kapitel med en deskriptiv del om vad surrogatmoderskap är och en redogörelse för hur olika typer av surrogatmoderskapsarrangemang kan se ut. Vidare ges en översikt över de statliga förarbeten som behandlat frågan om surrogatmoderskap och en grundlig genomgång av de argument som lagstiftaren anfört mot ett tillåtande av denna form av assisterad befruktning. Kapitlet avslutas med det enda fall från rättspraxis som har sin grund i ett surrogatmoderskapsarrangemang, NJA 2006 s. 505.

I nästkommande kapitel behandlas några av de legala komplikationer som kan uppstå för det par som väljer att råda bot på sin ofrivilliga barnlöshet genom att anlita en surrogatmoder. De exempel på rättsliga komplikationer som kan uppstå som tas upp i denna uppsats är dock på intet sätt uttömmande. För att avstå från ett alltför hypotetiskt resonemang har jag valt att fokusera på den mest uppenbara rättsliga problematiken som kan uppstå, nämligen vilka som skall anses vara barnets föräldrar. Ytterligare en avgränsning jag har valt att göra är att inte beröra det fall då barnet föds av en surrogatmoder utanför Sveriges gränser. Jag har gjort denna avgränsning därför att de spörsmål som då uppstår främst är av privaträttslig karaktär och en redogörelse över dessa uppfyller inte uppsatsens syfte.

Vidare redovisas två andra länders regleringar avseende surrogatmoderskap. Jag har valt att beskriva hur frågan regleras i England och Grekland. Trots att USA är ett av de länder som ligger långt fram på området har jag valt att inte redogöra för hur regleringen ser ut där. Detta dels på grund av att det redan är gjort i tidigare arbeten men främst därför att regleringen i USA är baserad på en modell som är något främmande för den svenska rättsordningen. Jag anser att uppsatsens syfte fullgörs bättre genom en jämförelse med de rättsordningar som skulle kunna vara en förebild för den

svenska lagstiftaren. Det är också mot denna bakgrund som jag istället väljer att ta upp den relativt nya, grekiska lagstiftningen på området.

Till sist så analysdelen där jag utvärderar lagstiftarens motiv att upprätthålla ett förbud mot just denna form av assisterad befruktning. Jag ställer detta i relation till de konsekvenser som uppkommer av det faktum att metoden används i Sverige idag. Slutligen diskuteras hur andra länder valt att reglera frågan för att utröna huruvida ett tillåtande av surrogatmoderskap skulle kunna komma på fråga för svenskt vidkommande.

Trots att många av de frågeställningar som behandlas i uppsatsen rör barn och hänvisningar görs till barnets bästa, kommer jag inte att redogöra särskilt för begreppet då det inte ryms inom de ramar som uppställts för arbetet.

1.3 Metod och material

Till största delen används den klassiska rättsdogmatiska metoden eftersom det är den som bäst lämpar sig för att utreda gällande rätt. Det material som används är de sedvanliga rättskällorna; lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. I kapitel 2 och 3 redogörs huvudsakligen för lagstiftarens motiv bakom den aktuella regleringen varför propositioner och statliga utredningar utgör en stor del av källorna. Även publikationer från Socialstyrelsen har beaktats. I efterföljande kapitel har jag till stor del utgått från Åke Saldeens bok *Barn- och föräldrarätt* samt Anna Singers akademiska avhandling *Föräldraskap i rättslig belysning*.

Framställningen har också ett komparativt perspektiv. Detta då det är relevant att se hur andra rättsordningar har löst frågan om surrogatmoderskap för att se om det finns alternativa lösningar till den som den svenska lagstiftaren har valt. För att utforska hur frågan regleras inom den engelska rättsordningen används lagtext och vägledande avgöranden. Boken *Family Law, text, cases and materials* har också varit till stor hjälp då den ger en tydlig översikt av rättsläget. På grund av språkliga skäl grundas avsnittet om den grekiska lagstiftningen framför allt på artikeln *Medical Assisted Reproduction In Greek Law* samt lagtext översatt till engelska.

I analysdelen anläggs dels ett etiskt/moraliskt perspektiv, dels ett komparativt perspektiv för att på bästa sätt kunna analysera de argument som lagstiftaren framfört mot att tillåta surrogatmoderskap. Till grund för den etiska analysen ligger material från Statens medicinsk-etiska råd.

1.4 Definitioner

1.4.1 Etiska begrepp

Den humanistiska människosynen: Innebär att en människa är ett mål i sig som aldrig får betraktas eller behandlas enbart som ett medel. En del av den humanistiska människosynen utgörs av principen om alla människors lika värde. En människa kan alltid göra anspråk för respekt för sin egen skull. Den humanistiska människosynen förutsätter att en människa kan välja fritt på basis av sitt förnuft och egna etiska överväganden samt att hon är beredd att ta ansvar för sina beslut.²

Självbestämmandeprincipen: Denna princip innebär att var och en har rätt att bestämma över sitt eget liv och sina egna handlingar under förutsättning att det inte kränker andras rätt till självbestämmande.³

Principen att inte skada: Utgångspunkten för denna princip är att lidande och smärta är något ont och man bör därför inte åstadkomma lidande i världen. Man bör välja det alternativ som medför minst skada eller lidande. Denna princip kan också refereras till som principen om att minska lidande.⁴

Göra gott principen: Enligt denna princip har varje människa en positiv förpliktelse att, efter sin förmåga, göra gott. Den här principen kompletterar nyss nämnda princip om att inte göra skada.⁵

Rättvisepincipen: Denna princip innebär att man bör vara rättvis samt att man bör behandla alla lika. Enligt rättvisepincipen vore det oetiskt att särbehandla vissa grupper av människor om det inte finns etiskt relevanta skillnader mellan dem. Rättvisepincipen används därför ofta i prioriteringsdiskussioner.⁶

1.4.2 Övrig terminologi

Rättslig moder: Den kvinna som har den rättsliga vårdnaden om barnet.

Biologisk moder: Den kvinna som föder fram barnet.

Social moder: Den kvinna som har den faktiska vårdnaden.

Genetisk moder: Den kvinna vars ägg barnet härstammar ifrån.⁷

² Statens medicinsk-etiska råd, Etik- en introduktion, s. 23f.

³ A.a., s. 39.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ A.a., s. 40.

⁷ Singer, Anna, Föräldraskap i rättslig belysning, s. 42f.

Det beställande paret: Det par som anlitar en surrogatmoder.⁸

Adoptant: Den som adopterar annans barn.⁹

⁸ Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, s. 310.

⁹ A.a., s. 234.

2 Assisterad befruktning i svensk rätt

Assisterad befruktning är ett samlingsnamn för de olika metoder som står till buds för att avhjälpa ofrivillig barnlöshet. Det beräknas att cirka 10 % av de par som önskar få barn i Sverige inte lyckas med det på naturlig väg. Anledningarna till den ofrivilliga barnlösheten varierar stort och det är ungefär lika vanligt med kvinnlig som manlig infertilitet.¹⁰ De olika former av assisterad befruktning som för närvarande är tillåtna enligt svensk rätt är insemination, in-vitro-fertilisering samt in-vitro-fertilisering i samband med ägg- eller spermiedonation.

2.1 Insemination

Insemination, som innebär att spermier förs in i en kvinna på konstlad väg, är den äldsta typen av assisterad befruktning. Det finns två olika typer av insemination, nämligen makeinsemination och givarinsemination. Makeinsemination innebär, som namnet antyder, att spermier som förs in i kvinnan kommer från hennes make eller sambo. Givarinsemination betyder istället att spermier kommer från en annan man än den som kvinnan lever tillsammans med. Givarinsemination är den metod som är vanligast förekommande.¹¹

Inseminationer har förekommit i Sverige sedan 1920-talet men var under lång tid oreglerat i lag. Inseminationsverksamheten ökade successivt under 1960- och 1970-talen och 1981 tillsattes därför den s.k. Inseminationsutredningen.¹² Av utredningens arbete¹³ framkom främst två skäl till varför det fanns ett behov av att lagstifta på området. Det mest trängande skälet var att det vid denna tidpunkt inte fanns några särskilda regler om fastställande av faderskap för det barn som tillkommit genom givarinsemination. Istället tillämpades föräldrabalkens allmänna regler vilket ledde till att mannen i äktenskapet (eller sambon) kunde, om han så önskade, få faderskapet upphävt på den grunden att han inte var barnets biologiska far. Konsekvensen av detta blev således att barnet kunde komma att bli rättsligt sett faderlöst¹⁴. Det andra skälet var att det inte fanns några regler som styrde inseminationsverksamheten som sådan, vilket ansågs önskvärt. Några av remissinstanserna ställde sig av etiska skäl kritiska till att överhuvudtaget tillåta insemination. Regeringen uttalar dock i

¹⁰ Socialstyrelsen, Officiell statistik, Assisterad befruktning 2005, Hälsa och sjukdomar 2008:3, s. 12.

¹¹ Prop. 1984/85:2, s. 7.

¹² Saldeen, Åke, Barn- och föräldrarätt, s. 109f.

¹³ SOU 1983:42.

¹⁴ Se vidare NJA 1983 s. 320.

propositionen att metoden uppenbarligen fyller en funktion för det ofrivilligt barnlösa paret. Dessutom hade verksamheten vid denna tidpunkt redan fått en sådan omfattning att det inte vore rimligt att förbjuda den.¹⁵ Följaktligen tillkom ett nytt stadgande i föräldrabalken för fastställande av faderskap¹⁶ och lagen (1984:1140) om insemination instiftades.¹⁷

Idag är lagen om insemination upphävd men reglerna har överförts i stort sett oförändrade till lag (2006:351) om genetisk integritet.¹⁸ Enligt 6 kap. 2 § i nyss nämnda lag får givarinsemination endast ske vid de statligt finansierade sjukhus som erhållit Socialstyrelsens tillstånd. Vidare föreskrivs enligt 3 § samma kapitel den behandlande läkaren göra en lämplighetsbedömning av det aktuella paret med hänsyn till deras medicinska, psykologiska och sociala förhållanden. En insemination får endast utföras om det blivande barnet kan antas växa upp under goda förhållanden. Insemination får endast utföras på en gift eller sammanboende kvinna jämlikt 6 kap. 1 § lagen om genetisk integritet.

2.2 In-vitro-fertilisering

In-vitro-fertilisering (IVF), som i vardagligt tal också kallas provrörsbefruktning, innebär att ett eller flera ägg tas ut ur en kvinna och placeras tillsammans med spermier i ett provrör. När ägget har befruktats återförs det till kvinnans livmoder. För det fall att det befruktade ägget kommer från en annan kvinna har en äggdonation föregått befruktningen. Provrörsbefruktningar kan även genomföras med donerad sperma.¹⁹

I likhet med insemination så utfördes även IVF i Sverige redan innan det fanns någon lagstiftning som reglerade verksamheten.²⁰ Den första lagregleringen gällande IVF-behandling trädde i kraft den 1 januari 1989 genom lagen (1988:711) om befruktning utanför kroppen, BefrL.²¹ Samtidigt infördes även en ny regel angående fastställande av faderskapet i 1 kap. 7 § FB.²² Lagen om befruktning utanför kroppen är numera upphävd och reglerna har istället överförts till lagen (2006:351) om genetisk integritet.²³

I förarbetena till lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen uttalas att det vid assisterad befruktning av den här typen handlar om en manipulation med de mänskliga livsprocesserna och att det därför är viktigt att dessa

¹⁵ Prop. 1984/85:2, s. 7f.

¹⁶ 1 kap. 6 § FB

¹⁷ Prop. 1984/85:2, s. 3ff.

¹⁸ Se prop. 2005/06:64, s. 207f.

¹⁹ Socialstyrelsen, Assisterad befruktning 2005, s. 9ff.

²⁰ Saldeen, Barn- och föräldrarätt, s. 115f.

²¹ SOU 1985:5 och prop. 1987/88:160.

²² Detta stadgande återfinns numera i 1 kap. 8 § FB.

²³ Prop. 2005/06:64, s. 208.

metoder inte strider mot etikens normer. En central roll spelar den humanistiska människosynen, innebärande att varje människa är en fri, ansvarig, skapande och social varelse. Det uttalas att ingen människa får behandlas enbart som medel utan varje människa har ett värde och ett mål i sig själv. Vidare understryks vikten av att det vid införandet av nya behandlingsmetoder måste tas hänsyn till barnets bästa, samt att det visserligen är en mänsklig rättighet att få bilda familj men att denna rättighet inte innefattar att till varje pris få föda ett eget barn.

En avgörande faktor för tillåtandet av IVF var att de genetiska banden mellan det blivande barnet och föräldrarna bevarades och därför tilläts denna behandlingsform endast då det var möjligt att använda såväl ägg som spermier från de tilltänkta föräldrarna. På så sätt var det endast tillvägagångssättet som skiljer in-vitro-fertilisering från makeinsemination och det faktum att själva befruktningen sker utanför kroppen ansåg lagstiftaren inte motivera ett förbud.²⁴

Som nämnts ovan återfinns numera reglerna rörande befruktning utanför kroppen i lagen (2006:351) om genetisk integritet. I stort sett ser denna reglering likadan ut som den som reglerar insemination avseende krav på var behandlingen får utföras, lämplighetsbedömningen av det barnlösa paret osv.²⁵

2.2.1 In-vitro-fertilisering med ägg- eller spermiedonation

Som sagts ovan kan provrörsbehandlingar även göras antingen med donerade ägg eller med donerad sperma. Redan vid införandet av BefrL diskuterades detta förfarande men lagstiftaren valde vid denna tidpunkt att inte tillåta det då det inte ansågs etiskt försvarbart.²⁶ Här nedan följer en kort genomgång av hur Inseminationsutredningens resonemang i frågan.

Beträffande IVF med donerade ägg medges i proposition 1987/88:160 att det finns likheter med den redan tillåtna givarinseminationen på så sätt att det är en tredje part som bidrar med en del av det genetiska materialet. Ställningstagandet, att trots detta förbjuda äggdonation, rättfärdigas bl.a. med att en givarinsemination kan utföras i princip av vem som helst och skulle det förbjudas finns risken att det uppstår en svart marknad. På grund av att befruktning utanför kroppen i samband med äggdonation är en avsevärt mer tekniskt komplicerad metod ansågs denna risk inte föreligga vid ett förbud av äggdonation. Vidare ansågs IVF med donerade ägg strida mot den mänskliga processen eftersom det i stor utsträckning har karaktären av en teknisk konstruktion. Detta resonemang grundar sig i synen på

²⁴ Prop. 1987/88:160, s. 8f.

²⁵ Se vidare 7 kapitlet i lag (2006:351) om genetisk integritet.

²⁶ Prop. 1987/88:160, s. 10ff.

kvinnan och fostret som varandes ett och om det inte finns ett genetisk band mellan kvinnan och det barn hon bär på så ansågs det helt enkelt för onaturligt. Lagstiftaren menade således att äggdonation skulle kunna komma att skada den humanistiska människosynen och det var därför inte etiskt godtagbart.²⁷

Inte heller IVF med donerad sperma ansågs vid denna tidpunkt vara etiskt hållbart trots att det, sett ur barnets perspektiv, inte innebär någon större skillnad mellan insemination med donerade spermier och provrörsbefruktning med donerade spermier. Lagstiftaren önskade emellertid inta en restriktiv hållning och in-vitro-fertilisering med donerade spermier förbjöds med hänvisning till att det är en avsteg från den naturliga livsprocessen.²⁸

Sedan den 1 januari 2003 har emellertid in-vitro-fertilisering antingen med donerade ägg eller med donerade spermier blivit tillåtet i svensk rätt.²⁹ Ännu en gång konstateras det i propositionen att det endast är tillvägagångssättet som skiljer befruktning utanför kroppen med donerad sperma från givarinsemination och det anses därför inte vara berättigat att upprätthålla förbudet för IVF med donerad sperma. Som en konsekvens av detta tilläts även IVF med donerade ägg då man inte vill värdera orsakerna till den ofrivilliga barnlösheten olika.³⁰

Befruktning utanför kroppen med både donerade ägg och spermier samtidigt är dock inte tillåten.³¹ Trots att regeringen uttalar att det sociala föräldraskapet är viktigare än det genetiska så beslutar man sig ändå för att det måste finnas ett delvis bevarat genetiskt band mellan barnet och föräldrarna. I propositionen sägs att *”ett accepterande av en metod där inget genetiskt samband mellan föräldrar och barn finns kan ses som en alltför långtgående strävan att med tekniska insatser kompensera livets ofullkomlighet. När det handlar om att åstadkomma en graviditet där varken ägget eller spermien kommer från de blivande föräldrarna kan det finnas en risk för att ägg och spermier ses som objekt som är fritt tillgängliga för att skapa en människa. Ett sådant förfarande skulle bidra till att förstärka en teknifierad människosyn. Det bör därför inte tillåtas.”*³²

²⁷ Prop. 1987/88:160 s. 10ff.

²⁸ A.a., s. 13.

²⁹ SFS 2002:252, prop. 2001/02:89.

³⁰ Prop. 2001/02:89, s. 38.

³¹ 7 kap. 3 § lag (2006:351) om genetisk integritet.

³² Prop. 2001/02:89, s. 52.

2.3 Assisterad befruktning för homosexuella par

Det var länge endast tillåtet för en gift eller sammanboende heterosexuell kvinna att få genomgå någon form av assisterad befruktning. Sedan den 1 juli 2005 har emellertid även kvinnor som lever i en homosexuell relation rätt att erhålla assisterad befruktning.³³ I motiven till denna utvidgning tas bl.a. upp det faktum att lesbiska par likväl skaffar barn, antingen i egen regi eller genom att en av kvinnorna genomgår någon form av assisterad befruktning utomlands. I dessa fall finns risken att barnets rätt till vetskap om sitt biologiska ursprung inte tillgodoses då spermiedonatorn i många fall är anonym.³⁴

³³ SFS 2005:443, 445, 447 samt 454, prop. 2004/05:137.

³⁴ Prop. 2004/05:137, s. 39.

3 Surrogatmoderskap

Surrogatmoderskap innebär att en kvinna föder ett barn men utan avsikt att själv behålla det. Barnet överlämnas istället efter födelsen till vad som brukar benämnas det ”beställande” paret.³⁵ Detta är ett par som av någon anledning inte kan avla barn på naturlig väg. En surrogatmoder lånar alltså ut sin kropp och sin livmoder till förmån för ett ofrivilligt barnlöst par.

3.1 Kommersiellt och altruistiskt surrogatmoderskap

Beroende på surrogatmoderns motiv brukar man tala om två olika sorters surrogatmoderskap, nämligen kommersiellt eller altruistiskt sådant. Vid ett kommersiellt surrogatmoderskap är surrogatmoderns motiv ekonomiska och det beställande paret erlägger ett ekonomiskt vederlag till denne. När det istället handlar om den altruistiska formen så har surrogatmodern inga ekonomiska vinstintressen utan gör det av osjälviska skäl för att hjälpa det barnlösa paret.³⁶ Olika rättsordningar har olika syn på vilket surrogatmoderskap som är att föredra.

3.2 Olika genetiska band mellan surrogatmodern, barnet och det beställande paret

Det finns vid surrogatmoderskap ett flertal tänkbara kombinationer av genetiska band mellan surrogatmodern, barnet och det beställande paret. Om den ofrivilliga barnlösheten beror på någon annan anledning än infertilitet kan både ägg och spermier härstamma från det beställande paret.³⁷ Det kallas då för ett fullständigt (K. Jönsson) eller genuint (A. Singer) surrogatmoderskap. Surrogatmodern har alltså i dessa fall ingen genetisk koppling till barnet, utan bär endast barnet i sin livmoder. En annan typ av det fullständiga surrogatmoderskapet är det fall då både spermier och ägg kommer från utomstående donatorer. Vid detta tillvägagångssätt finns alltså inget genetiskt band vare sig mellan surrogatmodern och barnet eller mellan

³⁵ MacCallum, Fiona & Lycett, Emma & Murray, Clare & Jadv, Vasanti & Golombok, Susan, *Surrogacy: The experience of commissioning couples*, Human Reproduction, Vol. 18, No. 6.

³⁶ Jönsson, Kutte, *Det förbjudna mödrskapet*, s. 22.

³⁷ Andra anledningar än infertilitet kan t.ex. vara att kvinnan från det beställande paret lider av någon sjukdom vilken gör det olämpligt eller rentav omöjligt för henne att genomgå en graviditet.

de blivande föräldrarna och barnet. Likheten mellan dessa två former av genuint surrogatmoderskap står att finna i att båda föregås av en provrörsbefruktning och i och med denna implanteras det blivande embryot i surrogatmodern.

Vidare finns det ytterligare en form av surrogatmoderskap som kallas partiellt surrogatmoderskap. Det innebär att surrogatmodern låter sig insemineras med sperma från mannen i det beställande paret. Det befruktade ägget kommer då från surrogatmodern som i detta fall blir såväl genetisk som biologisk moder. Här finns likheter med äggdonation men med den skillnaden att äggdonatorn själv bär barnet.³⁸

Det finns således ett flertal möjliga varianter av genetiskt samband mellan surrogatmamman, barnet och det beställande paret. Allt ifrån att barnet genetiskt sett, helt och fullt är det beställande paret eget, till att barnet inte har någon genetisk koppling med vare sig surrogatmodern eller de tilltänka föräldrarna.

3.3 Surrogatmoderskap i svensk rätt

Trots att det inte finns något lagstadgande som uttryckligen förbjuder surrogatmoderskap är förfarandet idag inte tillåtet i Sverige. Detta beror på, att för att en kvinna skall kunna bära ett annat pars barn, krävs antingen en insemination eller en provrörsbefruktning. Bestämmelser kring insemination respektive provrörsbefruktningar finns i lagen (2006:351) om genetisk integritet. Denna lag är uttömmande och lagstiftaren har inte ansett det nödvändigt att särskilt kriminalisera surrogatmoderskap. Vidare stadgas i 1 kap. 7 § FB att den kvinna som med hjälp av ett donerat ägg föder ett barn skall anses vara barnets moder. Även detta stadgande anses motverka surrogatmoderskapsarrangemang.³⁹

Frågan om surrogatmoderskap har endast behandlats ett fåtal gånger i statliga utredningar och propositioner och hittills har det inte bedömts vara ett lämpligt sätt att råda bot på ofrivillig barnlöshet. Skälen för detta ställningstagande, som kommer att redogöras för närmare nedan, varierar från att det strider mot adoptionslagstiftningen till att det inte kan anses vara en etisk försvarbar metod.

³⁸ Jönsson, Det förbjudna mödrskapet, s. 16.

³⁹ Prop. 2001/02:89, s. 55.

3.3.1 SOU 1985:5; Barn genom befruktning utanför kroppen

Första gången surrogatmoderskap behandlades i en statlig utredning var i den s.k. Inseminationsutredningens betänkande SOU 1985:5; Barn genom befruktning utanför kroppen. Som redogjorts för ovan i kapitel 2, var det genom denna utrednings försorg som lagen om insemination och lagen om befruktning utanför kroppen tillkom.⁴⁰

Beträffande surrogatmoderskap beskriver Inseminationsutredningen detta som en ny form av adoption. Utredningen ställer sig mycket kritisk till surrogatmoderskap därför att den anser det strida mot ett antal svenska rättsgrundsatser, däribland principen om vederlagsförbud vid adoptioner i 4 kap. 6 §, 2 st. FB. Enligt detta lagrum får en adoptionsansökan inte bifallas om det har utlovats eller förekommit något slags vederlag. Gällande surrogatmoderskap säger utredningen att ”en förhållandevis hög ersättning i allmänhet torde vara en förutsättning för hela förfarandet”. Redan på denna grund menas det alltså att surrogatmoderskap inte är lämpligt, trots att det konstateras att det i utlandet har förekommit s.k. altruistiska surrogatmoderskap. Vidare kan adoptionsbestämmelserna ge upphov till andra problem vid ett surrogatmoderskapsarrangemang. Det finns t.ex. inte någon garanti för att det beställande paret skulle komma att godkännas som adoptivföräldrar av domstolen.⁴¹ Ett annat problem som kan uppstå är om surrogatmodern efter födseln vill behålla barnet. En adoption kan då inte komma till stånd eftersom den biologiska modern (surrogatmodern) måste ge sitt godkännande till adoptionen enligt 4 kap. 5a § FB. För att dessa eventuella svårigheter skulle kunna förhindras, menar Inseminationsutredningen att det skulle behövas ett avtal mellan parterna som tar över de lagstadgade adoptionsreglerna.⁴²

Vidare konstateras i betänkandet att problem kring ytterligare en grundsats enligt svensk rätt kan uppkomma, nämligen den som säger att varje enskild kvinna förfogar över sin kropp. Om surrogatmodern av någon anledning ändrar sig angående havandeskapet och vill göra abort, kan det beställande paret, i enlighet med denna grundregel, inte motsätta sig detta. För att förfarandet med surrogatmoderskap skall kunna genomföras måste således någon annan än den gravida kvinnan ha bestämmanderätt över fostret under havandeskapstiden. Detta skulle enligt utredningen leda till oklarheter kring vem som ansvarar för barnet och det är inte önskvärt ur barnets perspektiv.⁴³

⁴⁰ Prop. 1984/85:2 samt prop. 1987/88:160. Båda dessa lagar upphävdes i och med ikraftträdandet av lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m. Reglerna rörande insemination samt befruktning utanför kroppen överfördes i stort sett oförändrade från dessa två lagar till lagen om genetisk integritet, se prop. 2005/06:64 s. 207f.

⁴¹ 4 kap. 6 §, 1 st. FB.

⁴² SOU 1985:5 s. 49f.

⁴³ A.a., s. 50.

Frågan om vem som skulle vara att betrakta som barnets moder vid surrogatmoderskap diskuteras inte ingående utan det konstateras endast att rättsläget är oklart på denna punkt.⁴⁴

Utredningen anser slutligen att surrogatmoderskap är en högst tvivelaktig form av assisterad befruktning därför att det förutsätter ett köpslående om barn som inte är etiskt försvarbart. Att metoden skulle kunna hjälpa vissa ofrivilligt barnlösa par bedöms inte som ett tungt vägande skäl i jämförelse med de många lagändringar som skulle krävas för att tillåta metoden.⁴⁵

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

Nästa gång som frågan om surrogatmoderskap behandlas i lagstiftningssammanhang är i proposition 2001/02:89 *Behandling av ofrivillig barnlöshet*. Det var genom denna proposition som äggdonation kom att bli tillåtet i Sverige.⁴⁶ Till underlag för proposition 2001/02:89 låg bl.a. en utredning från Statens medicinsk-etiska råd⁴⁷ och en departementspromemoria från Socialdepartementet⁴⁸. Båda dessa utredningar avstyrkte surrogatmoderskap.

I regeringens förslag anges i princip tre olika skäl till varför surrogatmoderskap inte skall tillåtas. Det första skälet som anförs mot surrogatmoderskap är att det kan medföra svåra problem för de inblandade parterna. Det problem som här avses är för det fall att surrogatmodern under graviditeten eller efter födseln ändrar inställning och själv vill behålla barnet. Den konflikt som då uppstår skulle oundvikligen även drabba barnet och det är således en anledning till varför metoden inte skall tillåtas.⁴⁹

Vidare menar regeringen att surrogatmoderskap inte skall tillåtas eftersom det inte är etiskt försvarbart. De etiska bedömningar som måste göras för att avgöra lämpligheten av nya metoder av assisterad befruktning skiljer sig på två sätt från bedömningen av andra medicinska åtgärder. Det ena skillnaden består i att frågor som rör den mänskliga fortplantningen är av sådant slag att det kräver särskilda överväganden. Den andra skillnaden består i att hänsyn måste tas till en person som inte själv kan göra sin röst hörd, dvs. barnet. Detta regeringens huvudargument tar alltså sikte både på surrogatmodern och på barnet.

⁴⁴ SOU 1985:5 s. 50.

⁴⁵ A.a., s. 10 och s. 50.

⁴⁶ Se kapitel 2.2 och 2.2.1.

⁴⁷ Statens medicinsk-etiska råd, *Assisterad befruktning – Synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen*.

⁴⁸ Ds 2000:51.

⁴⁹ Prop. 2001/02:89 s. 55.

Sett ur surrogatmoderns perspektiv är det inte är förenligt med människovärdesprincipen att använda denna kvinnas kropp som medel för att lösa ett annat pars problem.⁵⁰ Att det inte kan anses vara förenligt med människovärdesprincipen grundar sig i sin tur på principen om alla människors lika värde. I de allmänna etiska utgångspunkter som ligger till grund för de bedömningar som gjorts i propositionen sägs det nämligen att det är viktigt att metoder som kan skada den humanistiska människosynen inte används.⁵¹ Inte heller ur barnets perspektiv är surrogatmoderskap önskvärt, enligt regeringen.⁵² Denna åsikt utvecklas dock inte ytterligare just i samband med att surrogatmoderskap diskuteras. Tidigare i propositionen sägs dock att med hänsyn till barnets integritet är det viktigt att metoder för behandling av ofrivillig barnlöshet inte kommer i konflikt med den humanistiska människosynen.⁵³

3.3.3 Den senaste tidens tendenser

Sedan 1995 års rapport från Statens medicinsk-etiska råd och regeringens proposition 2001/02:89 har surrogatmoderskap inte utretts eller behandlats i någon större omfattning på statlig nivå. Det har under de senaste åren lagts fram ett antal motioner i riksdagen angående tillsättande av en utredning beträffande surrogatmoderskap.⁵⁴ Samtliga dessa har dock avstyrkts med den något summariska hänvisningen att förfarandet inte är etiskt försvarbart och att det inte är tillåtet i svensk rätt.⁵⁵ Statens medicinsk-etiska råd avser emellertid att återigen behandla frågan om assisterad befruktning, och däribland surrogatmoderskap, under våren 2010.⁵⁶

Den senaste tiden kan en semantisk förändring på området skönjas. Istället för att kalla förfarandet för surrogatmoderskap används allt oftare benämningen ”värdmödraskap”.⁵⁷

3.4 Surrogatmoderskap i rättspraxis - NJA 2006 s. 505

Eftersom surrogatmoderskap inte är explicit reglerat i svensk lag finns av uppenbara skäl inte heller någon rättspraxis att tillgå. I rättsfallet NJA 2006

⁵⁰ Prop. 2001/02:89, s. 55.

⁵¹ A.a., s. 22.

⁵² A.a., s. 55.

⁵³ A.a., s. 23.

⁵⁴ Exempelvis: Motionerna 2004/05:So439 och 2005/06:So528 av Tasso Stafilidis, motionerna 2008/09:So559 och 2009/10:So474 av Gunvor G Ericson m.fl.

⁵⁵ Se vidare Socialutskottets betänkanden 2004/05:SoU10, 2005/06:SoU16, 2008/09:SoU13 samt 2009/10:SoU11.

⁵⁶ <http://www.smer.se/Bazment/21.aspx>

⁵⁷ Motion 2008/09:So222 och motion 2009/10:So474.

s. 505 gällde rättsfrågan adoption men tvisten har dock sin upprinnelse i ett surrogatmoderskapsarrangemang. Detta rättsfall illustrerar väl på vilket sätt surrogatmoderskap dels kan leda till tvist mellan de inblandade parterna, dels på den legala problematiken på området.

Omständigheterna i rättsfallet var att ett äkta par, som inte kunde få barn på naturlig väg, lät mannens syster genomgå en provrörsbefruktning i Finland. Barnet som föddes i maj 2002 var genetiskt sett helt och hållet parets då både spermier och äggceller kom från mannen respektive kvinnan. Efter födelsen bekräftade mannen faderskapet och han registrerades som fader i folkbokföringsregistret. Barnet stod alltsedan födseln under parets faktiska vårdnad. År 2004 ansökte kvinnan om att få adoptera barnet och maken, som vid denna tidpunkt var ensam vårdnadshavare, samtyckte till adoptionen.

I TR bifölls kvinnans adoptionsansökan. Mannen överklagade emellertid tingsrättens beslut och när frågan låg i hovrätten för prövning återkallade han sitt samtycke. Paret hade vid denna tidpunkt ansökt om äktenskapsskillnad. Med hänvisning till 4 kap. 3 och 5a §§ FB upphävde hovrätten adoptionsbeslutet. I 4 kap. 3 § FB stadgas att en make får adoptera den andre makens barn om dennes samtycke föreligger. Enligt 4 kap. 5a § FB får den som inte fyllt 18 år inte adopteras utan föräldrarnas samtycke.

Kvinnan överklagade hovrättens beslut till Högsta domstolen. HD konstaterar inledningsvis att surrogatmoderskap inte är tillåtet i svensk rätt samt att det är den kvinna som föder barnet som är att anse som dess moder. Vidare redogör HD för de aktuella bestämmelserna om adoption i 4 kap. FB samt hänvisar till NJA 1973 s. 62. I detta rättsfall har fastslagits att det erforderliga samtycket måste finnas vid tidpunkten för adoptionsansökans prövning. I förevarande fall menar därför domstolens majoritet att det, trots de speciella omständigheter som föreligger i detta mål, inte är möjligt att bortse från att samtycke från maken (föräldern) krävs för att det ska vara möjligt att godkänna kvinnans adoptionsansökan. Kvinnans överklagande avslås därför.

Högsta domstolens beslut var emellertid inte enhälligt. Två av justitieråden menar istället att kvinnans adoptionsansökan bör godkännas. Som skäl härför anges för det första att kvinnan, om hon inte tillåts adoptera barnet, varken skulle ha möjlighet att förordnas som vårdnadshavare eller skulle ha rätt till umgänge med barnet jämlikt 6 kap. 15 § FB. Detta eftersom reglerna om vårdnad om umgänge grundar sig på det rättsliga föräldraskapet. Med hänsyn till barnets bästa framstår inte detta som ett önskvärt resultat, särskilt inte då det under hela barnets uppväxt har varit denna kvinna, som också är barnets genetiska moder, som varit den som utövat den faktiska vårdnaden om barnet.

Vidare gör HD:s minoritet en annan tolkning av rättsfallet NJA 1973 s. 62. I NJA 1973 s. 62 innebar ett godkännande av adoptionsansökan att de rättsliga banden mellan den biologiska förälder som tidigare lämnat

samtycke till adoptionen skulle komma att klippas av. I förevarande fall skulle emellertid inte faderns ställning såsom rättslig förälder påverkas av att adoptionen godkänns. Dessutom är syftet med adoptionen att uppnå överensstämmelse mellan det genetiska moderskapet, den faktiska vårdnaden samt det rättsliga föräldraskapet dvs. i rak motsats till vad som var frågan i NJA 1973 s. 62.

De två skiljaktiga justitieråden menar också att kravet på samtycke från den maken vars barn adoptionsansökan avser i 4 kap. 3 § FB inte är gällande i detta fall eftersom barnet redan, i genetisk bemärkelse, är hennes. Inte heller kravet på samtycke i 4 kap. 5a § FB uppställer ett hinder mot adoptionen eftersom paret fortfarande är gifta och mannen, om kvinnan tillåts adoptera, inte förlorar sin ställning som rättslig förälder. Mot bakgrund av detta anser således en minoritet av rättens ledamöter att det faktum att mannens samtycke inte längre föreligger, inte bör utgöra ett hinder mot adoptionen.

Avslutningsvis prövas så lämpligheten av adoptionen jämlikt 4 kap. 6 § FB. Enligt detta stadgande får tillstånd ges om det är till fördel för barnet, om adoptanten har eller vill uppfostra barnet och om det annars med hänsyn till det personliga förhållandet mellan adoptanten och barnet finns särskild anledning till adoptionen. Mot bakgrund av vad som tidigare anförts samt med hänsyn till de faktiska förhållandena rörande barnets tillkomst menar HD:s minoritet att kvinnans adoptionsansökan bör bifallas.

Högsta domstolens slutliga utslag innebär således en strikt tolkning av lagtexten vilket i sin tur medför att det krav på samtycke från förälder som uppställs i föräldrabalkens 4:e kapitel skall anses vara absolut. Den tolkning som presenteras av minoriteten är istället betydligt mer pragmatisk och förefaller ta större hänsyn till barnets bästa. Konsekvensen av domen blir ofrånkomligen att barnet endast har en förälder som utövar den faktiska vårdnaden samt att den kvinna som såväl genetiskt som socialt sett är barnets moder överhuvudtaget inte längre tillerkänns denna rätt.⁵⁸

I sin talan inför Högsta domstolen framställde kvinnan även ett andrahandsyrkande innebärande att hennes moderskap skulle fastställas. Yrkandet avvisades dock med hänvisning till att det inte kunde prövas i det aktuella målet vars rättsfråga rörde adoption.

⁵⁸ Singer, Anna, *Mater semper certa est?*, JT 2006-07, s. 424ff.

4 Rättsliga komplikationer vid anlitandet av en surrogatmoder

4.1 Vilka blir barnets föräldrar?

Det faktum att ett ofrivilligt barnlöst par väljer att skaffa barn med hjälp av en surrogatmoder kan medföra, som åskådliggjorts i nyss refererade rättsfall, stora såväl rättsliga som personliga problem för alla inblandade parter. Detta är förklarligt eftersom det uppstår en diskrepans mellan lagstiftningen och människors faktiska handlande. Dessvärre medför detta oundvikligen även konsekvenser för barnet i fråga.

Den mest uppenbara rättsliga problematiken, som uppstår vid surrogatmoderskapsarrangemang, rör frågan om det rättsliga föräldraskapet. Det finns mer än en kvinna som skulle kunna anses vara barnets moder beroende på huruvida man tillmäter det genetiska, biologiska eller sociala föräldraskapet avgörande betydelse. För mannens del förefaller det vara något mindre komplicerat att erhålla det rättsliga föräldraskapet, men det kan likväl i vissa fall vara förenat med komplikationer, se nedan kap. 4.1.2. Det paradoxala är att barnet i värsta fall, så som lagstiftningen ser ut idag, riskerar att endast ha en rättslig förälder, och till råga på allt, en som aldrig har haft som avsikt att utöva något föräldraskap i egentlig mening. Detta medan det finns ett par som kanske till och med har genetiska band till barnet men som förvägras såväl det rättsliga som det sociala föräldraskapet.

I de riktlinjer som reglerar socialtjänstens arbete, som är de som har att utreda frågan om föräldraskapet, uttalas att det på senare tid uppstått situationer som lagstiftaren inte förutsett och att detta kan medföra svårigheter vid den faktiska tillämpningen av reglerna för fastställande av såväl moder- som faderskap. Utgångspunkten skall dock alltid vara att varje beslut som rör ett barn skall vara till barnets bästa.⁵⁹

4.1.1 Moderskapspresumtionen utpekar surrogatmodern som rättslig mor

Svensk rätt saknade länge någon uttrycklig reglering kring vem som skall anses vara ett barns mor. I enlighet med de romerska satserna *mater semper certa est*, dvs. det är alltid säkert vem som är mor, och *mater est quam gestatio demonstrat*, dvs. moder är den som havandeskapet utvisar, har det

⁵⁹ Socialstyrelsen, Att fastställa faderskap, s. 16.

istället tagits för självklart att den kvinna som föder barnet är dess moder.⁶⁰ Avgörande för vem som är ett barns mor i rättsligt hänseende har alltså varit det biologiska släktskapet.⁶¹

I och med utvecklandet av nya metoder för barnalstring, som exempelvis äggdonation och surrogatmoderskap, har dock frågan om det genetiska släktskapets betydelse för det rättsliga moderskapet uppkommit. När äggdonation blev tillåtet år 2003⁶² var det inte längre självklart att den kvinna som föder ett barn skall anses vara dess mor eftersom kvinnan i dessa fall inte är barnets genetiska mor. Därmed uppstod behovet av att tydligare reglera det rättsliga moderskapet. I Föräldrabalkens 1 kap. 7 § stadgas därför numera att den kvinna som föder barnet dvs. barnets biologiska mor också är dess rättsliga moder. På detta sätt lagfästes således den tidigare oskrivna presumtionen *mater est quam gestatio demonstrat*, men dock endast i de fall då äggdonation föregått graviditeten.⁶³ I det ursprungliga lagförslaget som remitterades till Lagrådet föreslogs en generell hållen regel innebärande att den kvinna som föder ett barn är dess mor. Lagrådet påpekade dock att behovet av reglering hade uppstått i och med en specifik situation, den då äggdonation föregått graviditeten, och att det därför var att föredra att upprätta en regel anpassad för just detta förhållande.⁶⁴ I och med införandet av denna reglering garanteras kvinnan vars graviditet kommit till stånd med hjälp av äggdonation att hon får behålla det barn hon burit fram samtidigt som barnet erhåller familjerättslig status.⁶⁵

När ett barn föds av en surrogatmoder är det alltså hon som blir barnets rättsliga moder. Detta helt oberoende av om surrogatmoderskapet är av det genuina eller partiella slaget. För att få till stånd en ändring av det rättsliga moderskapet måste först mannen från det beställande paret erhålla status som rättslig far till barnet.

4.1.2 Fastställande av faderskapet

Fastställande av faderskap för det barn som föds av en surrogatmoder är av förklarliga skäl inte lika komplicerat som fastställandet av det rättsliga moderskapet. Ändock kan vissa komplikationer tänkas uppkomma.

Främst kan problem uppstå om mannen i det beställande paret inte är barnets genetiska far. För att mannen skall kunna erhålla det rättsliga

⁶⁰ Saldeen, Barn- och föräldrarätt, s. 48.

⁶¹ Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, s. 123.

⁶² Se ovan kap. 2.2.1.

⁶³ 1 kap. 7 § FB lyder: *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.*

⁶⁴ Prop. 2001/02:89, s. 41 samt 83f.

⁶⁵ Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, s. 388f.

faderskapet måste han bekräfta detsamma, 1 kap. 2 §, 2 st. samt 3 §, FB. Ett av de formkrav som uppställs för en faderskapsbekräftelses giltighet är att den skall godkännas av socialnämnden, 1 kap. 4 § FB. Enligt denna paragraf får Socialnämnden endast godkänna en dylik bekräftelse om det kan antas att mannen som avger den är far till barnet. Av Socialstyrelsens föreskrifter framgår att detta medför en skyldighet för socialnämnden att medverka till ett materiellt riktigt avgörande i faderskapsfrågan, dvs. att det juridiska faderskapet överensstämmer med det biologiska.⁶⁶ Om det i socialtjänstens faderskapsutredning företagits en rättsgenetisk undersökning och resultatet av denna inte utpekar mannen som far kommer socialnämnden således inte att godkänna mannens faderskapsbekräftelse. För det fall att barnet tillkommit med donerad sperma på en klinik i utlandet och donatorn enligt den inhemska lagstiftningen har rätt att vara anonym finns risken att det rättsliga faderskapet för barnet inte kan fastställas överhuvudtaget. Även om detta scenario är fullt plausibelt torde det dock inte förekomma alltför ofta eftersom surrogatmoderskap i regel aktualiseras som reproduktionsmetod då den ofrivilliga barnlösheten beror på kvinnlig infertilitet.⁶⁷

För det fall att mannen från det beställande paret är barnets genetiska far torde det sålunda inte vara förenat med några större svårigheter för honom att erhålla status som rättslig fader. Gällande vårdnaden om barnet kan surrogatmodern och mannen, då denne förklarats vara den rättsliga fadern, avtala om att det är han som skall ha ensam vårdnad om barnet. Även ett sådant avtal måste godkännas av socialnämnden.⁶⁸ Huruvida det faktum att barnet tillkommit genom en metod som inte tillåts enligt svensk lag påverkar beslutet att godkänna ett dylikt avtal är givetvis svårt att förutsäga. Vägledande vid socialnämndens prövning skall emellertid alltid vara barnets bästa.⁶⁹

4.1.3 Adoptionsinstitutet som väg till det rättsliga moderskapet

Efter det att mannen från det beställande paret tillerkänts status som barnets rättsliga far finns möjligheten för hans maka att bli moder i rättslig mening genom att adoptera barnet. Detta kallas styvbarnsadoption eller närståendeadoption och rättsreglerna härom återfinns i föräldrabalkens fjärde kapitel. De legala komplikationer som kan uppstå i och med en dylik adoptionsansökan rör främst kravet på samtycke från maken samt den lämplighetsprövning som rätten har att göra i varje adoptionsärende.

⁶⁶ Socialstyrelsen. Att fastställa faderskap, s. 72.

⁶⁷ Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, s. 310f.

⁶⁸ 6 kap. 6 § FB.

⁶⁹ Saldeen, Barn- och föräldrarätt, s. 190.

4.1.3.1 Krav på samtycke

Den make vars barn adoptionsansökan avser måste alltså ge sitt samtycke till adoptionen, 4 kap. 3 § FB. Enligt vad som fastslagits i rättspraxis är detta krav på samtycke absolut. Saknas erforderligt samtycke kan rätten följaktligen inte godkänna adoptionsansökan. Kvinnans eventuella genetiska band till barnet är ovidkommande för prövningen av adoptionsansökan.⁷⁰ Däremot måste inte surrogatmodern ge sitt samtycke till adoptionen trots att det fortfarande är hon som är barnets moder i rättslig mening. Detta beror på vad som stadgas i 4 kap. 5a §, 2 st. FB om att samtycke inte krävs från den förälder som inte har del i vårdnaden. Däremot skall hennes inställning i frågan redovisas inför rätten innan beslut fattas, jämlikt 4 kap. 10 §, 3 st. FB.

4.1.3.2 Rättens lämplighetsbedömning

I varje adoptionsärende skall rätten pröva om det är lämpligt att adoptionen äger rum. Tillstånd får endast ges om adoptionen är till fördel för barnet samt om sökanden har eller vill uppfostra barnet eller det annars med hänsyn till det personliga förhållandet mellan sökanden och barnet finns särskild anledning till adoptionen.⁷¹ Vid adoption är det således adoptantens vilja att erhålla det rättsliga föräldraskapet som har avgörande betydelse. Detta till skillnad från reglerna för fastställande av föräldraskap i 1 kap. FB då det är det biologiska släktskapet som utgör grunden för föräldraskapet.⁷² Syftet med en adoption är att ge ett barn en familj bestående av två föräldrar och regeln om styvbarnsadoption infördes just med avsikten att det rättsliga föräldraskapet skulle överensstämma med det faktiska, det sociala, föräldraskapet.⁷³ Vid en adoption avskärs den biologiska föräldrarnas rättsliga band till barnet, och därmed också rätten till umgänge enligt 6 kap. FB. Av stor vikt för lämplighetsbedömningen vid styvbarnsadoption torde vara frågan huruvida den biologiska föräldern utövar någon umgängesrätt med barnet i fråga.⁷⁴

I normalfallet vid surrogatmoderskapsarrangemang – i den mån det nu är möjligt att tala om ett sådant – tar det beställande paret hand om barnet redan från dess födsel. Adoptanten, kvinnan från det beställande paret, är således den sociala modern för barnet vilket är ett av rekvisiten i 4 kap. 6 § FB. Vilken kontakt surrogatmodern har med barnet kan självfallet variera men eftersom avsikten för henne aldrig har varit att utöva någon form av föräldraskap torde det förhållandet att hon inte längre kan kräva umgänge enligt FB:s regler inte utgöra något hinder för adoptionens godkännande.

⁷⁰ Se NJA 2006 s. 505, kapitel 3.4.

⁷¹ 4 kap. 6 § FB.

⁷² Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, s. 234.

⁷³ A.a., s. 260ff.

⁷⁴ Saldeen, Barn- och föräldrarätt, s. 150.

4.1.3.3 Förbud mot vederlag vid adoption

En av de formella förutsättningarna för godkännande av en adoptionsansökan, som förtjänar att snabbt beröras, gäller förbudet mot lämnande av vederlag vid adoption.⁷⁵ Förbudet innebär att någon ekonomisk ersättning inte får utlovas eller ges från någon sida. Detta för att ingen skall kunna beredas ekonomisk vinning av en adoption och för att på så sätt eliminera risken att barn blir handelsvaror. Som redogjorts för i kapitel 3.3.1 har denna grundsats angetts som ett skäl till varför surrogatmoderskap inte kan tillåtas. Trots detta vederlagsförbud är emellertid (framförallt internationella) adoptioner förenat med en relativt stor kostnad för det par som önskar adoptera. Till största delen består utgifterna av de avgifter som adoptionsförmedlingen tar ut för att täcka dess egna kostnader. Detta har dock inte ansetts stå i strid med vederlagsförbudet eftersom lagstiftaren, med hänvisning till barnets rättsskydd, har velat hålla nere de privata adoptionerna.⁷⁶

4.1.3.4 Några sammanfattande punkter

Så som vid fastställandet av faderskap väcks ju alltid frågan huruvida det faktum att barnet tillkommit genom surrogatmoderskap påverkar rättens bedömning vid prövningen av kvinnans adoptionsansökan. Utöver de problem som belysts här ovan handlar det de facto om att på detta sätt få rättsordningens stöd för att erhålla rättslig verkan av ett förfarande som inte är accepterat i svensk rätt. För rättens vidkommande gäller dock rättsfrågan adoption och då de hänsynstaganden som rätten har att göra i och med lämplighetsbedömningen är relativt tydligt uttryckta i lagtexten, torde omständigheterna kring barnets tillkomst inte inverka på bedömningen.⁷⁷ Vad som talar till fördel för kvinnans möjligheter att få adoptera är att ett av adoptionsinstitutets syften just är att befästa det förhållande som redan föreligger mellan vuxen och barn dvs. att erkänna det sociala föräldraskapet som grund för det rättsliga. Vidare är ett av de grundläggande syftena vid adoption att tillvarata barnets intressen vilket borde tala för ett godkännande av kvinnans adoptionsansökan.⁷⁸ Som åskådliggjorts i detta kapitel kan problem emellertid uppstå på ett flertal punkter och det kan således inte tas för säkert att kvinnan medelst adoption kommer att erhålla det rättsliga moderskapet.

⁷⁵ 4 kap. 6 §, 2 st. FB.

⁷⁶ Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, s. 286f.

⁷⁷ Se NJA 2006 s. 505.

⁷⁸ Singer, Föräldraskap i rättslig belysning, s. 238 samt s. 303.

4.1.4 Möjlighet till fastställande av moderskap enligt 13 kap. 2 § RB

I och med att svensk rätt länge saknade särskilda regler för fastställande av moderskap har det istället i rättspraxis fastlagts att det i dessa frågor är möjligt att väcka en fastställsetalan i enlighet med 13 kap. 2 § Rättegångsbalken.⁷⁹ För att en sådan fastställsetalan skall tas upp till prövning måste självfallet de rekvisit som uppställs i det aktuella stadgandet vara uppfyllda. Det skall vara ovisst om ett rättsförhållande föreligger, samt denna ovisshet skall leda till förfång för käranden.⁸⁰

Frågan är om det är möjligt att tillämpa denna regel för att fastställa det rättsliga moderskapet då barnet tillkommit genom ett surrogatmoderskapsarrangemang? Till att börja med bör framhållas att stadgandet endast torde bli aktuellt i det fall då ägget kommer från kvinnan ur det beställande paret. Av diskussionen kring frågan i doktrinen framkommer att en dylik fastställsetalan skulle kunna röna framgång för kvinnan från det beställande paret, men endast för det fall att barnet fötts innan den 1 januari 2003 då moderskapspresumtionen i 1 kap. 7 § FB trädde ikraft. Detta beror på att ett av skälen till lagfästandet av moderskapspresumtionen just var osäkerheten kring moderskapsfrågan vid surrogatmoderskapsarrangemang, samt att lagstiftaren ville försöka förhindra denna form av assisterad befruktning. Fast det inte explicit uttrycks i 1 kap. 7 § FB får därför regeln anses omfatta även surrogatmoderskap och en talan om fastställande av moderskap enligt 13 kap. 2 § RB skulle i numera således inte vara en framkomlig väg för kvinnan att erhålla det rättsliga moderskapet.⁸¹

⁷⁹ Se bl.a. NJA 1949 s. 144 samt SvJT 1968 ref. 89.

⁸⁰ 13 kap. 2 §, 1 st. RB lyder: *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.*

⁸¹ Saldeen, Åke, *Faderskap – moderskap – föräldraskap, Eftersyn och eftertanke*, s. 235ff. samt Singer, *Mater semper certa est?*, s. 429.

5 Surrogatmoderskap i andra rättsordningar – två olika sätt att reglera frågan

5.1 England

5.1.1 Kort om den engelska rättsordningen

Den engelska rättsordningen är ett s.k. *common law*-system vilket innebär att den främst är uppbyggd av domstolarnas prejudikatbildande verksamhet istället för genom lagstiftning som det svenska rättssystemet. En grundsats inom det engelska rättssystemet är *stare decisis*-principen som säger att prejudikat bör respekteras. Denna princip garanterar förutsebarhet och därmed även rättssäkerhet. Men för att förhindra ett alltför stelbent system kan rättspraxis ändras av domstolarna då det är påkallat. Detta tack vare en förklaring från *House of Lords*, det engelska rättssystemets högsta instans, från 1966.⁸²

Parallellt till *common law* finns ytterligare ett regelsystem, nämligen *equity*. *Equity* kan sägas utgöras av ett antal rättviseregler som utvecklades då *common law* inte räckte till för att avgöra ett mål. *Common law* och *equity* reglerar samma rättsförhållanden även om *equity* främst påverkar privaträtten. Vid en eventuell konflikt mellan de två systemen väger *equity* tyngre. För att söka utröna hur en viss fråga regleras undersöks först regleringen i *common law* och sedan kontrolleras att *equity* inte påverkar saken.⁸³

Emellertid spelar även skrivna författningar stor roll i det engelska rättssystemet. Störst betydelse har de skrivna lagarna inom de områden som styrs av EU-rätten. Vid konflikt mellan lagstiftning och prejudikat har lagstiftningen företräde. De viktigaste författningarna är de som godkänts av parlamentet och som heter *Acts of Parliament*.⁸⁴

Med engelsk rätt menas rätten i England och Wales.⁸⁵

⁸² Bogdan, Michael, Komparativ rättskunskap, s. 93.

⁸³ A.a., s. 97ff.

⁸⁴ A.a., s. 113.

⁸⁵ A.a., s. 91.

5.1.2 Surrogatmoderskap i engelsk rätt

Den engelska lagstiftaren har överlag intagit en relativt liberal inställning till frågan om assisterad befruktning.⁸⁶ Surrogatmoderskapsarrangemang har förekommit i England sedan 1980-talet och det finns numera organisationer som förmedlar kontakter mellan surrogatmödrar och barnlösa par och som ger utförliga råd inför ett sådant arrangemang.⁸⁷ Uppskattningsvis föds ungefär 50-80 barn årligen genom surrogatmoderskap. Tendensen pekar på att nyttjandet av denna metod dessutom är på uppåtgående.⁸⁸ Det är endast den altruistiska formen av surrogatmoderskap som är tillåten, se vidare nedan.

5.1.2.1 Domstolarnas inställning

Innan någon omfattande lagstiftning kring surrogatmoderskap infördes var domstolarna föga positivt inställda till dessa arrangemang. Ett av de första rättsfallen, *In re C.B.* rörde ett amerikanskt par som anlitat en brittisk surrogatmor. Då barnet föddes utfärdades en *place of safety order* i och med vilken barnet togs om hand av de sociala myndigheterna. Trots att surrogatmodern var beredd att överlämna barnet och låta fadern överta vårdnaden så förvägrades paret att resa ut ur landet med barnet. Först efter att domstolen företagit en omfattande utredning angående parets lämplighet som föräldrar gavs fadern vårdnaden om barnet.⁸⁹

I ett annat rättsfall, *A v C*, uttryckte domstolen sitt starka ogillande till metoden. Dock var omständigheterna i detta fall aningen tillspetsade vilket lär ha påverkat domstolens inställning. Det beställande paret var ett något äldre par och kvinnan var inte längre fertil. Mannen i äktenskapet ville dock ha ett barn som genetiskt sett var hans. Han slöt därför en överenskommelse med en 19-årig prostituerad kvinna innebärande att hon skulle insemineras med hans sperma och sedan överlämna barnet till det äkta paret. Surrogatmodern ändrade sig emellertid och bestämde sig för att behålla barnet. Mannen väckte talan i domstolen och yrkade att han skulle ges rätt till umgänge med barnet. Domstolen kallade det hela ”smutsigt”, ”gräsligt” och ”ett bisarrt och onaturligt arrangemang”. Med beaktande av de omständigheter under vilka barnet blivit till ansåg domstolen, trots att mannen var barnets genetiska, att ett hans umgänge med barnet vore att ”upprätthålla den mest onaturliga situation som man överhuvudtaget kan tänka sig”.⁹⁰

I ett annat fall intog dock domstolen en mer pragmatisk inställning och lade stor vikt vid barnets bästa istället för att uttrycka eventuella moraliska

⁸⁶ Harris-Short, Sonia & Miles, Joanna, Family Law, text, cases and materials, s. 695.

⁸⁷ Exempelvis COTS, Childlessness Overcome Through Surrogacy.

⁸⁸ Harris-Short & Miles, Family Law, text, cases and materials, s. 720 samt 729.

⁸⁹ *In re C.B.* [1981] 1 All E.R. 16 (CA).

⁹⁰ *A v C* [1985] FLR 445.

synpunkter på arrangemanget. I fallet *In re Adoption Application* var problemet att det beställande paret hade utgett betalning till surrogatmodern, vilket strider mot den engelska adoptionslagstiftningen. Såväl det beställande paret som surrogatmodern hade dock respekterat de övriga förpliktelser som avtalats. Domstolen var därför välvilligt inställd och försökte hitta lagliga vägar för att uppfylla parternas önskade resultat, vilket också ansågs vara till barnets bästa.⁹¹

5.1.2.2 Framväxten av lagstiftning på området

I samband med att utvecklingen inom området assisterad befruktning tog fart på slutet av 1970-talet tillsattes 1982 en kommitté kallad Warnock-kommittén. Kommittén fick i uppdrag att arbeta fram riktlinjer för hur de olika formerna av assisterad befruktning skulle regleras i England. 1984 publicerades kommitténs rapport, *Report of the Committee into Human Fertilisation and Embryology*. Denna rapport har till stor del legat till grund för den engelska lagstiftningen på området.⁹²

Beträffande surrogatmoderskap ansåg majoriteten av Warnock-kommittén det inte vara en lämplig reproduktionsmetod. De skäl som anfördes var av olika slag. Dels framfördes det etisk baserade argumentet, som även den svenska lagstiftaren anfört, dvs. att det inte är förenligt med den humanistiska människosynen att låna en kvinnas livmoder och kropp för att råda bot på ett annat pars barnlöshet. Dels menade Warnock-kommittén att surrogatmoderskap är ett angrepp mot de äktenskapliga värdena. Detta då en tredje part engageras i reproduktionsprocessen, något som ansågs vara förbehållet endast det par som önskade skaffa barn. Visserligen, konstaterade kommittén, innebär även spermiedonation en tredje parts bidrag men kommittén ansåg att det låg en väsentlig skillnad mellan de två förfarandena då surrogatmoderskap ansågs vara mycket mer personligt och intimt.

Vidare menade Warnock-kommittén att surrogatmoderskap inte kunde anses ligga i linje med barnets bästa. Dels kunde barnet komma att ta skada av det faktum att det burits fram av en annan kvinna än den som senare skulle komma att ansvara för det. Dels ansågs det vara förödmjukande för barnet att veta att det tillkommit genom att surrogatmodern erhållit ekonomisk ersättning.

I rapporten tillstås att det kan finnas positiva effekter av surrogatmoderskap, inte minst för det ofrivilligt barnlösa paret, och att metoden inte måste innebära ett utnyttjande av en annan kvinna. Men kommittén anser ändå att det är fel för en kvinna att bli gravid med den inställningen att hon inte själv skall ta hand om barnet. Kommitténs slutliga ställningstagande landar därför i att surrogatmoderskap innebär att en annan människa används som medel

⁹¹ *In re Adoption Application* (payment for adoption) [1987] Fam 81.

⁹² <http://www.hfea.gov.uk/2068.html>

för en annan persons skull och att det därmed inte kan anses som etiskt godtagbart. Såväl altruistiska som kommersiella surrogatmoderskap borde vara förbjudna enligt kommitténs rekommendationer.⁹³

Trots Warnock-kommitténs förslag om att helt förbjuda surrogatmoderskap valde den engelska lagstiftaren en annan linje som innebär ett visst erkännande av metoden utan att för den skull uppmuntra användandet av densamma. Eftersom metoden redan förekom ansågs det inte möjligt att helt förbjuda den och därmed löpa risken att verksamheten fortsatte i det fördolda. Detta ansågs öka risken för exploatering samt kunna äventyra säkerheten för de inblandade parterna. Men eftersom metoden alltjämt ansågs vara tvivelaktig ur ett etiskt perspektiv ville man inte legalisera förfarandet fullt ut. Metoden accepteras således men är reglerad på ett sådant sätt att dess tillämpning inte skall främjas.⁹⁴

Den relevanta lagstiftningen på området hittas i *Surrogacy Arrangements Act* från 1985 samt i *Human Fertilisation and Embryology Act* från 1990. Warnock-kommitténs negativa inställning till surrogatmoderskap anses ha haft stort inflytande på lagstiftningens utformning.⁹⁵ I SAA 1985 regleras främst surrogatmoderskapets kommersiella aspekter. I HFEA 1990 stadgas under vilka förutsättningar det beställande paret kan erhålla det rättsliga föräldraskapet. Hela detta regelverk genomgick under år 2008 en översyn. De tillägg som gjorts står att finna i *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. I det följande kommer att redogöras närmare för dessa reglers innehåll.

5.1.2.3 Allmänna förutsättningar för surrogatmoderskap samt regleringen kring det rättsliga föräldraskapet

Vid regleringen av surrogatmoderskap har två principer varit odiskutabla för den engelska lagstiftaren. Den ena är att surrogatmoderskap skall ske på altruistisk grund och den andra är att surrogatmodern aldrig skall tvingas överlämna barnet till det beställande paret.⁹⁶

Dessa principer kommer till uttryck i *Surrogacy Arrangements Act 1985*. Av section 1A SAA 1985 framgår att ingen part som ingått i ett surrogatmoderskapsarrangemang kan göra ett sådant avtal gällande i en domstol. För det fall att surrogatmodern vill behålla barnet, eller om det beställande paret inte vill ta hand om barnet, kan de alltså inte inför en domstol hävda fullföljelse av avtalet. Det är emellertid inte kriminaliserat att

⁹³ DHSS, Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, kapitel 8. <http://www.hfea.gov.uk/2068.html>

⁹⁴ Harris-Short & Miles, Family Law, text, cases and materials, s. 725.

⁹⁵ Cook, Rachel & Day Sclater, Shelley & Kaganas, Felicity, Surrogate motherhood: international perspectives, s. 94.

⁹⁶ Harris-Short & Miles, Family Law, text, cases and materials, s. 730.

ingå i en överenskommelse om surrogatmoderskap. Detta är alltså den medelväg som lagstiftaren valt i frågan. Vad som däremot är kriminaliserat enligt samma lag är att bedriva någon som helst slags vinstdrivande verksamhet kring surrogatmoderskap. Förbudet gäller förmedlande av kontakt, annonsering m.m. Därmed är också det kommersiella surrogatmoderskapet förbjudet. Surrogatmodern får endast ersättas för de skäliga utgifter som hon har haft i och med arrangemanget.⁹⁷

I likhet med svensk rätt så är det den kvinna som föder ett barn som rättsligen anses vara dess moder, s. 27(1) HFEA 1990.⁹⁸ För att det beställande paret skall kunna erhålla det rättsliga föräldraskapet måste en domstol utfärda en *parental order*. En sådan har samma effekt som en adoption och innebär att det rättsliga föräldraskapet överförs till det beställande paret. I och med utfärdandet av en sådan upphävs surrogatmoderns samtliga rättigheter rörande barnet. Denna möjlighet att erhålla legal status som föräldrar för det beställande paret infördes 1994⁹⁹ och finns i section 30 i *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, i dess lydelse enligt HFEA 2008.¹⁰⁰

I detta stadgande uppställs ett antal villkor som alla måste vara uppfyllda för att domstolen skall föra över det rättsliga föräldraskapet till det beställande paret. Till att börja med måste barnet ha tillkommit genom assisterad befruktning och minst en av de sökande föräldrarna måste ha bidragit med det genetiska materialet. Vidare skall det beställande paret ansöka om en *parental order* inom sex månader från barnets födelse. Surrogatmodern måste samtycka till att föräldrarättigheterna överförs. Detta samtycke är endast giltigt om det avgivits först sex veckor efter det att barnet fötts. Ytterligare krav innebär att både den sökande mannen och kvinnan måste vara över 18 år och åtminstone en av dem måste vara bosatt i Storbritannien¹⁰¹.

Dessutom skall barnet redan stå under det beställande parets faktiska vårdnad. Att det beställande paret har vårdnaden om barnet redan innan en *parental order* utfärdas är möjligt genom att surrogatmodern och fadern har avtalat om en *parental responsibility agreement* i enlighet med reglerna i *Children Act 1989*¹⁰². I och med att en sådan överenskommelse upprättas ges fadern del i vårdnaden.¹⁰³

⁹⁷ Harris-Short & Miles, Family Law, text, cases and materials, s. 725ff.

⁹⁸ Lagrummet lyder: "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."

⁹⁹ The Parental Orders (Human Fertilisation and Embryology) Regulations 1994, SI 1994/2767.

¹⁰⁰ Harris-Short & Miles, Family Law, text, cases and materials s. 727

¹⁰¹ Storbritannien, Kanalöarna eller Isle of Man.

¹⁰² S 2(2) samt s 4(1) Children Act 1989.

¹⁰³ Cook & Day Sclater & Kaganas, Surrogate motherhood: international perspectives, s. 116.

Tidigare kunde en *parental order* av detta slag endast ges till ett gift, heterosexuellt par. Men sedan den 6 april 2010 har även sambor samt homosexuella par rätt att erhålla det rättsliga föräldraskapet på detta sätt för det barn som fötts efter ett surrogatmoderskapsarrangemang.¹⁰⁴

Slutligen skall domstolen innan den överför det rättsliga föräldraskapet till det beställande paret klarlägga att det inte har förekommit någon ersättning mellan parterna, utöver den som får anses täcka surrogatmoderns faktiska kostnader. I det fall att sådan ersättning har utgått, och som således skulle vara att anse som ett brott mot lagstiftningen, kan domstolen i efterhand godkänna dessa utgifter och ändå utfärda en *parental order* för det beställande paret. Detta fastlades i *Re C; Application by Mr and Mrs X under s 30 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990*.¹⁰⁵ Domstolen vägrade omfattningen av denna förseelse mot barnets bästa och ansåg sig trots allt kunna utfärda en *parental order* till förmån för det beställande paret. Hur barnets bästa skall vägas in i domstolens bedömning är dock något oklart då det inte finns mycket rättspraxis att tillgå. Årligen görs endast 30-40 stycken sådana ansökningar. En förklaring till avsaknaden av rättspraxis står att finna i de många krav som uppställs i s 30 HFEA 1990 vilket kan avskräcka det beställande paret från att legalisera sin situation.¹⁰⁶

I linje med de grundläggande principerna för lagstiftningens utformning som beskrivits initialt är det alltså surrogatmodern som har det starkaste skyddet enligt den engelska lagstiftningen. Syftet med tillkomsten av s 30 HFEA 1990 var dock att underlätta överförandet av föräldrarättigheter till det beställande paret. Om så verkligen är fallet har dock ifrågasatts.¹⁰⁷

Om domstolen finner att något av rekvisiten i s 30 HFEA 1990 inte är uppfyllt återstår adoptionsinstitutet som alternativ för det beställande paret. Detta är emellertid ett mer komplicerat sätt för dem att erhålla status som rättsliga föräldrar.

¹⁰⁴ Detta i och med ikraftträdandet av s 54 HFEA 2008. Se The Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Commencement No.3) Order 2010.

¹⁰⁵ [2002] EWHC 157 (Fam); [2002] 1 FLR 909.

¹⁰⁶ Harris-Short & Miles, Family Law, text, cases and materials, s. 729.

¹⁰⁷ Cook & Day Sclater & Kaganas, Surrogate motherhood: international perspectives, s. 114ff.

5.2 Grekland

5.2.1 Allmänna förutsättningar för assisterad befruktning

I Grekland är altruistiskt surrogatmoderskap tillåtet sedan år 2002 och det är strikt reglerat.¹⁰⁸ Regleringen återfinns i den civilrättsliga lagstiftningen och uppställer dels ett antal generella krav som måste vara uppfyllda för alla olika former av assisterad befruktning, dels ett antal specifika kriterier för surrogatmoderskapsarrangemang.¹⁰⁹ De nödvändiga förutsättningarna för att assisterad befruktning överhuvudtaget skall komma i fråga är följande. För det första är assisterad befruktning endast tillåtet då den ofrivilliga barnlösheten beror på någon slags medicinsk åkomma hos någon av föräldrarna eller då barnet riskerar att smittas av en svår sjukdom från någon av dem.¹¹⁰ Det andra kravet rör den tilltänkta moderns ålder. Den kvinna som är äldre än 50 år har inte rätt att erhålla någon form av assisterad befruktning.¹¹¹ Den sista förutsättningen består i att det måste finnas ett skriftligt godkännande från det par som önskar genomgå en behandling i syfte att bli föräldrar.¹¹²

För det fall att någon form av assisterad befruktning utförs i strid mot de uppställda kriterierna kan straffrättsligt ansvar komma på fråga.¹¹³

5.2.2 Krav på godkännande från domstol

Innan ett förfarande med surrogatmoderskap inleds, måste en domstol ha beslutat att ge sitt tillstånd. De särskilda krav som uppställs för att ett surrogatmoderskap skall godkännas är dessa. Kvinnan från det beställande paret måste vara oförmögen att bära fram ett barn och detta skall styrkas med läkarintyg. Även surrogatmodern skall prestera ett läkarintyg som verifierar att hon är vid god hälsa samt att det inte föreligger några hinder för henne att genomgå en graviditet. Vidare skall det ha upprättats ett skriftligt avtal mellan det beställande paret och surrogatmodern, samt i förekommande fall även surrogatmoderns make. Det får inte heller utgå någon ekonomisk ersättning från det beställande paret till

¹⁰⁸ Law 3089/2002 Medically Assisted Human Reproduction samt Law 3305/2005 Application of Medically Assisted Reproduction

¹⁰⁹ Papadopoulou-Klamaris, Dimitra, Medical Assisted Reproduction In Greek Law, <http://www.greekconference.com.au/papers07.html>

¹¹⁰ Law 3089/2002, article 1455

¹¹¹ Law 3305/2005, article 4.1

¹¹² Law 3089/2002, article 1456

¹¹³ Papadopoulou-Klamaris, Medical Assisted Reproduction In Greek Law, s. 3.

surrogatmodern.¹¹⁴ Slutligen krävs även att såväl surrogatmodern som kvinnan från det beställande paret är bosatta i Grekland.¹¹⁵

5.2.3 Regleringen kring det rättsliga föräldraskapet

Såsom i svensk rätt innehåller även grekisk lagstiftning en moderskapspresumtion som utpekar den kvinna som föder ett barn som dess moder.¹¹⁶ När det handlar om surrogatmoderskap tillämpas emellertid inte detta stadgande utan i samband med att domstolen godkänner ett surrogatmoderskapsarrangemang utses kvinnan i det beställande paret till barnets rättsliga moder. För det fall att barnet genetiskt sett härstammar från surrogatmodern, dvs. att det befruktade ägget kommer från surrogatmodern, kan frågan om det rättsliga moderskapet ännu en gång komma att bli föremål för rättens prövning. Inom sex månader från barnets födelse kan både surrogatmodern och den kvinna som enligt domstolens tidigare beslut utpekats som moder väcka talan om hävande av detsamma.¹¹⁷

¹¹⁴ Law 3089/2002, article 1458

¹¹⁵ Law 3305/2005, article 8

¹¹⁶ Law 3089/2002, article 1463

¹¹⁷ Law 3089/2002, article 1464

6 Analys

6.1 Surrogatmoderskap – ett oetiskt förfarande?

Den svenska lagstiftaren har vid introducerandet av olika former av assisterad befruktning konstaterat att assisterad befruktning innebär ett manipulerande av de naturliga livsprocesserna. Det är därför viktigt att försäkra sig om att de inte strider mot etikens normer. Detta är en sund inställning.

Av de statliga förarbeten som behandlat frågan om surrogatmoderskap framgår att ett av den svenska lagstiftarens huvudargument mot att tillåta surrogatmoderskap är just att det anses vara en etiskt oacceptabel reproduktionsmetod. Denna lagstiftarens inställning grundar sig främst på människovärdesprincipen och den humanistiska människosynen som innebär att ingen människa får användas endast som ett medel för någon annan. Lagstiftaren menar alltså att surrogatmoderskap är ett förfarande som skadar den humanistiska människosynen. Frågan är om detta antagande är riktigt?

Enligt min mening är detta lagstiftarens sätt att resonera något förenklat. Det är odiskutabelt att det beställande paret då de anlitar en surrogatmoder använder sig av en annan människa som medel för att råda bot på sin barnlöshet. Vad lagstiftaren dock förbiser är att en människa enligt den humanistiska människosynen inte får behandlas *enbart* som ett medel. Detta tolkar jag som att en person inte skall utnyttjas för en annan persons skull. Enligt min mening kan den kvinna som frivilligt och med full insikt om vad arrangemanget innebär inte anses bli utnyttjad av det beställande paret. Om hon har en önskan att hjälpa ett barnlöst par att bli föräldrar och således gör det av egen fri vilja så anser inte jag att hon *endast* används som ett medel för att någons mål. Så länge ett surrogatmoderskapsarrangemang ingås helt på frivillig basis strider det, enligt min mening, inte mot den humanistiska människosynen.

Är inte ett förbud av surrogatmoderskap, åtminstone av den altruistiska formen, istället ett kränkande av en annan av etikens principer, nämligen den om självbestämmande? Varje människa har ju, enligt etikens regler, så länge som det inte kränker någon annans rätt till självbestämmande möjlighet att själv bestämma över sina egna handlingar. Denna princip är alltså enligt lagstiftarens sätt att se på saken inte gällande då det handlar om surrogatmoderskap. I proposition 2001/02:89 sägs att surrogatmoderskap inte är önskvärt ur barnets perspektiv. Vad som menas med detta utvecklas dock inte i någon större omfattning utan det sägs endast att det är viktigt att hänsyn tas till barnets integritet. Detta uttalande får närmast förstås som att barnet i fråga inte har möjlighet att göra sin röst hörd och därmed att dess

rätt till självbestämmande kränks. Hur ett barn, och dess integritet, skulle ta skada av att ha blivit till genom ett surrogatmoderskapsarrangemang är dock oklart. Värt att påpekas är att inte heller då barn blir till genom andra, tillåtna former av assisterad befruktning kan ju uppenbarligen dess röst göras hörd. För mig framstår det som tveksamt att det faktum att ett barn burits av en surrogatmoder skulle innebära att dess integritet kränks.

Vidare skulle surrogatmoderskap kunna anses uppfylla även godhetsprincipen samt principen om att minska lidande. Den kvinna som väljer att ställa upp som surrogatmoder gör ju en god gärning som kan sägas minska det ofrivilligt barnlösa paret lidande.

Varje form av assisterad befruktning innebär ju ett manipulerande av de naturliga livsprocesserna men enligt min åsikt ställer inte etiken upp några hinder mot ett tillåtande av surrogatmoderskap. Lagstiftarens inställning i frågan förefaller snarare grunda sig i en något föråldrad syn på hur barn skall komma till världen, särskilt i en tid då det sociala föräldraskapet ges allt större betydelse.

6.2 En jämförelse mellan surrogatmoderskap och de tillåtna formerna av assisterad befruktning

Så som redogjorts för i kapitel två har även introducerandet av de övriga formerna av assisterad befruktning föregåtts av en etisk diskussion från lagstiftarens sida. Beträffande insemination, ansågs det faktum att metoden fyllde en funktion för det barnlösa paret väga tyngre än de etiska betänkligheter som anfördes av vissa av remissinstanserna. Angående in-vitro-fertilisering, som ansågs innehålla ett större mått av manipulation med de mänskliga livsprocesserna, beslutade lagstiftaren först att tillåta metoden då de genetiska banden till båda föräldrarna kunde bevaras. Vid denna tidpunkt, mitten och slutet av 1980-talet, ansågs äggdonation utgöra en alltför teknisk konstruktion, vilken skulle kunna skada den humanistiska människosynen. Sedermera accepterades även denna metod (och även IVF med donerad sperma) i svensk rätt. I proposition 2001/02:89 lade lagstiftaren stor vikt vid att det endast var tillvägagångssättet som skiljde denna metod från inseminering. De tidigare etiska betänkligheterna syntes inte längre utgöra ett problem.

Även andra skäl än de strikt etiska som lagstiftaren anförde vid introducerandet av olika former av assisterad befruktning kan appliceras på frågan om surrogatmoderskapets vara eller icke vara. Vid införandet av regler rörande insemination och IVF var det faktum att metoderna redan förekom en faktor som gjorde det i stort sett omöjligt att överväga någon annan väg än att tillåta dem. Metoden hade så att säga redan accepterats av samhället och lagstiftningen hade inte hängt med. Ett förbud riskerade

istället att skapa en svart marknad vilket givetvis inte var önskvärt. Liknande skäl angavs då homosexuella par gavs rätten att erhålla assisterad befruktning. Eftersom homosexuella par skaffade barn utomlands eller i egen regi resonerade lagstiftaren att den bästa lösningen var att tillåta det. Detsamma verkar nu vara på väg att ske beträffande surrogatmoderskap. Så länge regleringen ser ut som den gör idag kommer barnlösa par fortsätta att utnyttja kryphålen i lagen för att bli föräldrar på detta sätt. Således kommer det så småningom att bli svårt för lagstiftaren att stadga om ett uttryckligt förbud, om så skulle önskas. Under tiden äventyras rättssäkerheten för alla inblandade parter.

Detta successiva accepterade av olika former av assisterad befruktning kan beskrivas som ett sluttande plan. Med detta menas att i takt med att tekniska framsteg görs så flyttas också acceptanspunkten längre fram på det sluttande planet. Över tid och i och med att ytterligare metoder uppkommer accepterar vi således mer och mer.¹¹⁸

På senare tid förefaller det vara avgörande för lagstiftaren att det, oavsett vilken form av assisterad befruktning vi talar om, finns ett bevarat band till någon av föräldrarna, se bl.a. kapitel 2.2.1. *in fine*. Att skapa liv där varken ägg eller spermier kommer från de blivande föräldrarna anses förstärka en teknifierad människosyn. Av detta kan man dra slutsatsen att det i själva verket inte är tillvägagångssättet som längre spelar en avgörande roll för huruvida en viss teknik skall tillåtas eller inte.

Mot bakgrund av ovan sagda anser jag att lagstiftarens argument till förbudet av surrogatmoderskap inte bär, åtminstone inte vad gäller det altruistiska, partiella surrogatmoderskapet.

6.3 Diskussion kring konsekvenserna av den nuvarande lagstiftningen

En önskan om att få bli förälder kan vara mycket stark. Om surrogatmoderskap är det enda återstående alternativet för att få denna önskan uppfylld, kommer det alltid finnas människor som är beredda att välja metoden, oavsett om förfarandet är lagligt eller inte. Det är således väldigt svårt, för att inte säga utsiktslöst, att försöka lagstifta om att barn inte skall få komma till världen på detta sätt. Att så är fallet visas ju redan av det faktum att surrogatmoderskap förekommer i Sverige idag, trots förbudet. Av detta kan man inte göra annat än att dra slutsatsen att den nuvarande lagstiftningen inte fungerar tillfredsställande ur lagstiftarens synpunkt. Men inte heller ur surrogatmoderns eller det beställande parets synvinkel är regleringen särskilt betryggande. Framförallt så får den omständigheten att

¹¹⁸ Tännsjö, Torbjörn, Göra barn, s. 65ff.

det idag inte finns anpassade regler som styr de rättsliga spörsmål som uppkommer stora konsekvenser för barnet.

Ett av skälen till varför lagstiftaren valt att inte tillåta surrogatmoderskap är att det kan skapa svåra problem för de inblandade parterna. Som exempel anges att surrogatmodern ändrar sig och vägrar att överlämna barnet till det beställande paret. Den konflikt som då uppstår skulle oundvikligen drabba barnet och därför bör metoden inte tillåtas. Enligt min mening är det istället lagstiftningen så som den är utformad idag som ställer till svåra problem för parterna. Detta mot bakgrund av att surrogatmoderskap förekommer trots att det inte är tillåtet. Som konstaterats ovan är det i princip omöjligt att lagstifta bort företeelsen varför jag menar att det vore till allas bästa att istället utforma regler kring dess utförande. Om det fanns regler för metodens utförande och för det rättsliga föräldrskapet i dessa situationer, skulle många av de problem som de inblandade parterna idag riskerar att ställas inför, kunna förebyggas. Detta skulle stärka rättssäkerheten.

Utländska empiriska studier visar att de kvinnor som ställer upp som surrogatmödrar är väl förberedda på vad arrangemanget innebär och att de mycket sällan ändrar sig och vill behålla barnet.¹¹⁹ Ett liknande resultat visar siffror från COTS, en av Englands största organisationer på området. Av deras beräkningar är det endast 2 % av arrangemangen som inte slutar som det var avsett då överenskommelsen ingicks.¹²⁰ Det är en relativt liten siffra som inte motiverar ett förbud av dessa arrangemang, enligt min åsikt.

Om det i Sverige istället skulle finnas klara och tydliga regler för när, hur och i vilka situationer som surrogatmoderskap kan erbjudas ett ofrivilligt barnlöst par så tror jag att vi inte skulle få uppleva många av de svåra problem som kan tänkas uppstå enligt lagstiftarens farhågor. Ett provning liknande den som sker vid andra former av assisterad befruktning borde vara möjlig även vid surrogatmoderskapsarrangemang dvs. en utvärdering av såväl det beställande paret psykosociala tillstånd men även av den tilltänkta surrogatmoderns. En professionell inställning till arrangemanget och en noggrann utvärdering av de parter som önskar ingå tror jag skulle förebygga uppkomsten av att problem.

Att problem uppstår så som lagstiftningen ser ut idag visar ju NJA 2006 s. 505. Utgången i målet gjorde barnet i princip moderlöst. För det fall att, som i detta exempel, det inte går att ge det rättsliga moderskapet till kvinnan från det beställande paret kvarstår det visserligen hos surrogatmodern. Men hon har ju aldrig haft för avsikt att utöva något faktiskt föräldrskap vilket medför att resultatet känns stötande för rättskänslan. Särskilt mot bakgrund av att den kvinna som dels stått för den faktiska vårdsnaden och som dessutom är barnets genetiska varken erkänns som dess moder eller ges del i

¹¹⁹ Jadva, Vasanti & Murray, Clare & Lycett, Emma & MacCallum, Fiona & Golombok, Susan, Surrogacy: the experiences of surrogate mothers, Human Reproduction Vol. 18, No. 10.

¹²⁰ <http://www.surrogacy.org.uk/FAQ4.htm>

vårnaden. Detta är ju emellertid konsekvensen som uppstår därför att det beställande paret, då framför allt kvinnan, för att erhålla det rättsliga föräldraskapet måste begagna sig av adoptionsinstitutets regler som uppenbarligen inte är avpassade för dessa situationer. Som visats i kap 4 kan komplikationer uppstå på ett flertal punkter i denna process. Utfallet av NJA 2006 s. 505 kan anses strida såväl mot den grundsats som säger att ett barn har rätt till två föräldrar men också mot barnets bästa i stort.

Att en kvinna inte på samma sätt som en man alltid kan hävda det genetiska släktskapet och därigenom bli erkänd som ett barns rättsliga förälder framstår som ojämnt. Detta eftersom regleringen i 1 kap. 7 § FB utpekar den födande kvinnan till barnets rättsliga mor. Vad gäller de övriga formerna av assisterad befruktning som tillåts i svensk rätt är emellertid ett bevarat genetiskt band avgörande från lagstiftarens sida. För det fall att ägget kommer från kvinnan själv uppfylls ju detta krav. Men det förefaller ligga något mer i uppfattningen om moderskap än enbart det genetiska släktskapet. Surrogatmoderskapet utmanar denna föreställning och frågan är om lagstiftaren är beredd att modernisera synen på moderskapet.

6.4 Vilka lärdomar kan dras av utländsk rätt?

Som framgår i kapitel 5 tillåts surrogatmoderskap både i England och i Grekland. Gemensamt för de två rättsordningarna är att det endast är den altruistiska formen som accepteras. Vidare krävs enligt båda rättsordningarna ett beslut från domstol för att mannen och kvinnan ur det beställande paret skall bli rättsliga föräldrar. Saken regleras dock på olika sätt och några väsentliga skillnader kan urskiljas.

Den första skillnaden gäller tidpunkten för domstolens beslut. I engelsk rätt kan det beställande paret, först efter det att barnet fötts, ansöka om att få föräldrarättigheterna till det barn som de redan innehar den faktiska vårnaden om. Som beskrivits ovan leder detta till att inte alla väljer att legalisera sin familjesituation då de befarar att de inte kommer att få den godkänd.

I Grekland däremot skall domstolens beslut föregå verkställandet av ett surrogatmoderskapsarrangemang. Att surrogatmoderskapet på detta sätt godkänns redan innan förfarandet startar ger enligt min mening en större trygghet för de inblandade parterna.

Den andra stora skillnaden mellan de två olika regleringarna gäller vem som är att anse som barnets mor. I England är det, i likhet med svensk lag, den födande kvinnan som är barnets mor. I Grekland däremot är det, tack vare att domstolens beslut redan föreligger vid födseln, istället kvinnan från det

beställande paret som direkt är att anse som den rättsliga modern. Det gäller oavsett om hon har bidragit med det genetiska materialet eller inte.

Detta Greklands sätt att reglera surrogatmoderskapet ger en full legitimering av detsamma. Det ger ett större skydd för det beställande paret än vad den engelska regleringen ger men ändock tillvaratas även surrogatmoderns rättigheter. Detta då hon i de fall ägget härstammar från henne har rätt att ansöka om att få det rättsliga moderskapet fastställt för henne. På detta sätt erkänns det genetiska släktskapet i lika stor mån för kvinnor som för män. Eftersom surrogatmodern i de flesta fall inte ändrar sig anser jag att denna lösning är rimligare än den som engelsk rätt uppställer. Den är mer anpassad till verkliga förhållanden istället för till viss del förlegade uppfattningar om att den kvinna som bär och föder ett barn alltid anses som dess moder.

De i grekisk rätt tydligt uppdragna riktlinjerna för när surrogatmoderskap tillåts i kombination med att det måste föreligga ett godkännande från domstol innan förfarandet inleds leder till förutsebarhet och trygghet för de inblandade parterna. Detta torde leda till att förebygga att surrogatmoderskap utförs i det fördolda och därmed minskar även risken för exploaterig av surrogatmodern. Greklands system är således ett mer rättssäkert system.

Förklaringen till varför den engelska lagstiftaren valde denna kompromissbetonade reglering var ju att man, trots etiska betänkligheter kring metoden, inte ansåg att företeelsen kunde förbjudas då den redan förekom. Även om det således finns bättre sätt att utforma reglerna på än det som den engelska lagstiftaren har valt, är ändå denna reglering att föredra framför det svenska förhållningssättet.

6.5 Avslutande kommentarer

Som jag har försökt påvisa i denna framställning är lagstiftarens motiv till förbudet av surrogatmoderskap inte särskilt välgrundade. Tyvärr bygger lagstiftarens ställningstagande i frågan till stor del på föreställningar som inte alltid överensstämmer med verkligheten. Exempel på det är bl.a. uppfattningen om att de kvinnor som agerar surrogatmödrar skulle ha svårt att lämna ifrån sig barnet när det väl är fött. Detta är en uppfattning som i och för sig är lätt att förstå, men som alltså inte med nödvändighet stämmer. Det är därför viktigt att få till stånd en ordentlig utredning på området och på ett öppet sätt diskutera frågan, framförallt eftersom surrogatmoderskap är en reproduktionsmetod som faktiskt förekommer i Sverige idag. Konsekvenserna av lagens nuvarande utformning leder till att rättssäkerheten för de inblandade parterna äventyras. Mest allvarligt är givetvis att det handlar om att barn föds i Sverige idag vars familjerättsliga status är oklar.

För mig framstår det som tydligt att det i Sverige behövs ett nytt ställningstagande i frågan från lagstiftarens håll. En uppdaterad syn på surrogatmoderskap som en metod att råda bot på ofrivillig barnlöshet hade varit önskvärt. Denna till synes orubbliga inställning om att surrogatmoderskap inte är etiskt godtagbart gagnar ingen. Den omständigheten att surrogatmoderskap är tillåtet på flera håll i världen ger stöd åt att det kan finnas andra sätt att se på fenomenet. Enligt min mening finns det istället goda, såväl etiska som övriga, skäl till att åtminstone tillåta den altruistiska formen av surrogatmoderskap.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1984/85:2; *Om artificiella inseminationer*

Prop. 1987/88:160; *Om befruktning utanför kroppen*

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

Prop. 2004/05:137; *Assisterad befruktning och föräldraskap*

Prop. 2005/06:64; *Genetisk integritet m.m.*

Statens offentliga utredningar

SOU 1983:42; *Barn genom insemination*

SOU 1985:5; *Barn genom befruktning utanför kroppen*

SOU 2007:3; *Föräldraskap vid assisterad befruktning*

Departementsserien

Ds 2000:51; *Behandling av ofrivillig barnlöshet*

Betänkanden

Socialutskottets betänkande 2004/05:SoU10,
Hälso- och sjukvårdsfrågor m.m.

Socialutskottets betänkande 2005/06:SoU16,
Genetisk integritet m.m.

Socialutskottets betänkande 2008/09:SoU13,
Hälso- och sjukvårdsfrågor

Socialutskottets betänkande 2009/10:SoU11,
Hälso- och sjukvårdsfrågor

Motioner

Motion 2004/05:So439, *Surrogatmoderskap*, av Tasso Stafilidis

Motion 2005/06:So528, *Surrogatmoderskap*, av Tasso Stafilidis

Motion 2008/09:So222, *Utredning om värdmödraskap*, av Barbro Westerholm och Birgitta Ohlsson

Motion 2008/09:So559, *Surrogatmoderskap*, av Gunvor G Ericson m.fl.

Motion 2009/10:So474, *Värdmödraskap*, av Gunvor G Ericson m.fl.

Övrigt

Socialstyrelsen, *Att fastställa faderskap*, Handböcker för handläggning

Socialstyrelsen, *Assisterad befruktning 2005*, Officiell statistik, Hälsa och sjukdomar 2008:3

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

Statens medicinsk-etiska råd, *Etik – en introduktion*, 3 uppl., Fritzes Offentliga Publikationer, Stockholm 2008

Litteratur

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2 uppl., Norstedts Juridik 2003

Cook, Rachel & Day Sclater, Shelley & Kaganas, Felicity, *Surrogate motherhood: international perspectives*, Hart Publishing 2003

DHSS, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*, Cm 9314, London: HMSO, 1984

Harris-Short, Sonia & Miles, Joanna, *Family Law, text, cases and materials*, Oxford University Press, 2007

Jönsson, Kutte, *Det förbjudna mödrskapet – en moralfilosofisk undersökning av surrogatmödraskap*, Bokbox Förlag, Lund 2003

Saldeen, Åke, *Barn- och Föräldrarätt*, 6 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2009

Saldeen, Åke, *Faderskap – moderskap – föräldraskap*, (i Asp, red., Eftersyn och eftertanke) Iustus förlag, Uppsala 2007

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

Tännsjö, Torbjörn, *Göra barn*, Sesam förlag, Stockholm 1991

Artiklar

Jadva, Vasanti & Murray, Clare & Lycett, Emma & MacCallum, Fiona & Golombok, Susan, *Surrogacy: the experiences of surrogate mothers*, Human Reproduction Vol. 18, No. 10 pp. 2196-2204, 2003

MacCallum, Fiona & Lycett, Emma & Murray, Clare & Jadva, Vasanti & Golombok, Susan, *Surrogacy: The experience of commissioning couples*, Human Reproduction, Vol. 18, No. 6, pp. 1334-1342, 2003

Papadopoulou-Klamaris, Dimitra, *Medical Assisted Reproduction in Greek Law*, The Greek Conference, 2007

Singer, Anna, *Mater semper certa est?*, JT 2006-07, häfte nr. 2, s. 424

Internet

<http://www.greekconference.com.au/papers07.html>, senast kontrollerad 2010-05-03

<http://www.hfea.gov.uk/2068.html>, senast kontrollerad 2010-05-03

<http://www.smer.se/Bazment/21.aspx>, senast kontrollerad 2010-05-03

<http://surraomsurro.blogspot.com>, senast kontrollerad 2010-05-03

<http://www.surrogacy.org.uk/FAQ4.htm>, senast kontrollerad 2010-05-03

<http://www.surrogat.nu>, senast kontrollerad 2010-05-03

<http://surrogatbarn.dinstudio.se>, senast kontrollerad 2010-05-03

Rättsfallsförteckning

Sverige

NJA 1949 s. 144

NJA 1973 s. 62

NJA 1983 s. 320

NJA 2006 s. 505

SvJT 1968 ref. 89

England

A v C [1985] FLR 445

In re Adoption Application (payment for adoption) [1987] Fam 81

In re C.B. [1981] 1 All E.R. 16 (CA)

Re C; Application by Mr and Mrs X under s 30 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990, [2002] EWHC 157 (Fam); [2002] 1 FLR 909.