



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Cecilia Rosberg Gustafsson

Surrogatarrangemang i ett rättighetsperspektiv

Vem har rätt till vad och vem har rätt till vem?

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Professor Eva Ryrstedt

Familjerätt

Termin 9

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	8
1.1 Syfte och frågeställning	8
1.2 Metod och material	9
1.3 Disposition och avgränsning	10
2 RÄTTIGHETSPERSPEKTIVET	12
2.1 Inledning	12
2.2 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna	12
2.3 FN:s konvention om barnets rättigheter	15
2.4 Den etiska sidan av surrogatarrangemang	19
2.4.1 Inledning	19
2.4.2 Terminologi	19
2.4.3 Motiv för surrogatarrangemang	20
2.4.4 Att avtala om moderskap	24
2.4.4.1 Inledning	24
2.4.4.2 Relationen mellan mor och barn	24
2.4.4.3 Barnets intressen	25
2.4.4.4 Exploatering och handelsresonemang	26
2.4.4.5 Jämställdhetsresonemanget	29
2.4.4.6 Ett avtals utformning och verkställighet	30
3 SVENSK RÄTT	32
3.1 Inledning	32
3.2 NJA 2006 s. 505	33
3.2.1 Referat	33
3.2.1.1 Bakgrund	33
3.2.1.2 Processen i tingsrätt och hovrätt	33
3.2.1.3 Processen i Högsta domstolen	34
3.3 Lagstiftning	36

3.3.1	Inledning	36
3.3.2	Moderskapspresumtionen	37
3.3.3	Assisterad befruktning	40
3.3.3.1	Homosexuellas rätt till assisterad befruktning	44
3.3.4	Särskilt om barnets bästa	45
3.4	Den juridiska problematiken	46
3.5	Aktualitet	49
4	UTLÄNDSK RÄTT	51
4.1	Inledning	51
4.2	Finland	51
4.3	Storbritannien	52
4.4	Tyskland	54
4.5	Frankrike	54
4.6	USA	55
4.7	Ukraina	56
4.8	Indien	57
5	ANALYS	59
5.1	Inledning	59
5.2	Surrogatarrangemang i svensk rätt	59
5.2.1	Att i förväg avtala bort föräldrarättigheten till ett barn	60
5.2.2	De etiska problemen med bruk av surrogatmoder	64
5.2.3	Barnets perspektiv	65
5.3	NJA 2006 s. 505 utifrån ett rättighetsperspektiv	67
5.4	Avslutande ord	68
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	70
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	74

Summary

Is everyone entitled to a right to parenthood? People may have a sense of what should be potential common rights even in cases where the government cannot always be considered liable to offer help, as in supporting those suffering from infertility. As a supplementary question one can ask: into what considerations could the right to parenthood extend? When it comes to surrogate motherhood, *amounts* are usually the subject of some sort. Money is not always the primary concern, the amount of risk that subjects involved in the surrogacy arrangement are exposed to are also often unclear. In a world where surrogate motherhood is increasingly becoming an accepted method against infertility, Swedish legislation currently considers this method illegal, and it is from there that legal complications arise. The fact that this method is against the law does not, however, automatically denote that the subject will never be debated in court or before governmental institutions. For example, although a Swedish citizen cannot employ a surrogate mother to carry a child in Sweden, options might still be available abroad. Then, when the child is born and brought back with its intended parents, problems with registering the child and the proposed guardians might arise. Difficult disputes could also occur within the nature of family law, with issues such as concerning inheritance law or maintenance claims.

The aim of this essay is to initially present the subject of surrogacy from a legal rights perspective. Furthermore, I will illustrate discussions on the subject in Swedish law and analyze this in relation to the chosen focus, with help of certain international practical examples. Whilst focusing on rights, provisions from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as from the UN Convention on the Rights of the Child, are relevant to introduce.

When trying to define surrogacy one finds that many ethical aspects arise. In order to construct a considered opinion on the matter these issues need to be deconstructed and evaluated. One important consideration is whether different motives of the parties involved in an arrangement should be accepted or not. Another important question, which the debate should address, is how an agreement on surrogacy should be assessed from a contract law perspective. Are there circumstances, depending on the nature of surrogacy, which should make contracts void no matter the wording? This debate contains reasoning regarding human values and, in cases where these values are ignored, the risk of exploitation.

Swedish law contains legislation on reproductive technology but it does not allow surrogacy. *Mater semper certa est*, meaning that the mother of a child is always certain, has been given fundamental value in Swedish family law and signifies the basis of the negative attitude against surrogate motherhood. The principle was also given assured significance in a case set before the

Swedish Supreme Court when it was debated how to merge different aspects of parenthood; genetic, social and legal, when those address different persons.

The Swedish legal situation aside, there are other countries where surrogacy arrangements are legally offered as package deals. Different legislations lead to different growths and effects on the surrogacy market and it should be valuable to consider these differences when deciding what legislation one finds desirable for their own society.

Sammanfattning

Äger varje person rätt att bli förälder? Även om inte staten kan sägas vara skyldig att erbjuda behandling för att avhjälpa barnlöshet kan människor, efter känsla, resonera kring denna frågas rimlighet. Oavsett inställningen är en intressant följdfråga; i så fall till vilket pris? När man talar om surrogatarrangemang är det ofta just *pris* som på något sätt kommer på tal. Inte pris som i valutamening ensamt, utan även i form av risker av olika slag som de inblandade kan tänkas komma att lida. Globalt accepteras och nyttjas surrogatmödraskap idag i allt högre grad. I Sverige är surrogatarrangemang otillåtna och ett genomförande trots den negativt inställda lagstiftningen kan leda till vissa juridiska komplikationer för såväl barnet som för andra inblandade. Att surrogatarrangemang inte tillåts här i riket betyder emellertid inte att svenska myndigheter eller domstolar inte berörs av tvister som har koppling till detta särskilda förhållande. Barnönskande personer som inte kan ta hjälp av en surrogatmoder i Sverige kan vända sig till utlandet för själva processens genomförande och senare återkomma till Sverige med det framfödda barnet. Vid hemkomsten kan därefter i den rättsliga praktiken vissa problem uppkomma, exempelvis i samband med att barnet ska folkbokföras eller vid någon slags tvist av familjerättslig karaktär.

Inledningsvis förs i detta arbete ett rättighetsperspektiv fram, med inriktning på surrogatarrangemang, vilket är ämnat att speglas mot vad som senare i arbetet framförs om svensk lagstiftning på området och vissa praktiska utländska exempel. Relevant vid inriktning på rättighetsperspektivet är att se till vissa internationella konventionstexter vilka är ämnade att skydda mänskliga rättigheter. Bland annat har Europakonventionens artikel 8 relevans genom dess skydd för privat- och familjeliv. FN:s Barnkonvention innehåller också vissa stadganden av särskild vikt inom ämnet, såsom den uttryckligt omfattande bestämmelsen om beaktande av barnets bästa intresse vid alla åtgärder som rör barn.

Begrundar man vad det egentligen är som hanteras vid surrogatarrangemang, framkommer vissa etiska aspekter som är väsentliga att värdera för att man ska kunna framföra välgrundade argument kring sin inställning. Bland annat bör man i samband med övervägande av lagstiftning inom området reflektera över de involverade parternas motiv till genomförande av arrangemanget. Viktigt är också att adressera det avtalsförhållande som surrogatarrangemang innebär. Finns det omständigheter i förfarandets natur som torde göra sådana avtal ogiltiga oavsett lydelse? Inom denna debatt framkommer bland annat resonemang kring omöjlighet att avtala om mänskliga värden och risk för exploatering som en följd av arrangemangets genomförande, eller till och med ensamt genom dess existens.

Svensk rätt innehåller reglering om reproduktiv teknik men lagstiftningen tillåter inte surrogatarrangemang. Som en grundläggande familjerättslig princip står moderskapspresumtionen; att det är den kvinna som föder ett barn som är att anse som barnets moder. Presumtionen har upprätthållits genom den utveckling av lagstiftningen som skett inom ämnet reproduktionsteknik. Principen har även vidmakthållits vid upptagandet av ett mål i Högsta domstolen där fråga om överensstämmelse mellan genetiskt, socialt och rättsligt föräldraskap aktualiserades.

Den svenska juridiska situationen åsido, förekommer i realiteten på en del håll utomlands utbudande av surrogatarrangemang till paketpris. Att se hur olika hårt hållna utvecklingar inom området kan driva till framväxandet av en sådan marknad, snarare än att hållas på en mer intim och övervakad nivå, kan vara värdefullt vid begrundandet av vilken typ av lagstiftning man finner önskvärd inom ämnet surrogatarrangemang.

Förord

I lätt chocktillstånd konstaterar jag härmed att mina juridikstudier är över, men det är en tillfredsställande känsla att uppleva hur hårt arbete kan ge ett sådant värdefullt resultat. Det är uteslutande med stolthet och glädje jag ser tillbaka på min tid i Lund. Jag har aldrig tvivlat på mitt val av juridik som utbildning och karriärväg och jag ser fram emot att se vart det kan bära mig i framtiden.

Jag vill inledningsvis rikta ett stort tack till professor Eva Ryrstedt, min handledare under detta examensarbete, för mycket värdefulla råd, synpunkter och infallsvinklar.

Ett särskilt tack vill jag också rikta till mina vänner i Lund, ni har gjort varje dag minnesvärd och ni förtjänar all lycka. Tack även till mina småländska vänner för att de vet vad äkta vänskap innebär. Jag är också varmt tacksam för min fina familj som alltid finns där för mig och visar ovillkorligt stöd, ni betyder allt.

En person som på flera sätt har genomgått hela juristutbildningen tillsammans med mig är min Lee. Tack för att du har stått vid min sida genom allt och hjälpt mig hålla balansen. Din ständiga tro på mig har varit mest värdefull av allt.

Lund, juni 2011

Cecilia Rosberg Gustafsson

Förkortningar

Barnkonventionen	Förenta Nationernas konvention om barnets rättigheter, 20 november 1989
(C)	Centerpartiet
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FB	Föräldrabalk (1949:381)
FN	Förenta Nationerna
FN-kommittén	Förenta Nationernas kommitté för barnets rättigheter
(Fp)	Folkpartiet
HD	Högsta domstolen
IVF	In vitro fertilisering
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, Avdelning I
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
Regeringsformen	Regeringsformen (1974:152)
(S)	Socialdemokraterna
SOSFS	Socialstyrelsens författningssamling

SOU

Statens offentliga utredningar

SvJT

Svensk Juristtidning

(V)

Vänsterpartiet

1 Inledning

”Not everyone can do it. It’s like the steelworkers who walk on beams ten floors up; not everyone can do it, not everyone can be a surrogate.”¹

1.1 Syfte och frågeställning

En surrogatmoders huvudsakliga uppgift är densamma oavsett var i världen hon befinner sig, liksom det eftersträvade slutresultatet med ett surrogatarrangemang. I debatten kring surrogatarrangemang, även kallat surrogatmödraskap alternativt surrogatmoderskap, är etiska värderingar den centrala inriktningen. Det är i sig inte särskilt konstigt med tanke på att det är mänskliga värden som blir de huvudsakliga föremålen för förfarandet. Viktigt är emellertid också att surrogatarrangemang samtidigt omfattas av humanjuridikens område. En viktig fråga som ständigt uppkommer i debatten är därför huruvida det är lagligt att utföra ett surrogatarrangemang eller inte. Enligt svensk lagstiftning är det inte tillåtet och oavsett vilka typer av argument som framförs i den svenska debatten formas diskussionen kring att arrangemanget inte får utföras i riket och att ett kringgående av regleringen får juridiska konsekvenser.

Mitt syfte med detta arbete är att granska de resonemang som framförs i diskussionen om surrogatarrangemang, såväl i den allmänna debatten som i debatten rörande lagstiftningsfrågor i ämnet. Är en friare lagstiftning än den nu rådande i Sverige något som är önskvärdt i vårt samhälle? Jag ser rättighetsperspektivet som en intressant utgångspunkt för min egen framställan med fokus på huruvida rättigheter bevaras till en tillfredsställande grad i surrogatsammanhang, i synnerhet då olika subjekts rättigheter kan komma att ställas emot varandra. Vid surrogatarrangemangs genomförande görs dessutom försök av de involverade parterna att bringa klarhet i samverkandet mellan relevanta värden och rättigheter genom att avtalsförhållanden upprättas dem emellan, men vid en balansgång mellan etik och juridik – hur juridiskt bindande kan sådana avtal bli?

Frågeställningen som jag kommer att arbeta utifrån är följande:

- Vad är surrogatmoderskap och vilken lagstiftning är relevant att känna till inom ämnesområdet?
- Vad bör särskilt övervägas i samband med att ett surrogatarrangemang planeras och utförs? Vilka rättigheter och skyldigheter bör belysas och vilka typer av problem kan uppkomma?

¹ Ord från en surrogatmoder vid namn Sally efter utfört arrangemang, se Ragoné, Helena, *Surrogate motherhood – conception in the heart*, Westview press, Boulder, San Francisco och Oxford 1994, s. 65.

- Hur regleras surrogatmoderskap i svensk rätt, vilka resonemang ligger bakom regleringen och vad gäller kring erkännande av utförda arrangemang?
- Vilka rättsliga principer kan utvinnas ur rättsfallet NJA 2006 s. 505?
- Hur ser den internationella förekomsten av surrogatarrangemang ut?

1.2 Metod och material

Mitt val av metod för detta arbete har varit klart för mig sedan jag gjorde mitt ämnesval. För att kunna belysa ämnet ur den synvinkel som jag har haft för avsikt att utreda, har jag behövt använda flera metoder. Till viss del har jag tillämpat den klassiska rättsdogmatiska metoden. I enlighet därmed har jag i min faktaframställan utgått från information i källor med högre juridisk rang, såsom lag- och konventionstext, för att beskriva gällande rätt. Rättsdogmatiken har också använts när jag har sett till andra juridiska källor såsom bland annat lagförarbeten, praxis och statens offentliga utredningar. För att kunna lyfta fram de resonemang som jag har ämnat granska utifrån min frågeställning har jag även sett till juridisk doktrin, såväl i litteratur- som i artikelform, och myndighetsskrivelser inom området. Dessa material har gjort det möjligt för mig att på en högre nivå nå fram till de bakomliggande argumenten för lagstiftningen, och problematiken därkring, vilka inte uttryckligen framkommer av lag eller förarbeten.

Till viss del har jag i arbetet använt mig av moralfilosofiskt och etikinriktat material. Jag ville finna bakgrund till de argument och resonemang som förs i diskussionen om surrogatarrangemang då jag lade fokus på rättighetsperspektivet. För att kunna analysera och dra slutsatser ur rättighetssynpunkt var det med andra ord viktigt för mig att följa upp de etiska argument som jag uppfattade som mest framträdande. Inom detta område var Kutte Jönsson, filosof vid Lunds Universitet, med sin doktorsavhandling² till särskilt stor hjälp. Annat särskilt viktigt material har jag funnit av bland annat Debra Satz, professor vid Stanford University, och Anna Singer, docent i civilrätt.

För att undersöka hur den politiska inställningen ser ut i Sverige idag kontaktade jag samtliga vid tidpunkten sittande riksdagspartier med frågor om partiernas inställning i förhållande till den rådande svenska lagstiftningen om surrogatarrangemang, om vilka resonemang som låg bakom inställningen, samt om det fanns något särskilt som partierna ansåg bör lyftas fram i debatten om surrogatarrangemang. Utav åtta tillfrågade partier besvarade fem min förfrågan.

Min avsikt har varit att i arbetet framställa information om surrogatarrangemang på ett objektiva sätt. Vid tillämpning av klassisk

² Jönsson, Kutte, *Det förbjudna mödrskapet. En moralfilosofisk undersökning av surrogatmödrskap*, Bokbox förlag, Lund 2003

rättsdogmatisk metod är det viktigt att gällande rätt framställs utan påverkan av personliga åsikter. Jag är medveten om att olika åsikter inom ämnet framkommer i det avsnitt som fokuserar på etiska aspekter av surrogatarrangemang och jag har därför försökt att framställa resonemang från olika håll som kan ställas emot varandra. Argumenten har ett viktigt syfte sett utifrån min frågeställning. Alla mina egna synpunkter har dock hållits utanför den deskriptiva delen av arbetet och framförs först i den analytiska delen i det avslutande avsnittet.

Eftersom surrogatarrangemang till stor del är av internationell karaktär ville jag inte begränsa min framställan till enbart en analys av den svenska lagstiftningen inom området. Genom tillämpning av en komparativ metod har jag dessutom fått möjlighet att se effekter av annorlunda lagstiftning i praktiken som ett komplement till illustrationen av följderna av den svenska lagstiftningen. Utan att särskilt gå in på de givna exemplens rättsordningar och rättslägen har jag framfört information hämtad från några av de mest centrala aktörerna på surrogatarrangemangsmarknaden; förmedlingar, kliniker och likartade organisationer. I och med mitt val av fokus på de involverade subjektens rättigheter har det varit mest väsentligt för mig att försöka undersöka hur dessa subjekts rättigheter faktiskt tillvaratas i praktiken. Eftersom några sådana praktiska exempel inte publikt förekommer i Sverige gjorde jag ett urval mellan länder som ofta är förekommande i debatten och vars samhällsförhållanden åtminstone till viss del är olika. De länder vars praktik jag har valt att belysa är Finland, Storbritannien, Tyskland, Frankrike, USA, Ukraina och Indien.

1.3 Disposition och avgränsning

Efter arbetets inledning följer i *andra avsnittet* en framställan av relevanta fakta för det rättighetsperspektiv som jag har valt att inrikta arbetet på. Här belyser jag vissa internationella bestämmelser som bär särskild vikt i sammanhanget, tagna från Europakonventionen och Barnkonventionen. Därefter presenterar jag etiska aspekter av surrogatarrangemang, såsom vilka motiv som kan ligga bakom de involverades medverkan och hur man ur olika synvinklar kan se på det juridiska avtalsförhållande som upprättas mellan de involverade parterna.

I det *tredje avsnittet* inleder jag min framställan om det svenska rättsläget rörande surrogatarrangemang med en redogörelse för det enda svenska rättsfall som belyst ämnet vid dess karaktär, NJA 2006 s. 505. Efter ett referat av detta rättsfall ser jag vidare till vad som finns uttryckt om surrogatarrangemang i svensk lagstiftning. För att i helhet förstå de i sammanhanget relevanta delarna av juridiken upptas även reglering som har haft inverkan på den svenska inställningen till surrogatarrangemang, såsom den bakomliggande principen om moderskap och den genomgående principen om barnets bästa. Särskild vikt läggs även vid regleringen av assisterad befruktning, ett ämne som har naturlig koppling till

surrogatarrangemangets faktiska utförande och i samband med vilken surrogatarrangemang ofta diskuteras. Avsnittet om svensk rätt avslutas med en förklaring av den svenska lagstiftningens följder och konsekvenser samt en blick på ämnets samhällsrelevans idag.

I *avsnitt fyra* uppfylls mitt syfte om att undersöka utländsk praktik av surrogatarrangemang på ett komparativt vis. Jag redogör kort för vissa länders lagstiftning och för hur genomförande av surrogatarrangemang kan se ut där. Med detta inslag i arbetet har jag ämnat nå en djupare analys av rättighetsperspektivet som det ser ut i verklig upplaga.

I arbetets *avsnitt fem* framförs min analys av det som presenterats i den deskriptiva delen. Analysen är uppdelad i olika diskussionsområden med avsikt att såväl besvara de frågeställningar som jag arbetat utefter som andra aspekter av vikt i sammanhanget.

2 Rättighetsperspektivet

2.1 Inledning

Kan man säga att varje person äger rätt att bli förälder? Man kan se det som en negativ rättighet att vara fri att reproducera sig och staten har ingen rätt att exempelvis tvinga en gravid kvinna att göra abort eller att tvångssterilisera någon. Med denna frihet följer dock inte en implikation om en positiv rätt till reproduktion. Staten är med andra ord inte skyldig att erbjuda behandling för att avhjälpa barnlöshet. På så sätt begränsas friheten till reproduktion genom ett rättighetsperspektiv.³

Om man fortsätter på linjen om den ovan nämnda negativa rättigheten att reproducera sig, framkommer det situationer då staten ändå blir inblandad och får en viss maktställning gentemot den som är i behov av vård. Eftersom barnlösa behöver använda samhällsresurser för att få barn, hamnar bevisbördan om behovet hos personerna som individer gentemot myndigheterna. Staten får därmed ett visst övertag över situationen och tillfälle uppkommer för myndigheter att bestämma vem som ska ha möjlighet att få barn.⁴ I kraft finns dock internationella instrument med inriktning på skydd för människors rättigheter, vilka kan agera stöd för individen i dessa slags situationer. Europakonventionen och Barnkonventionen är instrument utav sådant slag.

2.2 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

I sammanhanget surrogatarrangemang är några av Europakonventionens artiklar relevanta att nämna. Artikel 2 EKMR, om rätt till liv, är en utav dem:

”Artikel 2: Rätt till liv

- 1. Envars rätt till liv skall skyddas genom lag. Ingen skall avsiktligt berövas livet utom för att verkställa domstols dom i det fall då han dömts för ett brott som enligt lag är belagt med sådant straff.*
- 2. Ingen skall anses ha berövats livet i strid med denna artikel, när detta är en följd av våld som var absolut nödvändigt*
 - a) för att försvara någon mot olaglig våldsgärning,*
 - b) för att verkställa en laglig arrestering eller för att hindra någon som lagligen är berövad friheten att undkomma,*

³ Jönsson, s. 108.

⁴ Jönsson, s. 108-109.

c) för att i laglig ordning stävja upplopp eller uppror”.⁵

Artikel 12 EKMR är en annan artikel med relevans i och med rättigheten att bilda familj:

”Artikel 12: Rätt att ingå äktenskap

*Giftasvuxna män och kvinnor har rätt att ingå äktenskap och bilda familj i enlighet med de nationella lagar som reglerar utövandet av denna rättighet.”*⁶

Av störst relevans för just ämnet surrogatarrangemang är dock troligtvis artikel 8 EKMR, om rätten till skydd för privat- och familjeliv. När man diskuterar olika metoder för reproduktion uppkommer nämligen ibland frågan om vad som bör anses överensstämma med begreppet familj. Förr skulle man troligtvis säga att äktenskap var den avgörande faktorn för etablering av en familj. Idag verkar den synen vara förändrad och existensen av barn är på väg att bli ersättningen. Oavsett vad definitionen är, finns reglering ämnad att skydda familjen från ingrepp från det offentliga. Enligt Regeringsformen⁷ ska den enskildes privat- och familjeliv värnas om och respekteras.⁸ Europakonventionens artikel 8 innehåller en bestämmelse av samma art:

”Artikel 8: Rätt till skydd för privat- och familjeliv

1. Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.”⁹

Det går enligt Europadomstolen inte att utforma någon uttömmande definition av begreppet ”privatliv”, som används i artikel 8 EKMR. Vissa aspekter kan dock fastställas som innefattade i begreppet. Brett formulerat inkluderar rätten till privatliv rätt för någon att skapa relationer med andra personer och med omvärlden. Exempel på relationer som faller utanför omfattningen av begreppet familjeliv, men som utgör aspekter av privatliv och därför torde omfattas av skyddet som artikel 8 EKMR ger, är relationen mellan fosterföräldrar och fosterbarn, förhållanden mellan personer som inte är gifta med varandra och relationen mellan homosexuella personer i ett förhållande. En persons sexualitet är att se som del av dennes privatliv.¹⁰

⁵ Europakonventionen, artikel 2.

⁶ Europakonventionen, artikel 12.

⁷ Regeringsformen (1974:152) 1:2 3 st.

⁸ Johanna Schiratzki, *Barnrättens grunder*, Studentlitteratur, Lund 2002, s. 48.

⁹ Europakonventionen, artikel 8.

¹⁰ Ursula Kilkelly, *The right to respect for private and family life – A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks No. 1, Council of Europe 2001, s. 11.

Vad det gäller ”familjeliv” är det, som ovan nämnts, ett dynamiskt begrepp som under tid stadigt utvecklas utifrån såväl sociala som rättsliga aspekter. Europadomstolen måste därför inta ett flexibelt förhållningssätt vid tillämpning av bestämmelsen då begreppet familjeliv ska tolkas. Det kan inledningsvis förklaras att begreppets betydelse i tillämpningen av artikel 8 EKMR inte innefattar rätten att etablera en familj, såsom rätt att ingå äktenskap eller möjligheten att skaffa barn. Dessa rättigheter skyddas istället av artikel 12.¹¹

När Europadomstolen ska tolka begreppet ”familjeliv” görs en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet med fokus på huruvida det finns några nära personliga band mellan parterna. Mellan barn och dess mödrar finns enligt praxis¹² alltid en sådan relation som medför skydd för rätt till familjeliv enligt artikel 8 EKMR. Denna presumtion appliceras även automatiskt på relationen mellan barnet och annan förälder, såsom i fall av adoption.¹³ En *potentiell* familjerelation ska enligt ett av Europadomstolens avgjorda mål från 1994 också skyddas av bestämmelsen.¹⁴ Kärandens dotter hade i det fallet adopterats bort av modern utan kärandens kännedom och medgivande. Enligt irländsk lag var en sådan hemlig adoption tillåten om barnets föräldrar inte var gifta med varandra. Käranden yrkade vid Europadomstolen bland annat om brott mot fäders rätt till respekt för privat- och familjeliv enligt artikel 8 EKMR.¹⁵ Domstolen ansåg att Irland hade nekat käranden denna rätt och uttalade att familjeanknytning mellan barn och förälder föreligger även i fall då barnets föräldrar, vid barnets födelse, inte längre bor tillsammans eller om deras förhållande då har avslutats. Domstolen ansåg att de genetiska band som förelåg mellan far och dotter utgjorde möjlighet för dem att uppnå ett familjeliv tillsammans, en möjlighet vilken dock omöjliggjordes i och med den genomförda adoptionen.¹⁶

Frågan kan ställas om huruvida genetisk anknytning mellan personer är tillräckligt för tillämpning av skydd för familjeliv. Enligt Europadomstolens praxis¹⁷ är förhållandet mellan en spermadonator och det avlade barnet normalt inte att se som en sådan relation varvid skyddet aktualiseras, såvida det inte finns tillräckliga bevis för en personlig relation mellan dem som komplement till den genetiska kopplingen. Familjeanknytning kan dock existera utan att det finns några genetiska band.¹⁸ Vid aktualisering av mål rörande andra typer av relationer beslutar domstolen om tolkning av

¹¹ Kilkelly, s. 15-16.

¹² Marckx v. Belgium, Appl. No. 6833/74 judgment of 13 June 1979, se även Kilkelly s 16.

¹³ Söderbäck v. Sweden, Appl. No. 24484/97 judgment of 28 October 1998, se även Kilkelly s. 17.

¹⁴ Keegan v. Ireland, Appl. No. 16969/90, judgment of 19 April 1994.

¹⁵ Keegan v. Ireland, para. 31.

¹⁶ Keegan v. Ireland, para. 43-45.

¹⁷ G v. the Netherlands, Appl. No 16944/90, judgment of 8 February 1993, se även Kilkelly s. 18.

¹⁸ X, Y & Z v. the United Kingdom, Appl. No. 21830/93, judgment of 22 April 1997, se även Kilkelly s. 17.

begreppet ”familjeliv” utifrån de enskilda rådande omständigheterna. Domstolen har ännu inte prövat huruvida begreppet är tillämpligt för samkönade förhållanden, utan det kan vara så att skyddet av artikel 8 EKMR i sådant fall enbart baseras på rätten till privatliv.¹⁹

2.3 FN:s konvention om barnets rättigheter

FN:s konvention om barnets rättigheter, den så kallade Barnkonventionen, antogs den 20 november 1989. Efter långa förhandlingar var alla anslutande regeringar överens och inom två år efter antagandet hade majoriteten av världens stater ratificerat konventionen, innebärande juridisk bundenhet att följa dess bestämmelser. År 2005 var det bara USA och Somalia av världens stater som saknades bland de anslutna,²⁰ och så är det än idag.²¹ De anslutna staternas regeringar är ansvariga för att de stiftade rättigheterna respekteras inom landet. Samtidigt är konventionen en traktat och därmed en internationell angelägenhet.²²

Konventionen ger en universell definition av barns rättigheter som ska gälla för barn över hela världen och oavsett vilken kultur, religion eller andra särdrag som de lever med. Idén om barns rättigheter framhåller att det finns vissa grundläggande behov hos barn som de har rätt att få tillgodosedda av samhället. Barn har också rätt att skyddas mot utnyttjande och diskriminering, att bli respekterade och att få uttrycka sin mening. Såväl ekonomiska, kulturella och sociala, som medborgerliga och politiska rättigheter innefattas av konventionens bestämmelser.²³

Granskning av konventionsstaternas framsteg rörande förverkligandet av konventionen bedrivs av FN:s kommitté för barnets rättigheter men det finns inga möjligheter till straffåtgärder att tillämpa då Barnkonventionens bestämmelser inte åtlöds.²⁴ Avsikten har nämligen inte varit att regeringar eller kulturer ska pekats ut som skyldiga, utan att rekommendationer, synpunkter och förslag ska delas mellan stater för att förbättringar för barn ska kunna genomföras.²⁵ En stat kan dock moraliskt ställas till svars om den inte efterlever konventionen.²⁶

¹⁹ Kilkelly, s. 17-18.

²⁰ Utrikesdepartementet, *Mänskliga rättigheter – konventionen om barnets rättigheter*, Stockholm 2006, s. 6-8.

²¹ http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/pod/?id=9&module_instance=3&action=pod_show&, hämtad 2011-04-13, senast uppdaterad 2010-12-17.

²² Utrikesdepartementet, s. 6-8.

²³ Utrikesdepartementet, s. 6-7.

²⁴ Schiratzki, s. 29.

²⁵ SOU 1997:116 *Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige*, s. 131.

²⁶ Utrikesdepartementet, s. 6.

Barnkonventionen innehåller fyra huvudprinciper:²⁷

- att alla barn har samma rättigheter och lika värde (artikel 2)
- att barnets bästa ska beaktas vid alla beslut (artikel 3)
- att alla barn har rätt till liv och utveckling (artikel 6), samt
- att alla barn har rätt att säga sin mening och få den respekterad (artikel 12).

En särskilt viktig bestämmelse av dessa fyra huvudprinciper är den om barnets fulla och lika människovärde, vilken utgör konventionens grundtanke.²⁸ Det finns även ett värde i att ge principen om barnets bästa särskilt utrymme då man talar om Barnkonventionen. Principen utgör inte bara en av konventionens grundpelare, den är också unik i sin utformning i jämförelse med andra internationella dokument. Skillnaden ligger i principens bredd, att barnets bästa enligt konventionen ska komma i främsta rummet vid *alla* åtgärder som rör barn, inom alla samhällsområden.²⁹

”1. Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.

2. Konventionsstaterna åtar sig att tillförsäkra barnet sådant skydd och sådan omvårdnad som behövs för dess välfärd, med hänsyn tagen till de rättigheter och skyldigheter som tillkommer dess föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer som har lagligt ansvar för barnet, och skall för detta ändamål vidta alla lämpliga lagstiftnings- och administrativa åtgärder.

3. Konventionsstaterna skall säkerställa att institutioner, tjänster och inrättningar som ansvarar för vård eller skydd av barn uppfyller av behöriga myndigheter fastställda normer, särskilt vad gäller säkerhet, hälsa, personalens antal, och lämplighet samt behörig tillsyn.”³⁰

Enligt textens utformning ska barnets bästa komma i främsta rummet men principen ska inte tolkas så att barnets intresse alltid ska väga tyngre än alla andras intressen. I originalversionen av Barnkonventionen formuleras nämligen ”i främsta rummet”, i första delen av artikel, annorlunda: ”...shall be a primary consideration”.³¹ Barnets bästa ska med andra ord vara en viktig princip snarare än *den* viktigaste principen. Konventionens originalversion skiljer sig i denna textformulering dels från den svenska versionen, dels från andra dokument som FN upprättat där barnets bästa slås fast som *den* avgörande principen. Vad konventionens artikel 3, enligt tolkning av originalversionen, sammanfattningsvis uttrycker är att då

²⁷ Utrikesdepartementet, s. 10.

²⁸ Utrikesdepartementet, s. 10-11, med hänvisning till Barnkonventionen artikel 2.

²⁹ SOU 1997:116 s. 125-127.

³⁰ Barnkonventionen artikel 3.

³¹ Utrikesdepartementet, s. 11.

åtgärder vidtas som rör barn ska en avvägning göras mellan barnets bästa och andra intressen.³²

Barnkonventionens artikel 3 är åsyftad att i första hand tillämpas av det offentliga väsendet, för åtgärder som vidtas inom det rättsliga området. Som ovan nämnts är konventionen rättsligt bindande för den anslutne staten och inte direkt för den enskilde personen. Artikel 18 berör dock enskildas handlande i och med bestämmelsen om att barnets bästa även ska komma i främsta rummet för barnets föräldrar:³³

- ”1. Konventionsstaterna skall göra sitt bästa för att säkerställa erkännandet av principen att båda föräldrarna har gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling. Föräldrar eller, i förekommande fall, vårdnadshavare har huvudansvaret för barnets uppfostran och utveckling. Barnets bästa skall för dem komma i främsta rummet.*
- 2. För att garantera och främja de rättigheter som anges i denna konvention skall konventionsstaterna ge lämpligt bistånd till föräldrar och vårdnadshavare då de fullgör sitt ansvar för barnets uppfostran och skall säkerställa utvecklingen av institutioner, inrättningar och tjänster för vård av barn.*
- 3. Konventionsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att barn till förvärvsarbetande föräldrar har rätt att åtnjuta den barnomsorg som de är berättigade till.”³⁴*

Barnets bästa ska inte tolkas som ett oföränderligt begrepp utan är någonting som varierar över tid och mellan samhällen med olika sociala och kulturella värderingar. Samtidigt varierar begreppet också mellan barn som skilda individer.³⁵ FN-kommittén har inte fört någon diskussion kring hur principen om barnets bästa ska bedömas generellt och det har inte fastslagits några särskilda kriterier för sådan bedömning. Dock har uttalats att det är viktigt att konventionen ses som en helhet och då särskilt att relationen mellan de fyra huvudprinciperna³⁶ bevaras. Ställd i relation till de övriga grundläggande principerna ska principen om barnets bästa med andra ord bedömas med särskild hänsyn till icke-diskriminering, barnets rätt till utveckling och barnets rätt att få komma till tals.³⁷

Vidare finns i Barnkonventionen en bestämmelse om rätt för barnet till namn och nationalitet, samt att så långt som möjligt få reda på vilka dennes föräldrar är, enligt artikel 7:

³² Schiratzki, s. 27-28.

³³ Schiratzki, s. 28.

³⁴ Barnkonventionen artikel 18.

³⁵ SOU 1997:116 s. 130-131.

³⁶ Barnkonventionens artiklar 2, 3, 6 och 12.

³⁷ SOU 1997:116 s. 133-134.

”1. Barnet skall registreras omedelbart efter födelsen och skall ha rätt från födelsen till ett namn, rätt att förvärva ett medborgarskap och så långt det är möjligt, rätt att få vetskap om sina föräldrar och bli omvårdad av dem.

2. Konventionsstaterna skall säkerställa genomförandet av dessa rättigheter i enlighet med sin nationella lagstiftning och sina åtaganden enligt tillämpliga internationella instrument på detta område, särskilt i de fall då barnet annars skulle vara statslöst.”³⁸

Vid inrättandet av bestämmelsen var begreppet *föräldrar* inte lika tvetydligt som det kan vara idag. Med hänsyn till att barn kan tillkomma genom assisterad befruktning torde definitionen idag vara att begreppet inkluderar såväl genetiska föräldrar som en kvinna som föder ett barn utan att ha genetisk koppling till barnet, samt dennes partner om denne har lämnat samtycke till befruktningen. Dessutom kan med *föräldrar* åsyftas ett barns psykologiska föräldrar; de som har tagit hand om barnet under en betydande period av barnets barndom och vilka barnet har ett känslomässigt band till genom sitt identitetsskydd enligt konventionens artikel 8.³⁹

Med ordalydelsen *”...så långt det är möjligt...”* i första delen av artikel 7 menas att det finns en gräns för när föräldrarnas identitet behöver utlämnas till barnet. Det kan vara situationer då ett barns föräldrar inte kan identifieras eller om den biologiska modern vägrar berätta vem barnets far är. I vissa sådana situationer bör staten hjälpa barnet att identifiera föräldrarna. Om det dock rör sig om en situation då adoptionslagar begränsar barnets möjligheter till att få veta föräldrarnas identitet kan det vara lämpligt att staten respekterar denna reglering. En del stater menar nämligen att tillåtandet av hemliga adoptioner är nödvändigt för att säkerställa att adoptionsinstitutet tillämpas korrekt.⁴⁰

Principen om barnets bästa i förhållande till den ovan nämnda begränsningen av barnets rättigheter bör tolkas så, att om ett barn kan fara illa av att veta föräldrarnas identitet, så kan denna information hållas från barnet. Begränsningen ska dock tillämpas enbart i extrema och otvetydiga situationer och det bör inte hindra barnet från att i framtiden få del av informationen.⁴¹

Enligt en annan av Barnkonventionens bestämmelser, artikel 9, har barnet rätt att inte skiljas från sina föräldrar. Denna regel ska tolkas så att separationen inte får ske såvida det inte är nödvändigt sett utifrån barnets bästa och proceduren sker på rättvist sätt.⁴²

³⁸ Barnkonventionen artikel 7.

³⁹ Hodgkin, R, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, New York 1998, s. 105-106.

⁴⁰ Hodgkin, s. 106-107.

⁴¹ Hodgkin, s. 107.

⁴² Hodgkin, s. 121.

Vidare regleras i Barnkonventionens artikel 20 alternativt vårdnad om ett barn då denne tillfälligt eller varaktigt har berövats sin familjemiljö eller, sett utifrån barnets bästa, inte kan tillåtas stanna kvar i miljön. Ett sätt att bistå med skydd kan vara att ge barnet en ny familj genom adoption. Om sådan åtgärd vidtas ska lämplig hänsyn tas till att behålla kontinuiteten i barnets uppfostran och dennes kulturella, språkliga, etniska och religiösa bakgrund. Enligt nästföljande bestämmelse, artikel 21, ska främst barnets bästa beaktas vid adoption. Behöriga myndigheter ska godkänna adoptionen och de personer som berörs ska ge sitt fulla samtycke till arrangemanget. Samma garantier ska säkerställas för barnet vid en internationell adoption som gäller vid nationell adoption och staterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att adoptionen inte leder till otillbörlig vinst för någon deltagande part.⁴³

2.4 Den etiska sidan av surrogatarrangemang

2.4.1 Inledning

I samband med ett lagstiftningsförslag om behandling av ofrivillig barnlöshet som utarbetades av den svenska regeringen under början av 2000-talet⁴⁴ uttalades att surrogatmoderskap inte är etiskt försvarbart och därför inte borde tillåtas enligt svensk rätt. Regeringen yttrande att det kan uppkomma svåra problem i samband med genomförande av surrogatarrangemang, såsom att surrogatmodern ändrar uppfattning om att "låna ut" sin livmoder sedan graviditeten har inletts. Vid uppkomst av konflikt mellan de parter som är inblandade i arrangemanget skulle barnet oundvikligen dras in och påverkas.⁴⁵ Då lagstiftningen inom detta område går hand i hand med etisk-moraliska värderingar finns det anledning att se närmare på förekommande resonemang av detta slag.

2.4.2 Terminologi

Det finns än idag inte någon särskilt omfattande mängd svenskt textmaterial om surrogatarrangemang.⁴⁶ Några av de termer som förekommer i framställt material kan dock vara nödvändiga att reda ut för att tydligt visa vad denna typ av reproduktiva praktik innebär.

Till att börja med bör skillnaden mellan moderskap och mödraskap förtydligas. Skillnaden har bland annat diskuterats⁴⁷ ur filosofisk synvinkel varvid moderskap, såsom då man talar om modrande, syftar till det som

⁴³Schiratzki, s. 65-66.

⁴⁴ Prop. 2001/02:89 *Behandling av ofrivillig barnlöshet*.

⁴⁵ Prop. 2001/02:89 s. 55.

⁴⁶ Jönsson, s. 14.

⁴⁷ Av Kutte Jönsson med hänvisning till Ulla M. Holm (Se Jönsson, s. 14 - 15).

kvinnor gör när de tar hand om ett barn medan mödraskap, med hänvisning till mödrande, snarare avser de biologiska aspekter som krävs för att ett barn ska behålla livet. Vid användning av termen *surrogatmödraskap* kan det alltså tolkas så att man snarare åsyftar själva frambärandet av ett barn än den avsägelse av föräldrarättigheter som en *surrogatmoder* gör.⁴⁸

Ordet *surrogat* i sammanhanget går också att klarlägga. Ordets synonymer utgörs av bland annat ”substitut” och ”ersättning”. Metoder innebärande att ett foster kan utvecklas utanför en kvinnas kropp, så kallat ektogenes, är inte genomförbart idag. Samtidigt är det snarare en surrogatmoders livmoder som utgör själva ”ersättningen” vid ett surrogatarrangemang än kvinnan själv som moder och förälder. Man kan utifrån det nu anförda säga att surrogatmödraskap är beroende av en surrogatmoder. Huruvida det är lämpligt att använda ordet surrogat i sammanhanget kan mot denna bakgrund diskuteras och vissa teoretiker anser att man bör formulera praktiken annorlunda, exempelvis som ”kontrakterande havandeskap”.⁴⁹

Det finns olika former av surrogatmoderskap. *Partiellt surrogatmödraskap* innebär att det är surrogatmoderns ägg som befruktas och surrogatmodern bär fram barnet åt någon eller några andra. Surrogatmodern är alltså äggdonator och insemination brukas för befruktning. I egenskap av donator och frambärande mor blir surrogatmodern vid partiellt surrogatmödraskap både *biologisk* och *genetisk mor*. Den kvinna som tar emot barnet efter förlossningen i surrogatmoderns ställe blir barnets adoptivmor.⁵⁰

Vid *fullständigt surrogatmödraskap* genomgår surrogatmodern befruktning utanför kroppen⁵¹ med genetiskt material från det par som ska ta emot barnet efter förlossningen eller från donatorer. Själv har surrogatmodern ingen genetisk koppling till barnet. Eftersom hon bär fram och föder barnet blir hon dock barnets *biologiska mor*.⁵²

2.4.3 Motiv för surrogatarrangemang

Det typiska föräldraparet till ett barn fött genom surrogatarrangemang är en man och en kvinna som är barnlösa på grund av kvinnans infertilitet. Förr fanns det bara ett alternativ för dessa par att få barn - adoption. Adoptionsinstitutet har dock förändrats mycket och det ställs idag mycket högre krav på den som önskar att bli förälder. Dessutom kan olika motiv finnas till att personer finner surrogatarrangemang intressant och lockande, även om möjlighet till andra lösningar såsom adoption finns.⁵³ Man kan dela

⁴⁸ Jönsson, s. 14-15.

⁴⁹ Jönsson, s. 15.

⁵⁰ Jönsson, s. 16.

⁵¹ IVF-behandling (in vitro-fertilisering) eller provrörsbefruktning.

⁵² Jönsson, s. 16.

⁵³ Field, Martha, *Surrogate Motherhood*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts och London, England 1988, s. 5-6.

upp vanliga motiv för beställare av barn som ska födas genom surrogatmödraskap i två huvudled; medicinska skäl och praktiska skäl.⁵⁴

Det huvudsakliga medicinska skälet är troligtvis detsamma vid surrogatarrangemang som vid tillämpning av andra metoder för att avhjälpa infertilitet; att man önskar genetisk koppling till barnet. Värdet av genetisk koppling mellan barn och förälder är en fråga och diskussion i sig men klart är att metoder som kan ge biologiska och genetiska barn särskilt värdesätts av barnlösa. Av synnerlig betydelse är metoden surrogatarrangemang om det finns risk för överföring av sjukdomsanlag till barnet från någon av, eller båda, de önskande föräldrarna. Barnlöshet kan också bero på en förälders särskilda medicinska tillstånd, såsom att en kvinna som önskar att bli mor saknar livmoder eller att kvinnans hälsa allvarligt skulle äventyras om hon genomförde en graviditet.⁵⁵

Bredvid rent medicinska skäl finns även olika typer av praktiska motiv bakom nyttjande av surrogatmödraskap. Dessa typer av motiv bemöts ofta med större motvilja än de medicinska skälen. Ett framstående motiv som kan framföras här är att barnlöshet beror på sexuell identitet. Homosexuella par har enligt svensk rätt möjlighet att adoptera barn⁵⁶ men det kan finnas svårigheter att i praktiken få till stånd en sådan adoption, om landet i vilket barnet har fötts inte tillåter homosexuella att adoptera. Detsamma kan gälla för ensamstående och personer som nått en viss ålder.⁵⁷

Yrkesbaserade skäl för surrogatarrangemang är ett annat exempel på praktiska motiv. På grund av den rådande könsmaktordningen i samhället, kombinerat med det biologiska faktum att enbart kvinnor kan bära fram barn, förväntas kvinnor i en högre grad sörja för barn. Detta motiv framstår som ett jämställdhetsargument då man i sammanhanget skulle kunna kalla barn för en "kvinnofälla" men inte på samma sätt för "mansfälla".⁵⁸

Ett annat yrkesbaserat motiv kan framkomma för kvinnor som har ett yrke vilket kräver viss fysiologisk skärpa, såsom elitidrottare. En graviditet skulle kunna innebära ett avbrott i karriären, eventuellt medförande en stor tillbakagång. En elitidrottarens karriär är ofta kort och den mest framgångsrika perioden infaller troligtvis under den del av livet då en kvinnas möjlighet till reproduktion är som starkast. Detta kan medföra att en kvinnlig elitidrottare ställs inför ett val på ett annat sätt än vad en manlig elitidrottare gör. Även om detta exempel kanske inte är särskilt representativt i verkligheten kan paralleller dras mellan detta och andra karriärmöjligheter för kvinnor.⁵⁹

⁵⁴ Jönsson, s. 17.

⁵⁵ Jönsson, s. 17-18.

⁵⁶ Sedan februari 2003, se prop. 2001/02:123 *Partnerskap och adoption*.

⁵⁷ Jönsson, s. 19.

⁵⁸ Jönsson, s. 19-20.

⁵⁹ Jönsson, s. 20-21.

Ett annat praktiskt motiv som kan vara värt att nämna är estetiska skäl. En graviditet förändrar en kvinnas kropp och det finns kvinnor som på grund av oro över sådana förändringar ställer sig tveksamma till att genomföra en graviditet. Diskussion kan föras kring detta motivs styrka men det kan likväl utgöra den ensamma anledningen till att någon önskar att genomföra, eller rent av genomföra, ett surrogatarrangemang och värderingen utav detta skäl kan därför hållas utanför denna framställan.⁶⁰

Det är en sak att tala om varför någon ser på surrogatarrangemang som ett lämpligt medel för att få barn, en annan sak att tala om de som gör surrogatarrangemang möjliga; surrogatmödrar. Varför går vissa kvinnor med på att bära fram ett barn åt någon annan?

Även surrogatmödrars motiv till att genomgå arrangemanget kan delas upp i olika huvudled. Å ena sidan kan det bero på altruistiska motiv, innebärande att kvinnan genomför surrogatmödrskapet utan att det ligger några ekonomiska vinstsyften bakom, å andra sidan förekommer även kommersiella motiv. Om den huvudsakliga anledningen till att en kvinna ställer upp som surrogatmoder är på grund av det ekonomiska vederlag som hon har att vänta i utbyte mot tjänsten är hennes motiv att ses som kommersiellt. Den ekonomiska ersättning som en surrogatmoder kan mottaga kan dock vara av olika stor innebörd för henne som person. Medan en del surrogatmödrar erhåller ersättning som kan ses som en bonus utöver täckandet av nödvändiga kostnader, erhåller en del enbart ersättning för kostnader som är direkt kopplade till den inledande inseminationen eller IVF-behandlingen.⁶¹

Motivet för en kvinna att ställa upp som altruistisk surrogatmoder kan variera. Kanske är hon släkt eller vän till den barnlöse och vill hjälpa till, kanske finns skuld känslor över en tidigare utförd abort eller liknande, kanske söker hon kärlek och acceptans av omgivningen, eller kanske är hon helt enkelt en medkännande och generös person. Många kvinnor som ställer upp som surrogatmödrar säger sig tycka väldigt mycket om att vara gravida men är ovilliga att ta hand om och försörja fler barn.⁶²

Det har emellertid vid undersökningar visats att även bland de surrogatmödrar som före arrangemangets inledning motiverade sitt deltagande med att de hade enkla graviditeter, har det troligtvis inte varit det mest framstående skälet. Surrogatmödrar kan nämligen bland annat ha upplevt problem med att bli gravida trots fertilitetsmediciner och syntetiska hormoner. Det är inte ovanligt med missfall och ibland förekommer svåra förlossningar där såväl surrogatmoderns som barnets liv utsätts för risk. Det finns dessutom risk för att surrogatmodern känner ett misslyckande om arrangemanget inte går riktigt som det varit tänkt. Detta kan, enligt yrkesverksamma, dock sporra kvinnan till att försöka igen och anstränga sig extra för att maximera chansen att föda ett friskt barn åt det beställande

⁶⁰ Jönsson, s. 21.

⁶¹ Jönsson, s. 22-24.

⁶² Field, s. 20.

paret. Det verkar med andra ord som att en del surrogatmodrar ger uppgiften som de tagit på sig företräde framför den egna hälsan. Anledningen till att uppgiften ges sådan vikt kan vara att vissa kvinnor inte känner att de gör lika stora insatser i sina vardagliga liv som när de agerar surrogatmodrar. Redan från den första kontakten med exempelvis en förmedling får kvinnan känna sig speciell och viktig. Antagningen till att faktiskt få bli surrogatmoder genom en förmedling kan vara svår och om en kvinna tar sig igenom urvalet framför andra kandidater kan det öka hennes självförtroende desto mer och kvinnan kanske får en känsla av att uppgiften är den rätta för henne på grund av detta smicker.⁶³ Med detta sagt bär surrogatarrangemangsförmedlingar viss makt i förhållande till surrogatmodern, såväl som maktförhållande även kan finnas gentemot den som önskar att få barnet. Denna diskussion återkommer jag till senare i arbetet.⁶⁴

Att surrogatmodern får känna sig speciell och ”gjord för uppgiften” i inledningsskedet har redan nämnts. När hon blir antagen till att utföra uppgiften av en förmedling får hon ingå i ett program där processen mot ett barn genomförs. Kvinnans liv kan i och med detta förändras markant. Hon kan genom andra som är involverade i programmet finna många nya kontakter som kan vara henne till stor nytta i livet. Det är också mycket som händer kring just graviditeten; läkarbesök, viktiga telefonsamtal och möten med, och eventuella resor till, de blivande föräldrarna för att de ska hålla sig uppdaterade. Kvinnan och hennes familj kan samtidigt även erhålla andra slags förmåner från de tacksamma beställarna. Om en av beställarna exempelvis är mäklare eller jurist kan det medföra förbättring av hennes situation på olika sätt. Surrogatmoderns liv kan också bli mer publikt och hon kan få en djupare känsla av att hon har en ytterligare viktig uppgift i livet, förutom att försörja sin egen familj. Dessa effekter verkar förstås godartade.⁶⁵ Det har dock enligt undersökningar framkommit att surrogatmodern kan känna viss besvikelse efter att barnet har fötts. Då är beställarna fullt upptagna med att vara föräldrar och surrogatmodern får återgå till att vara den hon var före uppståndelsen. Eventuell utlovad fortsatt kontakt och uppdatering om barnet behöver inte heller bli som surrogatmodern har tänkt sig. De nyblivna föräldrarna kan exempelvis ha ändrat uppfattning om att skicka bilder till surrogatmodern, om de befarar att hon kommer att ångra att hon lämnat bort barnet och vill hämta tillbaka det.⁶⁶

⁶³ Ragoné, s. 62-63.

⁶⁴ Field, s. 21.

⁶⁵ Ragoné, s. 64-65.

⁶⁶ Ragoné, s. 80.

2.4.4 Att avtala om moderskap

2.4.4.1 Inledning

Oavsett vilka motiv som ligger bakom ett surrogatarrangemang så är surrogatmoderns uppoffring densamma. Av henne krävs, beroende på om surrogatmödrskapet är partiellt eller fullständigt, först befruktning, insemination eller IVF-behandling och sedan en nio månaders graviditet och en förlossning.⁶⁷

I samband med att ett surrogatarrangemang inleds kan de inblandade parterna upprätta avtal rörande de förpliktelser som ska följa av arrangemanget. Med tanke på förhållandets speciella karaktär finns det dock många frågor som kanske inte är så enkla att avtala om. Finns det omständigheter som till och med kan göra ett surrogatarrangemangsavtals giltighet tveksam?

2.4.4.2 Relationen mellan mor och barn

I diskussioner om surrogatarrangemang framkommer ibland farhågor om att synen på moderskap kan komma att skadas av detta slags avtalade föräldraskap. Det talas om särskilda band mellan mor och foster och att om man varufierar reproduktion kan synen på dessa relationer degraderas.⁶⁸

Vissa kritiker⁶⁹ av surrogatarrangemang framhåller att relationen mellan mor och foster inte enbart är fysisk. En graviditet är en lång process vilken modern och fostret genomgår tillsammans. Inte minst upplever de förlossningen tillsammans. Under denna gemensamma tid bildas enligt vissa ett naturligt band mellan mor och barn som är att se som en utveckling mot den relation som de är menade att få efter barnets födsel. Ett avtalat surrogatmödrskap skulle enligt förespråkarna för detta slags naturliga band innebära att den gravida kvinnan enbart är att se som en "miljö". Innebär detta att moderskapet numera är att efterlikna faders bidrag till fortplantningen, dvs. att såväl moderskap som faderskap rent tekniskt konstitueras enbart av donation av genetiskt material?⁷⁰

Abort är relevant att diskutera då man talar om relationen mellan mor och foster. Ett dilemma kan uttolkas om man förespråkar abort, dvs. innebärande rätt att ta livet av det foster man bär på, men inte rätten att avtala om det genom exempelvis surrogatarrangemang. Försvare av denna inställning

⁶⁷ Jönsson, s. 22.

⁶⁸ Debra Satz, "Markets in Women's Reproductive Labor" *Philosophy & Public Affairs*, vol 21, 1992:2 s. 116.

⁶⁹ Enligt Debra Satz (se Satz, s. 116).

⁷⁰ Satz, s. 116-117.

kan påstå att de naturliga banden mellan mor och foster inte uppkommer förrän senare under graviditeten. Dock förekommer det kvinnor som inte alls känner några band till sina foster, inte ens till dem som bebisar då de föds. Dessutom är det svårt att sätta ord på vilka känslor som graviditeter *normalt* sett involverar.⁷¹ Vanligt förekommande vid surrogatarrangemang är att kvinnan som har ställt upp som surrogatmoder menar att hon inte känner någon koppling till barnet eftersom det inte är hennes. Samtidigt som många surrogatmödrar hårt håller på rätten till självbestämmande över sin egen kropp, verkar de alltså inte alls lägga samma vikt vid sin egen rätt att vara bestämmande över barnet.⁷²

2.4.4.3 Barnets intressen

Ett argument som ställs emot surrogatarrangemang är att det inte beaktar barnets intressen och därför inte borde vara tillåtet. Utan att vidare gå in på vad som utgör ett barns bästa intresse kan här framföras en diskussion kring detta argument.⁷³

Barn är beroende av föräldrar och sårbara i samhället. Om det skulle visas att barn tar skada av ett kontrakterat förhållande, såsom vid surrogatarrangemang, så måste särskild vikt läggas vid det när legalisering av sådana förhållanden övervägs. Barnets intressen måste också beaktas vid andra jämförbara förhållanden innebärande att barnets band med föräldrarna kan ta skada, såsom vid skilsmässa eller adoption. Dessa senare omständigheter är dock ingenting som samhället önskar ett förbud emot. Det finns inte heller någonting som säger att ett barn alltid har det bättre hos sina biologiska föräldrar, varför argument om barnets intresse av att inte omhändertas av tänkta föräldrar inom ett surrogatarrangemang ifrågasätts.⁷⁴

När man talar om barnets bästa i sammanhanget surrogatarrangemang kan det finnas värde i att jämföra med vad som ses som barnets bästa i analoga situationer. Vid adoption är det visserligen fråga om placering av ett redan fött barn och barnets mor har inte redan före skapandet av barnet av sagt sina föräldrarättigheter, men just vad det gäller barnets intresse kan adoptionsinstitutet vara intressant att se till. Å ena sidan råder ingen tvekan om att ett barn kan gynnas av att adopteras bort av sina biologiska föräldrar. Ofta är alternativet att växa upp på barnhem utan några föräldrar alls. Adoptivföräldrarna har i sin tur ofta längtat mycket länge efter att få barn och har själva ett intresse av att barnets uppväxt ska präglas av kärlek, omtanke och trygghet. Det faktum att föräldrarna måste genomgå en ingående kontroll av deras möjligheter att försörja och omvårda ett barn är också till fördel för adoptivbarnet. Å andra sidan är det förstås ingen ultimata situation för de biologiska föräldrarna som kanske inte har haft något val utom att adoptera bort sitt barn. Barnet själv kan i uppväxten också ställas

⁷¹ Satz, s. 117-118.

⁷² Ragoné, s. 75.

⁷³ Satz, s. 121 – 122.

⁷⁴ Satz, s. 121 – 122.

inför existentiella frågor om dess biologiska ursprung. Detta kan innebära en svår situation för honom eller henne. Vid surrogatarrangemang skulle samma existentiella frågor kunna uppkomma för barnet men, såsom ett barn har rätt att få kunskap om sitt genetiska ursprung vid donatorinsemination, skulle barnet likväl kunna ha sådan rätt vid surrogatarrangemang för att minska risken för negativa effekter.⁷⁵

Samtidigt som resonemanget kring barnets intresse är ett av de starkaste i fråga om surrogatarrangemang är det svårt att finna tydliga grunder för det. Det finns nämligen väldigt lite utredningsmaterial rörande effekter för genom surrogatarrangemang födda barn, vilket bland annat beror på anonymitetsskydd för barnen. Med detta sagt bör man vara försiktig innan man drar slutsatser om barns bästa intresse, och vilken vikt det bör tilläggas, i samband med en diskussion om surrogatarrangemang eller liknande metoder mot barnlöshet.⁷⁶

2.4.4.4 Exploatering och handelsresonemang

Exploateringsargumentet är ett av de argument som vanligtvis framkommer emot surrogatarrangemang. Två särskilda inställningar kring exploatering kan uttolkas ur detta argument. Dels framförs att surrogatmödraskap är exploaterande i sig, dels att det är de socioekonomiska omständigheterna kring surrogatmödraskapet som gör det till exploaterande.⁷⁷

Enligt definitionen innebär exploatera att: *”ta i anspråk (och bearbeta); (med negativ bibetydelse) hänsynslöst utnyttja”*.⁷⁸

När någon tänker på surrogatarrangemang som exploaterande är det troligtvis på grund av en föreställning om att surrogatmodern befinner sig i en utsatt situation, i utbyte med de som har beställt hennes tjänst. De önskande föräldrarna kan befinna sig i en avsevärt starkare situation socialt men också, i synnerhet, ekonomiskt. Om de anlitar en surrogatmoder som är i stort behov av pengar, och beställarna utnyttjar detta, kan det ses som en exploaterande situation.⁷⁹

Man kan också tänka sig surrogatskapsförmedlingar som kandidater för exploatering av surrogatmödrar. Dessa slags förmedlingar kan annonsera och förmedla kontakt mellan de beställande föräldrarna och surrogatmodern. Medan vissa förmedlingar drivs av vinstintresse finns även de som är att likna vid ideella organisationer. Som mellanhand i surrogatarrangemang har förmedlingarna möjlighet att exploatera såväl de barnlösa personerna som surrogatmodern på olika sätt. I förmedlingarnas arbete blir dessutom

⁷⁵ Jönsson, s. 115-117.

⁷⁶ Satz, s. 122 – 123.

⁷⁷ Jönsson, s. 126.

⁷⁸ exploatera. <http://www.ne.se/exploatera>, Nationalencyklopedin, hämtad 2011-04-16.

⁷⁹ Jönsson, s. 128.

jurister, psykologer och medicinsk expertis delaktiga. Även dessa ytterligare yrkesverksamma kan besitta viss makt gentemot parterna i surrogatarrangemanget.⁸⁰

Med surrogatmodern som den utsatta parten å ena sidan av exploateringsargumentet, finns det dock å andra sidan även möjlighet för surrogatmodern att utnyttja barnlösa beställares situation. Exempelvis kan exploatering äga rum om efterfrågan av surrogatmödrar är mycket större än tillgången. En annan tänkbar situation är att surrogatmodern under den pågående graviditeten bedriver utpressning mot de förväntande föräldrarna för att fullfölja graviditeten. Dock är det generellt så att beställarna av surrogatmödrars tjänster befinner sig i en bättre position än den kvinna som ställer upp. Ofta är surrogatmodern en kvinna ur arbetarklassen, medförande att såväl köns- som klassaspekten generellt sett gör parternas situationer ojämlika.⁸¹

Inom exploateringsargumentet kan man diskutera värdering och valfrihet för de inblandade parterna. Medan en del anser att någon måste tjäna något på någon annan för att exploatering ska äga rum⁸² menar andra att det för exploatering räcker med en intention om att tjäna något på någon annan. Det sägs också att om något är ömsesidigt är det inte att ses som exploaterande. En värdering av vad vardera parten erhåller genom exempelvis ett surrogatarrangemang; det barnlösa paret får ett barn och surrogatmodern eventuellt ersättning, behöver nämligen inte resultera i en exploaterande situation även om transaktionen är mer fördelaktig för den ena parten. Det är, för det första, överhuvudtaget svårt att grunda ett påstående om att det barnlösa paret "vinst" skulle kunna värderas och översättas i vederlag till surrogatmodern. För det andra utgår inte i alla fall vederlag för surrogatmoderns tjänst. Snarare än att bedöma exploatering efter parternas respektive "vinster" framstår det därför som mer lämpligt att bedöma exploateringsrisken efter huruvida någon part lider skada eller utsätts för orättvisa i samband med arrangemanget.⁸³

Vad det gäller valfrihetens betydelse inom exploateringsargumentet sägs av vissa⁸⁴ att det åtminstone måste finnas en defekt i någons valsituation för att exploatering ska äga rum. Exploateringen behöver inte nödvändigtvis vara skadlig, tvingande eller vilseledande för den svagare parten, utan det kan räcka med att denne inte erhåller rimlig ersättning för sin insats. Överför man detta resonemang till diskussionen om surrogatarrangemang finns det kvinnor som blir surrogatmödrar för att det ger dem ekonomisk möjlighet att lämna ett jobb som de inte trivs med, att arbeta mindre eller att undvika arbetslöshet. Vanligtvis är det dock troligtvis så att den ersättning som surrogatmödrarna erhåller utgör en extrainkomst. Denna motivkopplade valfrihet är förmodligen mer representativ för kvinnor i länder i västvärlden

⁸⁰ Jönsson, s. 128-129.

⁸¹ Jönsson, s. 129.

⁸² Alan Wertheimer, enligt Kutte Jönsson (se Jönsson, s. 141).

⁸³ Jönsson, s. 141-144.

⁸⁴ Alan Wertheimer, enligt Kutte Jönsson (se Jönsson, s. 145).

än globalt. Det finns nämligen en risk att surrogatarrangemang blir ännu ett medel för utnyttjande av världens fattiga kvinnor. Global ekonomisk ojämlikhet drabbar fattiga kvinnor i fattiga länder som hårdast och innebörden av "ett informerat samtycke" riskerar i och med dessa utsatta kvinnors situation att försvagas.⁸⁵

När vi nu går in på handelsresonemang kring surrogatmödraskap behöver vi först reda ut några grundläggande principer. För handel behövs en marknad. På marknaden finns handelsvaror. Surrogatmödrar efterfrågas på marknaden, men vad är arrangemanget att ses som?⁸⁶ Enligt vissa⁸⁷ är surrogatmödraskap att se som barnhandel. Eftersom avsikten med arrangemanget är att ett barn ska födas och överlämnas är avtalsförhållandena mellan surrogatmödrar och beställare såväl avtal om tjänst som avtal om vara. Hade det enbart varit fråga om att anlita surrogatmodern för graviditeten så hade det inte på samma sätt blivit fråga om barnhandel. Andra⁸⁸ menar att eftersom tanken med surrogatarrangemang är att surrogatmodern ska utföra en tjänst som leder till ett barn, dvs. det är inte tal om något köp av ett redan existerande barn, äger ingen barnhandel rum. Med detta resonemang menar man att parterna inte köpslår om barnet som kommer av surrogatarrangemanget, utan om föräldrarättigheterna.⁸⁹ Huruvida surrogatarrangemang utgör en överenskommelse om en tjänst eller om ett barn har stor betydelse för synen på praktiken. Om förhållandet snarare är att se som handel med barn än köp av en tjänst, bör olagligheten i barnhandelskaraktären inverka på det mellan parterna upprättade avtalet och göra det ogiltigt.⁹⁰

Huruvida surrogatarrangemang utgör handel med tjänst eller vara är alltså en fråga. En annan är hur marknaden påverkas av lagligheten för denna typ av handel. Oavsett hur det skulle klassificeras menas nämligen ofta i doktrinen att med ett lagstiftat förbud mot surrogatarrangemang är det högst troligt att en svart marknad växer fram där risker för de inblandade kan vara mer påtagliga än om det offentliga också var del av arrangemanget och övervakade det.⁹¹

En i samhället rådande uppfattning som har feministisk karaktär är att reproduktivitet inte kan värderas, på samma sätt som exempelvis människovärdet. Dock finns de facto en marknad för fortplantning och generell prissättning kan uppställas för hur mycket det kostar att få barn.⁹²

Det kan i diskussionen om surrogatarrangemang framstå som att det enbart är förmögna personer som använder sig av denna typ av reproduktiva praktik. Därför är det viktigt att lyfta fram att det även finns mindre

⁸⁵ Jönsson, s. 145-147.

⁸⁶ Jönsson, s. 155.

⁸⁷ Scott Rae, enligt Kutte Jönsson (se Jönsson, s. 157).

⁸⁸ Såsom Kutte Jönsson (se Jönsson, s. 158).

⁸⁹ Jönsson, s. 155.

⁹⁰ Field, s. 18.

⁹¹ Jönsson, s. 156.

⁹² Jönsson, s. 156-160.

ekonomiskt välbärgade personer som är intresserade av, och genomför, surrogatarrangemang. Dessa personer kan ha spenderat sina livsbesparingar på arrangemanget eller till och med tagit lån. Även om det förekommer kvinnor som kan tänka sig att ställa upp som surrogatmödrar, utan någon som helst ersättning, är det vanligt att surrogatmödrar erhåller någon slags kompensation för sjukvårds- och levnadskostnader. Vissa surrogatmödrar finner denna kompensation som ett tillräckligt tillskott för deras ekonomi, vilket dock medför att man kan se på situationen som sådan att kvinnan erhåller visst vederlag för tjänsten hon utför.⁹³

Vad gäller exploatering av surrogatmödrar kan man å ena sidan se det som att risken är mindre för utnyttjande ju högre ersättningen som hon erhåller är. De mest diskutabla arrangemangen verkar nämligen vara de där surrogatmodern erhåller väldigt låg ersättning eller ingen alls. Detta kan hänföras till den kvinnosyn som är historiskt rådande, att kvinnors arbete inte behöver kompenseras ekonomiskt. Å andra sidan kan man dock se på detta exploateringsargument som så att ju högre surrogatmoderns ersättning är, desto svårare är det för den kvinna som befinner sig i en svår ekonomisk situation att stå emot erbjudandet om att ställa upp. Kanske är det en helt unik möjlighet för kvinnan att någonsin ta emot en sådan summa pengar. Av denna anledning behöver lagstiftningen skydda kvinnor mot att eventuellt enbart på grund av möjligheten till hög ekonomisk ersättning kompromissa med känslor rörande sin person och kropp.⁹⁴

2.4.4.5 Jämställdhetsresonemanget

En feministisk synvinkel som har framkommit i diskussionen om surrogatarrangemang är att reproduktion är någonting speciellt och privat som inte kan ses som en handelsvara och därför inte kan utgöra en del av marknaden för arbetskraft. Det anses med bakgrund av en sådan syn vara olämpligt om marknaden med dess ekonomiska karaktär utvidgades på så vis att den kom att innefatta även delar av individers privata sfär. Om surrogatarrangemang skulle tolkas som en tjänst tillgänglig på marknaden skulle det, enligt detta perspektiv, innebära en nedvärdering av reproduktion och därmed även de kvinnor som utför tjänsten.⁹⁵ Historiskt sett är det just nedvärdering av kvinnor och könsstereotyper som har lett till ojämlig behandling mellan könen. Ett jämställdhetsresonemang som kan sammankopplas med detta är att om reproduktiv arbetskraft finns tillgängligt för marknaden så är det också någonting som kan användas och kontrolleras av andra. Det är inte bara den kvinna som bär ett barn som är involverad och har en röst i ett surrogatarrangemang. Det är dock kvinnans kropp som är medel för arrangemanget och inte en produkt kommen av henne, varvid exempelvis spermadonation från en man inte är att ses som likvärdig eftersom det inte ger en annan person kontroll över mannens kropp på

⁹³ Field, s. 22 samt s. 25-26.

⁹⁴ Field, s. 25-27.

⁹⁵ Satz, s. 108.

samma sätt som när en kvinna genomgår en graviditet för någon annans räkning.⁹⁶ Det sägs, sammanfattningsvis, att en risk med surrogatarrangemang är att samhällssynen på kvinnor kan förändras och leda till en bakåtsträvande inställning; att män hör hemma på arbetet och kvinnor arbetar som barnafödare i hemmet. Samtidigt kan dessutom kvinnors syn på sig själva komma att förändras.⁹⁷

Å ena sidan är en surrogatmoders autonomi kanske begränsad på så vis att hon inte ensam har full kontroll över arrangemanget, vilket ju är beroende av hennes kropp. Å andra sidan kan en inskränkning av hennes rätt till självbestämmande över sin kropp, i den meningen att hon önskar att genomföra ett surrogatmödraskap men på grund av lagstiftning förbjuds att göra det, också vara autonomibegränsande. Det är inte säkert att surrogatmödrar tvingas av någon till att genomföra arrangemanget varför det kan anses oriktigt att generellt tala om surrogatarrangemang som ”reproduktiv trafficking”. Sedan kan den komplicerade frågan om ”det fria valet” nämnas i detta sammanhang. Kan någon göra ett helt opåverkat val? Det skulle inte innebära att man inte kan genomföra ett informerat val men att ekonomiska, sociala och religiösa faktorer alltid på ett eller annat sätt kan spela in i beslutsfattandet.⁹⁸

2.4.4.6 Ett avtals utformning och verkställighet

Vad det gäller själva avtalet om surrogatarrangemang kan verkställighet av upprättat kontrakt ifrågasättas på olika sätt. Jämförelse har i doktrin gjorts med andra slags avtalsförhållanden, såsom vid anlåtande av en målare för ommålning av ett hus.⁹⁹ Om man som kontraktspart inte uppfyller sin del av avtalet kan man bli stämd för kontraktsbrott och om motparten vinner så har detta kontraktsbrott fastställts. Vad det gäller verkställigheten är det dock inte så att domstolen i beslutet behöver ställa krav om att avtalet ska fullföljas. Analogt sett kan man säga att om en surrogatmoder inte uppfyller sin del av avtalet, dvs. om hon inte lämnar ifrån sig barnet eller om hon avbryter graviditeten, så kan hon bli stämd. Huruvida surrogatmodern kan tvingas att lämna ifrån sig barnet med stöd av bakomliggande kontrakt är dock tveksamt.¹⁰⁰ Det kan här även tilläggas att kvinnor ofta har lagstiftad rätt att göra abort. I sammanhanget surrogatmoderskap kan även denna rätt ligga till grund för problematik och ses som ett avtalsbrott om det genomförs, barnet som i så fall aborteras är ju inte i alla fall att ses som surrogatmoderns eget.¹⁰¹

⁹⁶ Satz, s. 124-125.

⁹⁷ Satz, s. 127.

⁹⁸ Jönsson, s. 179-181.

⁹⁹ Satz, s. 126, se även Kutte Jönsson (Jönsson, s. 75).

¹⁰⁰ Satz, s. 126, se även Kutte Jönsson (Jönsson, s. 75).

¹⁰¹ Åtminstone inte vid fullständigt surrogatmödraskap (se Jönsson, s. 179-180).

Just avtalet mellan parterna som är involverade i ett surrogatarrangemang står i centrum vad det gäller de tänkta föräldrarnas försök till försäkran om att surrogatmodern åtminstone har för avsikt att fullfölja arrangemanget. Det är emellertid diskutabelt hur avtalets bestämmelser ska formuleras för att arrangemanget ska få ett effektivt och förväntat resultat. Om det är tänkt att surrogatmodern ska erhålla ekonomisk ersättning för genomförandet av arrangemanget skulle kontraktet kunna innehålla föreskrift om att betalningen först ska utgå när barnet är fött. Dock skulle en sådan överenskommelse kunna komma att ses som att de tänkta föräldrarna köper barnet av kvinnan snarare än att de ersätter kvinnan för hennes tjänst. En sådan situation skulle med andra ord efterlikna barnhandel. En annan tänkbar situation är att ett kontrakt om surrogatarrangemang skulle innehålla föreskrift om juridisk och psykologisk rådgivning för surrogatmodern för det fall hon skulle ändra inställning till arrangemanget. Det är troligtvis mycket svårt för surrogatmodern att i förväg till fullo förbereda sig på att lämna bort barnet som hon har burit fram varför rådgivning kan vara gynnande för henne. Om sådan rådgivning dock finns föreskriven i avtalet med de ämnade föräldrarna kan man tänka sig att manipulation och påtryckning skulle kunna förekomma för att påverka surrogatmoderns känslor.¹⁰²

Med surrogatarrangemang följer ovissheten om slutresultatet. Någon av parterna kan ändra inställning under den period som processen löper. Detta kan leda till en vårdnadstvist mellan de involverade parterna. Vid sidan av regler om vårdnad står även regler om umgänge. Om en tvist mellan surrogatmodern och de beställande föräldrarna uppkom efter barnets födelse skulle surrogatmodern inte nödvändigtvis ha någonting att förlora på tvisten i jämförelse med hennes rätt enligt avtalet. Medan hon enligt ett normalt utformat avtal om surrogatmödraskap inte skulle ha några som helst rättigheter till barnet efter dess födelse, kan en vårdnadstvist åtminstone ge henne möjlighet att träffa barnet tack vare umgängesrättigheter. Då de allra flesta beställande föräldrarna troligtvis inte önskar att barnet ska ha någon relation med surrogatmodern kan detta argument ha en motverkande effekt mot surrogatarrangemang. Troligt är nämligen att en domstol vid upptagande av ett mål rörande surrogatarrangemang men med vårdnadsaspekten i fokus har en inställning mer inriktad på både surrogatmoderns och de beställande föräldrarnas rättigheter, och därvid eventuellt skulle göra båda parterna delaktiga i uppfostrandet av barnet, än då domstolen ska ta ställning till kontrakterandet kring surrogatarrangemanget i sig.¹⁰³

¹⁰² Satz, s. 126-127.

¹⁰³ Field, s. 144-145.

3 Svensk rätt

3.1 Inledning

Enligt svensk rätt är surrogatarrangemang otillåtna. Om situationen hade varit så enkel att denna regel fått lagstiftarens avsedda verkan, hade svensk domstol kanske inte behövt beröras av frågan. Så är dock inte fallet. Surrogatmödraskap är nämligen en slags behandling som svenskar kan söka sig utomlands för att genomföra lagligt. Detta kringgående av den svenska lagstiftningen kan vi kalla för reproduktionsturism. När barnet, som är resultatet av arrangemanget, återförs till Sverige uppstår vissa rättsliga konsekvenser här.¹⁰⁴

Om man ser till svensk familjerätt i allmänhet kan man vid första anblick tänka sig en möjlighet att försöka få till stånd ett surrogatarrangemang med resultatet att ett mottagande par tillsammans blir rättsliga föräldrar till barnet, genom tillämpning av adoptionsinstitutet. Faderskapet för ett barn som har fötts av en surrogatmoder kan bekräftas av barnets genetiska far. Om han är gift kan han låta sin partner adoptera barnet i enlighet med FB 4:3.¹⁰⁵

”Makar får inte adoptera annat än gemensamt. Den ena maken får dock ensam anta adoptivbarn, om den andre vistas på okänd ort eller lider av en allvarlig psykisk störning. Den ena maken får också annars med den andres samtycke adoptera dennes barn eller adoptivbarn eller eget barn.”¹⁰⁶

I enlighet med regeln FB 4:6 ska adoptionen beviljas om den kan anses vara till barnets fördel. Parterna behöver vara överens på så vis att det är den födande kvinnan som är barnets mor och vårdnadshavare genom födseln och barnet kan då inte adopteras bort mot hennes vilja. Om den mottagande kvinnan inte vill adoptera barnet förblir den födande kvinnan barnets mor.¹⁰⁷

Ett försök att genomföra ett surrogatarrangemang i Sverige genom det nu nämnda adoptionsinstitutet gjordes av det par vars tvist resulterade i rättsfallet NJA 2006 s. 505. Resultatet av detta tillvägagångssätt blev emellertid inte vad de berörda parterna inledningsvis hade förväntat sig.

¹⁰⁴ Saldeen, Åke, *Faderskap – Moderskap – Föräldraskap*, (i Asp, *Eftersyn och Eftertanke*) Iustus förlag, Uppsala 2007, s. 237.

¹⁰⁵ Anna Singer, ”*Mater semper certa est*”? , JT 2006-07 s. 425.

¹⁰⁶ Föräldrabalk (SFS 1949:381) 4 kap 3 §.

¹⁰⁷ Singer, s. 425.

3.2 NJA 2006 s. 505

Rättsfallet NJA 2006 s. 505 visar hur surrogatarrangemang kan leda till upptagande av frågor rörande moderskap i svensk domstol, enligt svensk rätt, även om sådana arrangemang inte tillåts enligt lagstiftningen. Målets utfall har lett till att det i doktrinen framförts åsikter om huruvida det är tid att se över den svenska lagstiftningen kring surrogatarrangemang.¹⁰⁸

3.2.1 Referat

I detta referat av rättsfallet NJA 2006 s. 505 avses med "A" den gifta kvinnan och barnets genetiska mor och "B" den gifta mannen, barnets biologiska far samt barnets ensamma vårdnadshavare. "C" är surrogatmodern, "B:s" syster, tillika barnets biologiska mor. Med "flickan" menas barnet som fötts genom det i ärendet utförda surrogatarrangemanget.

3.2.1.1 Bakgrund

Paret A och B hade ingått äktenskap i juli 2000. Eftersom makarna inte kunde få barn på naturlig väg genomfördes i Finland året därpå en provrörsbefruktning genom vilken kvinnan A:s äggceller befruktades med mannen B:s spermier. Ett embryo fördes sedan in i B:s syster C:s livmoder, varvid hennes roll som surrogatmoder inleddes. Den 8 maj 2002 födde C en flicka. Den biologiska fadern B bekräftade faderskapet och utsågs till barnets ensamma vårdnadshavare.¹⁰⁹ Paret A och B tog omedelbart efter födseln hand om flickan med avsikt att låta den genetiska modern A bli rättslig förälder tillsammans med B genom svensk adoption.¹¹⁰

3.2.1.2 Processen i tingsrätt och hovrätt

År 2004 ansökte flickans genetiska mor, A, hos tingsrätten om att få adoptera flickan. Fadern B lämnade sitt samtycke till adoptionen och tingsrätten gav därför tillstånd för A att anta flickan som adoptivbarn. Även surrogatmodern C samtyckte till adoptionen.¹¹¹

Fadern B lämnade senare under året 2004, efter beviljande av återställande av försutten tid, in ett överklagande till hovrätten mot tingsrättens beslut. Fadern yrkade att A:s adoptionsansökan skulle lämnas utan bifall mot

¹⁰⁸ Saldeen, 2007, s. 237.

¹⁰⁹ NJA 2006 s. 505 s. 1-2.

¹¹⁰ Singer, s. 425.

¹¹¹ NJA 2006 s. 505 s. 1-2.

bakgrund av att han som vårdnadshavare, såväl som C, inte längre samtyckte till adoptionen.¹¹²

Hovrätten såg vid sin bedömning dels till regleringen i FB 4:3 som uttrycker krav om makes samtycke till adoption, dels till bestämmelsen i FB 4:5a:

”Den som inte har fyllt arton år får ej adopteras utan föräldrarnas samtycke. Moderns samtycke skall ha lämnats sedan hon har återhämtat sig tillräckligt efter nedkomsten. Vid adoption av någon annans adoptivbarn skall i stället samtycke inhämtas från barnets adoptivföräldrar eller, om en adoptivförälder är gift med någon av barnets föräldrar, från båda dessa makar.

Samtycke enligt första stycket behövs inte av den som lider av en allvarlig psykisk störning, är utan del i vårdnaden eller befinner sig på okänd ort. Är detta fallet i fråga om var och en av dem som enligt första stycket skall samtycka till adoptionen, skall i stället samtycke inhämtas från särskilt förordnad vårdnadshavare för barnet.”¹¹³

Eftersom flickans ensam vårdnadshavare, fadern B, hade återkallat sitt samtycke till adoptionen saknades det lagliga förutsättningar för hovrätten att bifalla adoptionsansökan. Hovrätten beslutade att adoptionen inte skulle beviljas.¹¹⁴

3.2.1.3 Processen i Högsta domstolen

Barnets genetiska mor A överklagade hovrättens beslut och ärendet togs upp till prövning i Högsta domstolen år 2006. A tillade inför processen ett yrkande om att hon skulle fastställas som flickans mor. Hon förklarade att ett avslag av hennes överklagande skulle medföra att flickan berövades sin verkliga mor, vilket måste anses stå i strid mot principen om barnets bästa enligt Barnkonventionen.¹¹⁵

Efter prövning beslutade rätten att avslå A:s talan med motiveringen att tillstånd till adoptionen inte kunde lämnas utan samtycke från barnets biologiska föräldrar, mannen B och surrogatmamman C. Domstolen menade att det inte hade någon betydelse att A var genetisk mor till flickan. Domstolen förklarade också att fråga om fastställande av moderskap inte kunde tas upp till prövning eftersom målet rörde adoption.¹¹⁶

I skälen till Högsta domstolens avgörande kommenterades kort den svenska regleringen kring surrogatmoderskap. Med applikation av den rådande moderskapspresumtionen, att den kvinna som föder ett barn i rättsligt

¹¹² NJA 2006 s. 505 s. 1-2.

¹¹³ Föräldrabalk (SFS 1949:381) 4 kap 5 a §.

¹¹⁴ NJA 2006 s. 505 s. 2.

¹¹⁵ NJA 2006 s. 505 s. 2-3.

¹¹⁶ NJA 2006 s. 505 s. 2-3.

hänseende är att se som barnet mor, var C enligt domstolen att se som flickans mor i det förevarande fallet.¹¹⁷

Domstolen hänvisade i sin motivering även till ett tidigare rättsfall, NJA 1973 s. 62, där det hade klargjorts att ett beslut om adoption som underrätt tagit ska upphävas av högre rätt om den förälder som vid underrätten lämnat sitt samtycke till adoption vid prövning i högre rätt återkallade detta samtycke. Rättsfallet sades ge uttryck för en grundläggande princip; att samtycke till adoption ska föreligga vid tidpunkten då prövning av adoptionsansökan görs. Domstolens avgörande i det förevarande fallet år 2006 skulle alltså följa denna princip linje, även om det ansågs föreligga en del skillnader mellan 1973 års fall och det förevarande fallet. Motiveringen torde enligt domstolen även stämma överens med Barnkonventionen, med särskild hänvisning till artikel 21 (a).¹¹⁸ Denna artikel behandlar adoption och föreskriver att de konventionsstater som tillåter och/eller erkänner adoption ska garantera att barnets bästa i beaktas i första hand. Konventionsstaten ska också säkerställa att endast behöriga myndigheter godkänner adoption i enlighet med tillämplig lag och som grund till beslut ser till barnets ställning i förhållande till föräldrar, vårdnadshavare och släktingar, samt att de personer som berörs ger sitt fulla informerade samtycke till adoptionen.¹¹⁹

Två av domstolens domare ställde sig skiljaktiga i frågan om huruvida fadern B och surrogatmodern C:s återkallelser av samtycken borde hindra den genetiska mamman A från att adoptera flickan. Eftersom surrogatmodern C inte var vårdnadshavare för barnet, ansågs hennes återkallelse av samtycke inte utgöra ett hinder för adoptionen, med stöd av FB 4:5a. Hennes ändrade inställning sades emellertid alltjämt vara adekvat att beakta vid bedömningen om huruvida adoptionen var lämplig att genomföra.¹²⁰

De skiljaktiga justitieråden gick djupare in en argumentation om barnperspektivet i sin framställan än vad domstolens majoritet i sin motivering till avgörandet hade gjort. De skiljaktiga ansåg att rättsverkan av fadern B:s återkallelse av samtycke, måste bedömas mot bakgrund av bestämmelserna i föräldrabalken kring vårdnad och umgänge, då det kunde komma att bli aktuellt med en tvist angående dessa frågor mellan honom och den genetiska modern A. De skiljaktiga justitieråden påpekade att i det förevarande fallet kunde ett avslag av adoptionsansökan komma att innebära att den genetiska modern A i framtiden inte skulle kunna förordnas som vårdnadshavare för flickan. Ett avslag skulle också beskära flickans möjligheter till framtida prövning av A:s lämplighet som social förälder, en roll som A fram till avgörandets tidpunkt hade haft. Under hela flickans levnadstid hade A varit att se som flickans mor i alla avseenden utom vad det gällde det rättsliga föräldraskapet. De skiljaktiga hänvisade i detta

¹¹⁷ NJA 2006 s. 505 s. 3.

¹¹⁸ NJA 2006 s. 505 s. 3.

¹¹⁹ Barnkonventionen artikel 21 (a).

¹²⁰ NJA 2006 s. 505 s. 4.

sammanhang till Barnkonventionens artikel 3, innehållande principen om barnets bästa, och Europakonventionens artikel 8, vilken reglerar rätt till skydd för privat- och familjeliv.¹²¹

Angående kravet på samtycke vid den ena makens adoption av den andre makens barn, vilket regleras i FB 4:3 och av domstolens majoritet fastställdes utgöra en grundläggande princip enligt 1973 års rättsfall,¹²² menade de skiljaktiga att denna bestämmelse inte var gällande i det förevarande fallet. Detta eftersom det nu var fråga om A:s adoption av hennes eget genetiska barn.¹²³

A:s genetiska och sociala moderskap gavs av de skiljaktiga justitieråden avgörande betydelse i frågan om kravet på en makes samtycke vid adoption. De ansåg att regeln som uttalats i 1973 års rättsfall var delvis föråldrad, även om det inte fanns någon allmän princip som uttalade vid vilka situationer man borde avvika från samtyckeskravet.¹²⁴

Sammanfattningsvis hade de skiljaktiga justitieråden bedömt fallet med utgångspunkt i att om den genetiska modern A inte tilldelades rättsligt moderskap för flickan så skulle möjligheten för henne att i framtiden få vårdnad och umgänge med flickan kraftigt begränsas. Därmed ansågs att rätten måste värdera rättsverkan av fadern B:s återkallade samtycke.¹²⁵ De skiljaktiga framförde att rätten i det förevarande fallet även måste pröva lämpligheten av adoptionen med beaktande av att avsikten med denna var att uppnå överensstämmelse mellan det genetiska, det faktiska och det rättsliga föräldraskapet. De ansåg att detta, efter samlad bedömning och i anslutning till att hänsyn ska tas till barnets bästa i det enskilda fallet, måste resultera i att fadern B:s återkallade samtycke inte utgjorde ett hinder för adoptionen.¹²⁶

3.3 Lagstiftning

3.3.1 Inledning

Svensk rätt innehåller reglering om reproduktiv teknik men lagstiftningen tillåter inte surrogatarrangemang¹²⁷. För att förstå varför lagen ser ut som den gör och vilken betydelse olika bestämmelser har för ämnesområdet börjar vi med att titta i ämnets grund, på moderskapspresumtionen, för att sedan nå fram till befintliga lagregler som kan vara av relevans för den juridiska inställningen till surrogatarrangemang.

¹²¹ NJA 2006 s. 505 s. 4.

¹²² NJA 1973 s. 62.

¹²³ NJA 2006 s. 505 s. 5.

¹²⁴ Singer, s. 428.

¹²⁵ Singer, s. 427.

¹²⁶ NJA 2006 s. 505 s. 5.

¹²⁷ Prop. 2001/02:89 s. 55.

3.3.2 Moderskapspresumtionen

Även om moderskap inte alltid har varit reglerat i svensk rätt råder sedan lång tid tillbaka en presumtion rörande vem som ska anses vara ett barns mor. Presumtionen uttrycks med den latinska formeln ”*Mater est quam gestatio demonstrat*” (”modern är den som föder barnet”).¹²⁸ Grunden för presumtionen finner vi i den gamla romerska formuleringen ”*Mater semper certa est*” (”det är alltid säkert vem som är moder”).¹²⁹

Moderskapspresumtionen är avsedd att agera beskyddande för den kvinna som föder ett barn, att ge henne rätten att behålla barnet och att vara dennes mor.¹³⁰

År 2003 förändrades benämningen av föräldrabalkens första kapitel, från ”Om faderskapet till barn” till ”Om faderskapet och moderskapet till barn”. Denna ändring föranleddes av att en stor utveckling hade ägt rum inom det medicinska området rörande metoder för behandling av barnlöshet. Metoderna hade blivit alltmer komplexa och en reglering ansågs därför nödvändig.¹³¹ Enligt lagrådet fanns det egentligen inget generellt behov av förtydligande av moderskapspresumtionen i svensk rätt, men man ville med regleringen lösa problemet kring fastställande av moderskap som kunde uppstå i samband med äggdonationer. Vem var att se som barnets mor, äggdonatorn eller den kvinna som födde barnet?¹³² Resultatet infördes i FB 1:7, vilken trädde i kraft den 1 januari 2003:¹³³

*”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.”*¹³⁴

Förtydligandet innebar att den moderskapspresumtion som tidigare hade varit gällande enligt svensk rätt upprätthölls. Det framkommer av bestämmelsens formulering att den reglerar fastställande av moderskap då befruktning skett på annat sätt än genom samlag. Moderskap för barn som har tillkommit genom samlag är inte uttryckligen reglerat i lag.¹³⁵

Syftet med införandet av regeln om moderskap i FB 1:7 var inte enbart att lösa moderskapsfrågan vid äggdonation utan även att försöka hindra genomförande av surrogatarrangemang i Sverige. Regeringen ansåg att surrogatmoderskap var etiskt oförsvarbart och det uttalades att nyttjande av en annan kvinna som resurs för att lösa ett pars problem med att få barn inte kunde anses vara i överensstämmelse med principen om människovärde. Regeringen yttrade även åsikten att surrogatmoderskap inte är önskvärt

¹²⁸ Singer, s. 424 samt prop. 2001/02:89 s. 57.

¹²⁹ Saldeen, Åke, *Barn- och föräldrarätt*, 5 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2005, s. 40.

¹³⁰ Jönsson, s. 195-196.

¹³¹ Schiratzki, s. 49.

¹³² Prop 2001/02:89 s. 82-84

¹³³ Saldeen, 2007, s. 232 – 233.

¹³⁴ Föräldrabalk (1949:381) 1 kap 7 §.

¹³⁵ Schiratzki, s. 50.

utifrån barnets perspektiv. Av de remissinstanser som hade tillfrågats om regeringens förslag till lagstiftning rörande behandling av ofrivillig barnlöshet uttalade sig endast ett fåtal i frågan om surrogatmoderskap, varav enbart en instans¹³⁶ ansåg att surrogatarrangemang borde kunna tillåtas i en del förberedda fall.¹³⁷

Regeringen ansåg inte att det var lämpligt att införa någon särskild kriminalisering av surrogatmoderskap för att förhindra förekomsten av sådana arrangemang eftersom det kunde ifrågasättas huruvida sådan reglering skulle vara effektiv. Dessutom fanns redan straffbestämmelser att tillämpa¹³⁸ då någon *”vanemässigt eller för att bereda sig vinning bryter mot villkoren för att utföra en befruktning utanför kroppen eller när någon vanemässigt eller för att bereda sig vinning utför insemination eller under angivna förhållanden tillhandahåller sperma för insemination”*.¹³⁹

Samtidigt utgör bestämmelsen om moderskap i FB 1:7 ett lagstadgat hinder mot surrogatarrangemang. Hindret framkommer genom att möjligheten för åtminstone den mottagande kvinnan att fastställas som rättslig förälder utsläcks, även om hon är genetisk förälder.¹⁴⁰ Principen utgör dock inte ett hinder för den kvinna som föder barnet att efter födseln adoptera bort barnet. Presumtionen hindrar inte heller att barnet i övrigt kan komma att bli omhändertaget. En del av den juridiska problematiken kring moderskap i ett surrogatarrangemangs sammanhang uppkommer i och med att den kvinna som bär och föder fram barnet juridiskt avtalar om rätten till barnet redan före dess skapelse och eventuellt avsäger sig föräldrarättigheterna helt och hållet. På så vis kan det komma att ses som att barnet aldrig har tillhört den bärande modern.¹⁴¹

Inom svensk rätt sägs en viss huvudprincip råda vid etableringen av föräldraskap: det legala föräldraskapet ska överensstamma med det biologiska så långt som möjligt.¹⁴² Man kan därför fråga sig om det finns sätt att få ett tveksamt moderskap prövat i svensk domstol genom fastställelsestalan i enlighet med Rättegångsbalken.¹⁴³ Sedan regeln om moderskap i FB 1:7 formulerades i svensk rätt synes den vara ett hinder mot processen av en sådan fastställelsestalan. Före regelns införande var det moderskapspresumtionen som var anvisningen i moderskapsfrågor, vilken dock i vissa fall visade sig vara otillräcklig då befruktning utanför kroppen hade ägt rum. I det ovan refererade rättsfallet NJA 2006 s. 505 var moderskapet för barnet tveksamt eftersom den biologiska modern och den genetiska modern var olika personer. Rättsfallet rörde ett barn som föddes år 2002, det vill säga före ikraftträdandet av moderskapsregeln i FB 1:7. Även

¹³⁶ Huddinge sjukhus som remissinstans.

¹³⁷ Prop. 2001/02:89 s. 55.

¹³⁸ Lag (1988:711) om befruktning utanför kroppen 9 § samt Lag (1984:1140) om insemination 7 §.

¹³⁹ Prop. 2001/02:89 s. 55.

¹⁴⁰ Singer, s. 424-425.

¹⁴¹ Jönsson, s. 195-196.

¹⁴² Schiratzki, s. 77.

¹⁴³ Rättegångsbalk (SFS 1942:740) 13 kap 2 §.

om moderskapspresumtionen vid den tiden var gällande i frågor rörande moderskap så var, med andra ord, moderskapsfrågan i rättsfallet av sådan art att diskussion kring presumtionens tillämplighet kunde föras. Kanske hade en rättslig process kring detta kunnat leda till fastställande av moderskap i fallet. Fastställande av moderskap kan enligt tidigare svensk rättspraxis prövas i domstol och vid bedömningen av vem som ska ges rättslig ställning som moder bör, enligt doktrin, hänsyn tas särskilt till bestämmelser om barns rättigheter i FN:s barnkonvention samt Europakonventionens artikel 8 om skydd för privat- och familjeliv.¹⁴⁴ I rättsfallet NJA 2006 s. 505 framfördes bland Högsta domstolens domskäl att fråga om fastställande av moderskap inte kunde prövas i ärendet eftersom tvisten gällde adoption. Dock kommenterade domstolen den inställning som svensk rätt fattat i moderskapsfrågan, att det genom applicering av moderskapspresumtionen i fallet var surrogatmodern som var att anse som barnets mor. Vikten av att beakta bestämmelser om barns rättigheter framkom först i Högsta domstolens skiljaktiga domares mening. Enligt dem torde det vara högst tveksamt att efter omständigheterna medge de möjliga effekter som avslaget av adoptionsansökan kunde leda till, effekter som skulle kunna innebära ett avskärande av möjligheten för barnet att i framtiden få prövat huruvida den genetiska modern kunde vara lämplig vårdnadshavare. Det uttalades av de skiljaktiga att en sådan hantering av ärendet skulle kunna tolkas stå i strid mot i synnerhet Europakonventionens artikel 8 och Barnkonventionens artikel 3.¹⁴⁵

Vad det gäller assisterad befruktning utförd inom svensk sjukvård är det samtycke som ska vara avgörande för fastställandet av rättsligt föräldraskap för barnet. Detta snarare än att en eventuell donator fastställs som legal förälder. Denna reglering löser situationen då ett lesbiskt par genomgår assisterad befruktning och den samtyckande kvinnan som inte bär barnet kan fastställas som legal förälder. Om assisterad befruktning dock utförs utanför den svenska sjukvården gäller andra regler. Då ska i samma situation som ovan nämndes gällande det lesbiska paret, istället den man som har donerat sperma fastställas som legal förälder. I det senare fallet blir alltså barnets båda biologiska föräldrar också legala föräldrar. Om en partner, sambo eller make till modern i sådant fall vill bli legal förälder till barnet får man försöka få till stånd en så kallad styvbarnsadoption.¹⁴⁶

För det fall mål rörande faderskap, moderskap eller föräldraskap, enligt 1:7 FB eller 1:9 FB,¹⁴⁷ tas upp i domstol är den som har ansvarat för behandling

¹⁴⁴ Singer, s. 429.

¹⁴⁵ NJA 2006 s. 505 s. 3-4.

¹⁴⁶ Schiratzki, s. 77.

¹⁴⁷ Föräldrabalk (1949:381) 1 kap 9 §: ”*Har insemination utförts på modern enligt 6 kap. lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m. eller har befruktning av moderns ägg utförts enligt 7 kap. samma lag med samtycke av en kvinna som var moderns maka, registrerade partner eller sambo och är det med hänsyn till samtliga omständigheter sannolikt att barnet har avlats genom inseminationen eller befruktningen, ska den som har lämnat samtycket anses som barnets förälder. Ett föräldraskap enligt första stycket fastställs genom bekräftelse eller dom. Det som sägs i 4 § om bekräftelse av faderskap tillämpas också i fråga om bekräftelse av ett sådant föräldraskap. Lag (2009:254).*”

av insemination eller befruktning utanför kroppen, eller annan som har tillgång till uppgifterna, skyldig att lämna ut dessa uppgifter på begäran av domstolen.¹⁴⁸ Enligt bestämmelserna krävs dock att inseminationen eller befruktningen av ägg då har utförts i enlighet lagen om genetisk integritet. Därmed ska behandlingen ha genomförts vid ett offentligt finansierat sjukhus eller vid annat sjukhus vars behandling tillåts av Socialstyrelsen. I fall av äggdonation ska behandlingen ha utförts vid svenskt universitetssjukhus.¹⁴⁹ Har den assisterade befruktningen genomförts privat eller vid utländsk klinik är bestämmelserna inte tillämpliga, varvid föräldraskapet istället fastställs i enlighet med FB 1 kap 3-5 §§.¹⁵⁰

3.3.3 Assisterad befruktning

Artificiell insemination är en av världens allra äldsta reproduktionsmetoder, förutom samlag. Framförallt har denna teknik varit användbar för gifta par som vill öka chanserna för, eller genom donator möjliggöra, graviditet. Genom insemination har även ensamstående kvinnor haft möjlighet att bli gravida. Ofta är vid läkarutförd insemination den eventuella donatorn och kvinnan som insemineras anonyma för varandra. Parternas anonymitet kan på olika sätt bevaras även om inseminationen utförs privat men generellt känner i sådana fall parterna varandra.¹⁵¹

Den första svenska lagen inom området IVF, även kallat provrörsbefruktning, var lagen (1988:711) om befruktning utanför kroppen. Denna lag trädde i kraft den 1 januari 1989. Området hade tidigare varit oreglerat i svensk rätt även om förfarandet inte var okänt, år 1982 föddes nämligen det första barnet som tillkommit genom provrörsbefruktning här i landet. Det faktum att ingen reglering tidigare hade funnits innebar att fastställandet av faderskapet för barn som tillkommit på detta sätt kunde bli komplicerat om en kvinnas ägg hade befruktats med en annan mans sperma än kvinnans makes och maken vägrade erkänna faderskapet för barnet. Samtidigt saknades reglering kring själva förfarandet, såsom under vilka förutsättningar provrörsbefruktning skulle anses få utföras.¹⁵²

I samband med den tidigare nämnda lagändringen rörande moderskapspresumtionen år 2003 betonade regeringen vikten av att genomgående vara medveten om vad det är som hanteras i samband med insemination och befruktning utanför kroppen. Med detta menades att det är viktigt att ägg och spermier inte uppfattas som överlåtbara varor eller att metoderna på annat sätt leder till att den humanistiska människosynen hotas. Framför allt måste de individer som involveras i behandlingen respekteras och då i synnerhet det barn som därigenom kan komma att födas.¹⁵³

¹⁴⁸ Lag (2006:351) om genetisk integritet 6 kap 6 § och 7 kap 8 §

¹⁴⁹ Se Lag (2006:351) om genetisk integritet 7 kap 4 §

¹⁵⁰ Karnov Internet, Föräldrabalk (1949:381) 1 kap 9 §, not 30, den 20 juni 2011

¹⁵¹ Field, s. 34.

¹⁵² Saldeen, 2005, s. 96-97.

¹⁵³ Prop. 2001/02:89 s. 42.

År 2006 kom sedan Lagen (2006:351) om genetisk integritet vilken innehåller den huvudsakliga regleringen rörande insemination och befruktning utanför kroppen. För att insemination¹⁵⁴ respektive befruktning utanför kroppen ska kunna äga rum krävs att den kvinna som genomgår behandlingen är gift eller sambo. Sambon eller maken ska skriftligen samtycka till behandlingen. Om det vid befruktning utanför kroppen inte är kvinnans eget ägg som ska befruktas så ska spermier från hennes sambo eller make användas.¹⁵⁵ Det är alltså inte tillåtet att genomföra behandling med både donerat ägg och spermier.¹⁵⁶

Om en insemination ska genomföras med spermier från en man som den behandlade kvinnan inte är sambo eller gift med får enbart offentligt finansierade sjukhus utföra behandlingen, även om det finns möjlighet att inhämta tillstånd från Socialstyrelsen.¹⁵⁷ Befruktning utanför kroppen får utan Socialstyrelsens tillstånd, liksom regleringen för insemination, enbart ske vid offentligt finansierade sjukhus om det är den behandlade kvinnans eget ägg som ska befruktas med spermier från hennes sambo eller make. Om ägget kommer från en annan kvinna eller om spermierna har donerats av en annan man än kvinnans sambo eller make får behandlingen endast utföras vid universitetssjukhus.¹⁵⁸ Detta för att lagstiftaren har velat garantera att tillförlitlig kontroll, uppföljning och utvärdering görs av verksamheten.¹⁵⁹

Vid såväl insemination som befruktning utanför kroppen ska en särskild prövning om det med hänsyn till det efterfrågade parets medicinska, psykologiska och sociala förhållanden är lämpligt att behandling äger rum. Prövningen ska utföras av en läkare. Behandling får utföras enbart om det kan antas att barnet kommer att få goda förhållanden att växa upp under. Om paret vägras behandling kan frågan på begäran tas vidare till Socialstyrelsen som då utför en prövning.¹⁶⁰

Mer specifikt ska läkaren vid lämplighetsprövningen för det barnlösa paret så långt som möjligt försäkras om att paret bland annat uppriktigt önskar sig och längtar efter barn, har en stabil och bestående relation till varandra, har förmågan att uppfostra och vårda ett barn, är medvetna om att enbart den ena föräldern kommer att vara barnets genetiska förälder och kan hantera det, att paret rättsligt, socialt, praktiskt och emotionellt kan acceptera barnet som sitt eget samt att de kommer att berätta för barnet om dennes ursprung. I lämplighetsprövningen bör också ingå bedömning av parets ålder. Kvinnan som ska genomgå behandlingen bör inte vid befruktningen ha uppnått sådan ålder då kvinnors fertilitet normalt sett är starkt försvagad och kvinnans

¹⁵⁴ Att föra in spermier i en kvinna på konstlad väg (Lag om genetisk integritet 5§).

¹⁵⁵ Lag (2006:351) om genetisk integritet 6 kap 1 § och 7 kap 3 §.

¹⁵⁶ Se Karnov Internet, Lag (SFS 2006:351) om genetisk integritet m.m. 7 kap 3 §, not 48, den 24 april 2011.

¹⁵⁷ Lag (2006:351) om genetisk integritet 6 kap 2 §.

¹⁵⁸ Lag (2006:351) om genetisk integritet 7 kap 4 §.

¹⁵⁹ Se Karnov Internet, Lag (SFS 2006:351) om genetisk integritet m.m. 7 kap 4 §, not 50, den 17 mars 2011.

¹⁶⁰ Lag (2006:351) om genetisk integritet 6 kap 3 § och 7 kap 5 §.

make, sambo eller registrerade partner bör inte vid samma tillfälle vara äldre än att denne bedöms kunna hantera sin del av föräldraansvaret under hela barnets uppväxt.¹⁶¹ I förarbetena uttalades av regeringen att anledningen till införande av åldersbedömning av barnlösa kvinnor inför eventuell behandling var att medicinska metoder inte skulle strida mot den naturliga livsprocessen. Dock ville regeringen inte fastställa någon bestämd ålder efter vilken medicinsk behandling mot barnlöshet inte skulle få utföras, mot bakgrund av det förekommer stora individuella variationer mellan kvinnors tid för menopaus. För vägledning inom åldersbedömningen kunde man enligt regeringen se till samma typ av bedömning som vid adoption av små barn. Det ansågs också nödvändigt att införa möjlighet för det barnlösa paret att få ett nekande beslut prövat, för att deras rätt till rättvis rättegång enligt artikel 6 EKMR skulle uppfyllas. Socialstyrelsen ansågs i första hand lämplig att pröva frågan och överklagan skulle därefter få prövas vid allmän förvaltningsdomstol.¹⁶²

För det fall en donators spermier eller ägg ska användas vid behandlingen ska en läkare välja lämplig donator. Vissa uppgifter om givaren ska sedan antecknas i en särskild journal som bevaras i minst 70 år.¹⁶³ Givarens sjukdomshistoria och aktuella hälsotillstånd, med bedömning av smittskyddsaspekter, relevanta sociala förhållanden och motiv för donationen ska klarläggas vid läkarens lämplighetsbedömning. Dessutom görs vissa tester för allvarliga sjukdomar.¹⁶⁴

Vid val av ägg- eller spermadonator ska läkaren sträva efter att finna en givare vars hud-, hår- och ögonfärg liknar det barnlösa paret. Även kroppsbyggnad kan tas hänsyn till. Några andra särskilda önskemål från paret om givaren bör dock inte godtas. Om paret framför vilja att använda en donation från någon som de står nära bör det enbart i undantagsfall medges och en särskild prövning ska dessförinnan utföras av läkaren.¹⁶⁵

Tillgången till anonymt donerade ägg är ofta mycket begränsad och regeringen framförde i propositionen till lagändringarna inom området, som trädde i kraft år 2003, att det är viktigt att inte förhindra barnlösa par, vars problem beror på att kvinnan inte själv kan producera ägg från att bli föräldrar. Därför ansågs det viktigt att möjligheten till bruk av en närstående kvinnas äggdonation inte omöjliggjordes genom lag. Möjligheten till professionellt stöd för kvinnan som agerar äggdonator betonades dock, särskilt för det fall hon känner ett psykologiskt tryck att ställa upp på att donera ägg till paret, vars svårigheter hon så väl känner till. Det sades samtidigt att det ur barnets perspektiv är viktigt att givaren tillsammans med

¹⁶¹ SOSFS 2006:10 *Socialstyrelsens föreskrifter om ändring i föreskrifterna och allmänna råden (SOSF 2002:13) om assisterad befruktning*, s. 5.

¹⁶² Prop. 2001/02:89 s. 39-40.

¹⁶³ Lag (2006:351) om genetisk integritet 6 kap 4 § och 7 kap 6 §.

¹⁶⁴ SOSFS 2006:10 s. 5-6.

¹⁶⁵ SOSFS 2006:10 s. 6-7.

föräldrarna kan hantera det upprättade förhållandet, vilket måste tas hänsyn till vid läkarens bedömning.¹⁶⁶

Det är av stor vikt att läkaren informerar en tilltänkt donator om de rättsliga, psykologiska och sociala följderna som kan komma av donationen. Läkaren ska undersöka hur givaren ställer sig till bland annat barnets rätt att få veta vem givaren är och möjligheten att barnet i framtiden kan kontakta honom eller henne vid eftersökning av sitt genetiska ursprung.¹⁶⁷ En person som har avlats genom insemination eller befruktning utanför kroppen, med hjälp av donators spermier eller ägg, har nämligen enligt lag rätt att ta del av de uppgifter som har antecknats i den särskilda sjukhusjournalen om ägg- eller spermadonatorn. Personen ska då ha uppnått så kallad *tillräcklig mognad*. Socialnämnden är skyldig att på begäran hjälpa den person som har anledning att anta att han eller hon har avlats genom insemination eller befruktning utanför kroppen med hjälp av donation med att se huruvida det finns någon sådan anteckning i en särskild journal.¹⁶⁸ I journalen ska uppgifter finnas som kan vara värdefulla för den som vill undersöka sitt genetiska ursprung, såsom donatorns hår- hud- och ögonfärg, vikt, kroppslängd, familjeförhållanden, yrke och intressen. Foto på donatorn kan bifogas i journalen. En förutsättning för att barnet ska kunna finna dessa uppgifter är dock förstas att barnet får reda på att det avlats med hjälp av ägg- eller spermadonation. Det bör vara upp till föräldrarna att berätta detta för barnet och föräldrarna bör erbjudas stöd av yrkesman med beteendevetenskaplig kompetens i samband med att denna uppgift blir aktuell att uppfylla.¹⁶⁹

Vikten av att barnet får reda på sitt ursprung har betonats av regeringen i förarbeten till lag på området. Denna rättighet för barnets ska anses vara väl etablerad. Ur barnets perspektiv är det viktigt att informationen når barnet på rätt sätt för att vara till gagn för dennes utveckling. En jämförelse gjordes med fall av adoptioner varvid det inom forskning framkommit att det är adoptivföräldrarna som ska berätta om barnet om dess ursprung. Detta för att barnets relation till föräldrarna inte ska ta skada. Genom att hålla en adoption hemlig för barnet kan barnet komma att uppfatta subtila signaler om hemlighetshållning och halvsanningar och känna en känsla av svek från föräldrarnas sida. Detta kan leda till utlösning av kris för barnet, inte i första hand på grund av adoptionen utan på grund av undanhållandet av sanning. Vid en undersökning år 2000¹⁷⁰ tillfrågades samtliga föräldrar till barn som avlats genom givarinsemination om huruvida de hade berättat för barnet om dess ursprung. Av de tillfrågade hade 10 % berättat för barnet, ungefär 40 % hade för avsikt att berätta i framtiden, 20 % tänkte inte berätta och 10 % av föräldrarna uppgav tveksamhet. Ungefär 20 % besvarade inte frågan.¹⁷¹

¹⁶⁶ Prop. 2001/02:89 s. 43-44.

¹⁶⁷ SOSFS 2006:10 s. 6.

¹⁶⁸ Lag (2006:351) om genetisk integritet 6 kap 5 § och 7 kap 7 §.

¹⁶⁹ SOSFS 2006:10 s. 9-10.

¹⁷⁰ *Får barn veta? Barn som fötts efter givarinsemination*, SoS-rapport 2000:6, Linköping 2000.

¹⁷¹ Prop. 2001/02:89 s. 46-47.

3.3.3.1 Homosexuellas rätt till assisterad befruktning

Sedan år 2005 innehåller svensk lagstiftning rätt för lesbiska kvinnor att utföra befruktning utanför kroppen med donerad sperma.¹⁷²

Vid förarbetena till denna lagstiftning ställde regeringen frågan till remissinstanser huruvida det ansågs vara tillräckligt motiverat att upprätthålla begränsning av rätten till befruktning utanför kroppen till att endast omfatta heterosexuella par. Flera av remissinstanserna var kritiska till förslaget att låta lesbiska kvinnor tillsammans genomgå assisterad befruktning och menade att det var alltför otillräckligt utrett för att kunna ta ställning till. Det framkom bland annat att det skulle kunna innebära en belastning för ett barn att växa upp i en lesbisk familj och att samhället inte i dessa slags fall ska bidra till att barn avlas. Hovrätten över Skåne och Blekinge framförde att det är svårt att inta ett barnperspektiv i frågan samt att det ska ses som ett stort steg etiskt att ge lesbiska kvinnor en möjlighet till barn på ett sätt som annars inte finns. Skulle man bevilja dessa kvinnor sådan rätt skulle det vara svårt att motivera varför samma möjlighet inte finns för ensamstående kvinnor.¹⁷³

Sedan 2003 kan homosexuella partners prövas som adoptivföräldrar i Sverige. I samband med införandet av denna lagstiftning utfördes en omfattande forskning om barns uppväxt i en familj där föräldrarna är av samma kön. Det sades att på grund av den känsliga situation som barnet kan hamna i bör en individuell prövning utföras utifrån de sökandes förutsättningar att ge adoptivbarnet en bra uppväxt. Regeringen menade att det inte fanns några skäl att anta att homosexuella föräldrar inte skulle kunna erbjuda barn en god uppväxtmiljö och tillgodose barnets behov av omvårdnad och omsorg. Dessutom var det vid tiden för lagförslaget känt att det förekom lesbiska par som utförde insemination på egen hand och i vissa fall utomlands. För att garantera barnets rätt till att få veta sitt ursprung ansåg regeringen att en svensk lagstiftning var behövlig.¹⁷⁴

I regeringens lagförslag sades att vad det gäller det rättsliga föräldraskapet är det snarare den faktiska föräldrafunktionen som ska vara avgörande än barnets biologiska ursprung. Samtidigt sades det vara viktigt att barnet garanteras två rättsliga föräldrar för att ges ekonomisk, rättslig och social trygghet. Därmed skulle samtycke av den behandlade kvinnans sambo eller partner, på samma sätt som vid heterosexuella förhållanden, inhämtas inför den assisterade befruktningen för fastställelse av hennes föräldrarättigheter. Om assisterad befruktning skulle utföras utan överensstämmelse med de antagna lagreglerna är det dock faderskapet till barnet som ska fastställas och inte en annan kvinnas föräldraskap.¹⁷⁵

¹⁷² Prop. 2004/05:137 *Assisterad befruktning och föräldraskap*.

¹⁷³ Prop. 2004/05:137, s. 37-38.

¹⁷⁴ Prop. 2004/05:137 s. 39-40.

¹⁷⁵ Prop. 2004/05:137 s. 42-44.

3.3.4 Särskilt om barnets bästa

Svensk lagstiftning har sedan lång tid tillbaka innehållit en princip om hänsyn till barnets bästa. Den första huvudsakliga barnlagstiftningen infördes i Sverige under åren 1917-1920 och 1924 kom den första barnavårdslagen. I all denna lagstiftning fanns barnets bästa som ett genomgående tema. Idag innehåller svensk lagstiftning på flera olika områden denna princip, bland annat föräldrabalken¹⁷⁶, socialtjänstlagen¹⁷⁷, namnlagen¹⁷⁸, utlänningslagen¹⁷⁹ och LVU¹⁸⁰. Principen var även vägledande vid utformandet av den brottmålsinriktade lagen med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare.¹⁸¹ Det framgår med detta att barnperspektivet uttryckligen införts i den lagstiftning vars primära syfte är att reglera förhållanden som direkt berör barn. Uttrycklig hänvisning till barnperspektivet saknas ofta i annan lagstiftning som i och för sig berör barn men vars primära syfte är att reglera om andra förhållanden.¹⁸²

I samband med att en rapport om Barnkonventionen och utlänningslagen utarbetades, nämndes några grundläggande behov som ansågs bör ingå i bedömningen av vad som är barnets bästa. För det första ska bedömning göras av barnets behov av omvårdnad och skydd. Här inbegrips såväl barnets fysiska som psykiska behov, vilka delvis är inflätade i varandra. För det andra ska i bedömningen ingå hänsyn till barnets behov av sina föräldrar. Att barnet har en varaktigt och stabilt förhållande till föräldrarna ska vara den avgjort viktigaste principen. Här framfördes som stöd att det forskningsmässigt råder enighet om att ett barns mest grundläggande behov är kontinuitet i relationen till föräldrarna. För det tredje, behöver barn respekt för sin integritet. Barnet måste få känna att det behövs och att det finns möjlighet för honom eller henne att påverka sin egen situation.¹⁸³

Då man talar om relationen mellan barn och föräldrar är det troligtvis främst Föräldrabalkens¹⁸⁴ reglering som blir relevant att se till. Bestämmelsen om principen om barnets bästa finner vi i FB 6:2a:

”Barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge.

Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall det fästas avseende särskilt vid

- risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa, och*
- barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.*

¹⁷⁶ Föräldrabalk (1949:381) 6 kap och 21 kap.

¹⁷⁷ Socialtjänstlag (2001:453) 1 §.

¹⁷⁸ Namnlag (1980:620).

¹⁷⁹ Utlänningslag (1989:529).

¹⁸⁰ Lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, 2 och 3 §§.

¹⁸¹ Lagen (1964:167) med särskilda bestämmelser om unga lagöverträdare.

¹⁸² SOU 1997:116, s. 140-141.

¹⁸³ SOU 1997:116, s. 135-136.

¹⁸⁴ Föräldrabalk (1949:381).

Hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.”¹⁸⁵

Vad som utgör barnets bästa avgörs i varje enskilt fall efter bedömning av de för ärendet individuella omständigheterna. Allt som rör barnets psykiska och fysiska välbefinnande ska beaktas vid bedömningen och hänsyn ska dessutom tas till såväl kortsiktiga som långsiktiga följder. Enligt denna regel finns det inga intressen som kan överträffa det som anses vara till barnets bästa och denna princip ska vara avgörande för domstolens beslut, även om andra intressen kan ingå i bedömningen och beaktas.¹⁸⁶

3.4 Den juridiska problematiken

Den svenska lagstiftningens negativa inställning till surrogatarrangemang verkar inte få barnlösa par att överge metoden som en möjlighet till att få barn. Snarare ser det ut som att allt fler svenska par vänder sig till utlandet för att där ta hjälp av surrogatmödrar. Eftersom sådana arrangemang är tillåtna på vissa andra håll i världen är det inte säkert att de svenska par som genomför processen utomlands är medvetna om vilka rättsliga komplikationer som kan vänta vid hemkomsten till Sverige.¹⁸⁷

Det är nämligen så att återkomsten till Sverige med ett barn som fötts av en surrogatmoder inte är helt problemfri rent juridiskt. Oväntade situationer uppkommer exempelvis i samband med folkbokföring av barnet eller vid rättsliga tvister där barnet på något sätt involveras, såsom arvs- eller underhållstvister. Bakom problematiken står moderskapspresumtionen. Det är kvinnan som föder ett barn som är att se som barnets moder och ingen motbevisning kan häva denna regels verkan. Även om en olaglig IVF-behandling har utförts så är presumtionen gällande liksom då ett surrogatarrangemang har genomförts.¹⁸⁸ I vissa fall riskerar barnet med andra ord att enbart få en vårdnadshavare eftersom den andra föräldern inte kan anses som vårdnadshavare enligt svensk lag. Detta kan sin tur medföra svåra konsekvenser exempelvis om denna enda vårdnadshavare avlider och någon anhörigadoption inte har ägt rum.¹⁸⁹

I samband med införandet av den förtydligade moderskapspresumtionen i FB 1:7 uppkom vissa internationella privaträttsliga frågeställningar. Hur skulle exempelvis tillämpningen se ut för personer som är svenska medborgare men har hemvist utomlands, eller för personer i en omvänd situation? Är tillämpningen beroende av om IVF-behandlingen har utförts i Sverige eller i utlandet? Vilket lands lag ska vara tillämplig på

¹⁸⁵ Föräldrabalk (1949:381) 6 kap 2a §.

¹⁸⁶ Se Karnov Internet, Föräldrabalk (1949:381) 6 kap 2a §, not 142, den 24 april 2011.

¹⁸⁷ Se Karnov Internet, Lag (SFS 1985:367) om internationella faderskapsfrågor 2 §, not 4, den 19 januari 2011.

¹⁸⁸ Bogdan, Michael, ”Internationellt privaträttsliga aspekter av äggdonation och surrogatmoderskap”, SvJT 2002 s. 745-746.

¹⁸⁹ Motion 2010/11:So591 Surrogatmoderskap.

moderskapsfrågan enligt svensk internationell privaträtt? Även före införandet av FB 1:7 kunde liknande frågeställningar uppkomma, vilka fortfarande är oklara idag. Om en familj reser till Sverige med ett barn som fötts av en surrogatmoder och det landet de reser från erkänner den genetiska modern, som kan vara den kvinna som tar med barnet till Sverige, som barnets faktiska mor istället för surrogatmodern; hur hanterar vi erkännandet av moderskapet? Frågans natur är känslig ur ordre public-hänseende och ställningstagande till hur man ska se på tillåtande av andra rättsordningars regler kring moderskap skulle bli nödvändigt i samband med fråga om lagstiftning kring surrogatarrangemang.¹⁹⁰

Faderskap konstituerar inte jämförelsevis samma internationella problematik som moderskap. Internationella faderskapsfrågor finns reglerade i svensk lag¹⁹¹ och faderskapet kan fastställas på två sätt, genom 2 § eller genom 5 §:¹⁹²

*2 § En man som är eller har varit gift med ett barns mor skall anses som barnets far, då det följer av lagen i den stat där barnet vid födelsen fick hemvist eller, om inte någon skall anses som barnets far enligt den lagen, då det följer av lagen i en stat där barnet vid födelsen blev medborgare. Fick barnet vid födelsen hemvist i Sverige, skall frågan dock alltid bedömas enligt svensk lag.*¹⁹³

-

5 § En talan vid svensk domstol om fastställande av faderskap eller om hävande av ett faderskap, som gäller enligt 2 §, skall prövas enligt lagen i den stat där barnet har sitt hemvist när målet avgörs i första instans.

*Frågan huruvida ett faderskap, som gäller enligt, skall anses hävt genom en fastställelse av att en annan man är barnets far bedöms enligt samma lag som har tillämpats vid fastställelsen.*¹⁹⁴

Visserligen kan tolkningsproblem rörande faderskapet uppkomma vid tillämpning av 2 § i fall då en gift surrogatmamma i utlandet har fött ett barn åt någon annan, efter insemination av en annan mans spermier än hennes makes.¹⁹⁵ Enligt ledande röster inom det internationella privaträttsliga området¹⁹⁶ är det dock inte helt främmande att tillämpa dessa regler analogt för moderskapsfrågan. I sådant fall skulle moderskapet fastställas med

¹⁹⁰ Bogdan, s. 746.

¹⁹¹ Lagen (1985:367) om internationella faderskapsfrågor.

¹⁹² Bogdan, s. 747.

¹⁹³ Lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor 2 §.

¹⁹⁴ Lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor 5 §.

¹⁹⁵ Se Karnov Internet, Lag (SFS 1985:367) om internationella faderskapsfrågor 2 §, not 4, den 19 januari 2011.

¹⁹⁶ Michael Bogdan, professor i internationell och komparativ privat- och processrätt (se Bogdan, ”Internationellt privaträttsliga aspekter av äggdonation och surrogatmoderskap”, SvJT 2002 s. 731).

tillämpning av lagen i det land där barnet fick hemvist då det föddes. Den subsidiära lösningen skulle kunna vara att lagen i det land där barnet blev medborgare vid födseln skulle tillämpas. Denna subsidiära regel skulle dock enbart aktualiseras då lagen i barnets hemviststat (vid födseln) lämnade barnet moderlöst såsom i fall då äggdonation har använts för att avla barnet och donatorn är anonym, men det enligt lag är just äggdonatorn som ska erkännas som moder. Dessutom skulle det kunna uppkomma problem om lagen uttalade att barnets medborgarskap beror på moderns medborgarskap. Denna problematik kan dock även uppkomma vid fastställande av faderskap och har ändå godtagits som lag.¹⁹⁷ Även i frågor rörande jurisdiktion skulle man kunna se till regler om fastställande och hävande av faderskap och tillämpa dessa analogt för moderskap. Enligt lagen¹⁹⁸ om internationella faderskapsfrågor 5 § (citerad ovan) ska lagen i det land där barnet vid födseln fick hemvist tillämpas för sådana frågeställningar. Förslag har också framförts om att orten för utförd IVF-behandling och barnets födelseort inte ska tilläggas någon betydelse för lagvalet eftersom de bör vara att se som tillfälliga anknytningsselement.¹⁹⁹

Förutom problematiken som kan uppkomma då de beställande föräldrarna till ett barn som fötts genom ett surrogatarrangemang, är en annan komplikation i själva utförandet av arrangemanget oförutsebarheten, exempelvis att surrogatmodern kan vägra lämna från sig barnet då det har fötts. Vem som bär föräldrarättigheterna till barnet blir då den främsta juridiska frågan. Oavsett om surrogatarrangemang är tillåtet eller inte enligt ett lands lagar kan dessa slags tvister uppkomma och bli föremål för landets domstolar. Om lagstiftningen inte innehåller någon reglering för surrogatarrangemang och domstolen behöver ta ställning till en uppkommen tvist av sådan art kan det bli nödvändigt att först göra en bedömning av tillämpligt rättsområde för tvisteämnet. Det finns nämligen flera rättsområden som kan vara av relevans, särskilt avtalsrätt och flera olika områden inom familjerätten såsom lagar rörande adoption, vårdnad och assisterad befruktning. Det blir upp till domstolen att välja den juridiska riktningen om ingen vägledning finns i lagstiftningen.²⁰⁰

Avslutningsvis är en fråga som kan belysas i sammanhanget hur myndigheters kontroll skulle se ut om surrogatarrangemang faktiskt skulle vara tillåtna enligt lag. Skulle den vara lika ingående som vid adoption? Den ytterst framstående skillnaden mellan adoption och surrogatarrangemang är ju att det i senare fallet skapas en individ för syftet att placeras hos någon annan och det alltså inte är fråga om ett redan existerande barn.²⁰¹

¹⁹⁷ Bogdan, s. 746-747.

¹⁹⁸ Lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor.

¹⁹⁹ Bogdan, s. 747.

²⁰⁰ Field, s. 7-8.

²⁰¹ Jönsson, s. 20.

3.5 Aktualitet

Tekniken för genomförande av assisterad befruktning utvecklas med tiden och det finns tecken på att fler och fler accepterar och intresserar sig för surrogatarrangemang som en metod mot barnlöshet. Det faktum att möjlighet till att genomföra surrogatarrangemang på laglig väg i utlandet, i samband med att den internationella rörligheten ökar, talar för att det inte finns några möjligheter att genom svensk lagstiftning förhindra att surrogatarrangemang genomförs och involverar personer som omfattas av vår lagstiftning.²⁰²

I oktober 2007 lämnade Birgitta Olsson och Barbro Westerholm (Fp) in en motion till riksdagen med förslag om tillsättande av en statlig utredning om surrogatmödraskap. Det framfördes att med tanke på frågans komplicerade art och de många etiska ställningstaganden som krävs i samband med frågan skulle det vara rimligt med en närmare utredning av förfarandet. Den vägledande principen i utredningen måste enligt de undertecknade vara den om barnets bästa.²⁰³

Den ovan anförda motionen är enbart en av flera motioner på området som inlämnats till riksdagen under de senaste åren. Några av de senare motionerna inkom i oktober 2010. Börje Vestlund m.fl. (S) menade att en utredning om surrogatmödraskap är nödvändig ur såväl barnets och föräldrarnas som surrogatmammans perspektiv. Föräldrar har inte rätt till sina barn men barn har en oinskränkbar och ovillkorlig rätt till sina föräldrar, såväl biologiska som sociala. Det framhålls att det i Sverige finns barn som fötts genom surrogatmödraskap och av den anledningen lever i en oklar familjesituation. De undertecknade framförde att det är totalt oacceptabelt och oetiskt att det i vissa länder växer fram en marknad där rika barnlösa par kan beställa barn från fattiga och utsatta kvinnor, varvid barn och kroppsdelar kan hanteras som handelsvaror. Dock anses att vissa former av surrogatmödraskap som är otillåtna enligt svensk rätt idag borde tillåtas. Ett exempel är då lesbiska par donerar ägg till varandra varvid spermiedonation skulle användas på samma sätt som vid vanlig insemination. Ett annat exempel är då en man har transsexuell bakgrund och hans kvinnliga partner insemineras med ägg som mannen sparar sedan före könsbytet. De undertecknade menar att förbud av dessa former av surrogatmödraskap inte varit lagstiftarens avsikt och att en ändring är nödvändig då vissa par hindras från att skaffa barn på lika villkor som andra.²⁰⁴

En annan av de motioner som inkom till riksdagen under 2010 kom från Marianne Berg m.fl. (V). Även där framfördes behovet av utredning åsyftad att se över situationen för barn som tillkommit genom surrogatmödraskap samt att se över de juridiska aspekterna av att bli förälder genom sådant

²⁰² Singer, s. 430.

²⁰³ Motion 2007/08:So543 *Surrogatmödraskap*.

²⁰⁴ Motion 2010/11:So419 *Surrogatmödraskap*.

förfarande. En analys av arrangemangs påverkan på surrogatmödrar borde enligt motionen också genomföras. Enligt de undertecknade är det för Vänsterpartiet viktigt att kvinnors kroppar inte kan köpas för barnalstrande syfte.²⁰⁵

En mer positiv inställning till surrogatmödraskap framkom i Fredrick Federleys (C) motion till riksdagen, även den inlämnad i oktober 2010. Där framfördes åsikter om de juridiska begränsningar som svensk rätt innehåller rörande surrogatmödraskap. Federley menade att det är märkligt att embryodonation, det vill säga förfaranden innebärande att såväl ägg som spermia är donerade, inte tillåts samt det faktum att ensamstående kvinnor inte har tillgång till assisterad befruktning. Ändring av dessa regler skulle enligt Federley inte innebära något medicinskt risktagande eftersom äggdonationer är tillåtna och utförs idag. Samma argument framförs som argument för tillåtande av surrogatmödraskap, bredvid resonemang om att undersökningar har visat att barn som fötts genom surrogatmödraskap inte påvisar sämre utveckling eller mående än andra barn. För att undvika det ”lagstiftningslimbo” som de personer som vänder sig utomlands för genomförande av surrogatarrangemang riskerar, eftersom den svenska lagstiftningen inte innehåller något uttryckligt förbud men inte heller innehåller någon reglering, behöver situationen enligt Federley utredas.²⁰⁶

Vid förfrågan om Sveriges riksdagspartiers politiska ställningstaganden rörande surrogatarrangemang²⁰⁷ framkom ingen omfattande debatt. Sverigedemokraterna meddelade att de inte ännu hunnit ta ställning i frågan och att de ser den som svår såväl etiskt som rättsligt. Centerpartiet uttryckte en positivitet till att utreda frågan och ville inte utge ett ställningstagande förrän sådan utredning genomförts. Kristdemokraterna intog en negativ ställning till surrogatmödraskap och uttalade att de inte ville se en ändring av den nuvarande svenska lagstiftningen. Detta med bakgrund mot åsikten att metoden bryter mot den naturliga relation som råder mellan moder och barn under graviditeten samt på grund av risken för kommersialisering och utnyttjande av kvinnor. Vänsterpartiet uttalade att de är emot en tillåtande lagstiftning för surrogatmödraskap men att de däremot har en positiv inställning till behandling av kvinnor med donerade ägg och spermier samtidigt. Som resonemang bakom inställningen att surrogatmödraskap ska vara otillåtet menade Vänsterpartiet att det finns en risk för exploatering av de kvinnor som ställer upp som surrogatmödrar. Samtidigt framhölls dock att den juridiska problematik som barn vilka fötts genom surrogatarrangemang försätts i måste lösas eftersom det framför allt är barnet som drabbas negativt av att den svenska lagstiftningen inte erkänner den ena eller båda föräldrarna som vårdnadshavare.

²⁰⁵ Motion 2010/11:So591 *Surrogatmoderskap*.

²⁰⁶ Motion 2010/11:So475 *Utredning om surrogatmödraskap*.

²⁰⁷ Förfrågan skickades till samtliga vid tidpunkten sittande riksdagspartier, varav fem utav åtta besvarade frågan.

4 Utländsk rätt

4.1 Inledning

Som jag tidigare i arbetet har förklarat förekommer surrogatarrangemang i världen oavsett den svenska lagstiftningens inriktning. Det råder med andra ord inte global consensus inom området och det finns positivt inställd lagstiftning i utlandet som även barnlösa svenska par kan använda sig av, såväl inom Europa som utanför. Här presenteras några exempel på rättsordningar som inom området, på olika sätt, skiljer sig från den svenska.

4.2 Finland

Sedan 2007 är surrogatarrangemang förbjudna enligt finsk lagstiftning.²⁰⁸ Förbudet infördes i samband med att en ny lag rörande assisterad befruktning trädde i kraft. Lagen gav alla kvinnor rätt att erhålla fertilitetsbehandling såvida de generella villkoren för sådan behandling uppfylldes, även för det fall kvinnan var ensamstående. Rörande surrogatarrangemang uttalades i samband med lagen att om det finns anledning att misstänka att den behandlade kvinnan kommer att adoptera bort barnet som skapas genom assisterad befruktning, på sådant sätt som konstituerar ett surrogatarrangemang, får behandlingen inte tillhandahållas.²⁰⁹

Från tiden då surrogatarrangemang var tillåtna i Finland finns en undersökning av genomförda så kallade IVF-surrogatarrangemang²¹⁰ under perioden 1991 till 2001. Av undersökningen framkommer att altruistiska arrangemang fungerade väl om noggrann rådgivning och genomgående stöd erbjöds de involverade parterna. Under perioden genomförde 17 barnlösa par försök att få barn genom surrogatarrangemang. Fyra av paren kom från utlandet, varav två par var svenskar, ett par kom från Norge och ett från Danmark. Medelåldern för de barnlösa kvinnor som önskade genomförande av surrogatarrangemang var 33 år, med deltagare från 20 till 40 år. En av

²⁰⁸ Helsinki Times, *Finnish Family Federation wants surrogacy ban lifted*, publicerad 6 juli 2009, <http://www.helsinkitimes.fi/htimes/domestic-news/general/6988-finnish-family-federation-wants-surrogacy-ban-lifted.html> (hämtad 2011-06-08).

²⁰⁹ Ministry of Justice, Finland, *Act on fertility treatment in force*, publicerad 11 september 2007, <http://www.om.fi/en/Etusivu/Ajankohtaista/Uutiset/1188969402051> (hämtad 2011-06-08).

²¹⁰ Innebärande att den genetiska modern genomgår en hormonbehandling varefter äggceller plockas ut och befruktas med hennes partners sperma utanför kroppen. Embryot placeras därefter i en surrogatmoder som bär fram barnet och överlämnar det till de genetiska föräldrarna efter förlossningen. (Se Söderström-Anttila, Viveca et al.: "Experience of in vitro fertilization surrogacy in Finland", *Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica*, vol 81, 2002, s. 747).

klirikernas förutsättningar för behandling var att de barnlösa paren på egen hand skulle finna sina surrogatmodrar och i de flesta fallen var det en närstående släkting eller vän till paret som var surrogatmoder. Surrogatmödrarna var från 29 till 52 år gamla, med en medelålder på 36 år, och samtliga hade framburit åtminstone ett barn tidigare.²¹¹

Såväl den genetiska modern som surrogatmodern genomgick inför arrangemanget medicinska undersökningar för uteslutande av skäl mot genomförandet. Alla involverade parter genomgick dessutom ingående psykologisk rådgivning. I surrogatmödrarnas och deras eventuella partners rådgivning ingick även vägledning i hur de kunde förbereda eventuella egna barn på att barnet som de visste växte i modern skulle lämnas bort till en annan familj.²¹²

Det juridiska överlämnandet av föräldrarättigheterna för barnet efter födseln hade för de finska paren utförts på två sätt. I de flesta fallen hade barnet överlämnats till den genetiska fadern direkt efter födseln och den genetiska modern hade senare adopterat barnet för att bli gemensam förälder med fadern. Adoptionen kan slutföras tidigast två månader efter barnets födsel. I praktiken hade dock alla de deltagande paren omhändertagit barnet direkt efter födseln.²¹³

I undersökningen framkom att två av surrogatmödrarna hade drabbats av förlösningsdepression efter arrangemangets genomförande. Risken för sådan depression menade de som utfört studien betonar vikten av noggrann psykologisk rådgivning och stöd under såväl inledningsskedet av arrangemanget som efter dess slutförande.²¹⁴

4.3 Storbritannien

Den aktuella brittiska lagstiftningen om surrogatarrangemang finns i 1985 års ”*The Surrogacy Agreements Act*”. Kommersiellt surrogatmödraskap är enligt lagen kriminaliserat för de personer, förmedlingar eller organisationer som förhandlar fram eller på annat sätt hjälper till att utföra kommersiella surrogatarrangemang mot betalning.²¹⁵ Lagstiftningen tillåter dock altruistiska surrogatarrangemang. Bakom denna inställning står en rapport²¹⁶ upprättad av Mary Warnock, vilken kom att bli vägledande för hela den brittiska synen på förfarandet. I rapporten framkommer att för etisk acceptans måste skälen för surrogatarrangemanget vara mycket starka och alla former av kommersiella surrogatmödraskap ska vara strikt otillåtna.²¹⁷

²¹¹ Söderström-Anttila, s. 747-748.

²¹² Söderström-Anttila et al., s. 749.

²¹³ Söderström-Anttila et al., s. 749-750.

²¹⁴ Söderström-Anttila et al., s. 750-752.

²¹⁵ Jönsson s. 68.

²¹⁶ Warnock, Mary, *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation & Embryology*, Basil Blackwell, Oxford 1985

²¹⁷ Jönsson, s. 67 samt Warnock, s. 46-47.

Att enbart genomgå behandlingen för bekvämlighets skull uttalas vara "...*totally ethically unacceptable*..." och det ska enligt de som står bakom rapporten även vid trängande medicinska skäl göras en bedömning av risken för exploatering i det enskilda fallet. Det framförs i rapporten att risken för exploatering i de allra flesta fall överväger de personliga fördelar som är att hämta ur surrogatarrangemang och det faktum att en person används för någon annans syfte måste alltid ifrågasättas och placeras i en moralisk kontext. Framför allt när ekonomiska medel aktualiseras i samband med arrangemanget är risken stor för exploatering, varför kommersiella surrogatarrangemang ifrågasätts särskilt.²¹⁸

Det är alltså enbart altruistiska surrogatarrangemang som tillåts enligt brittisk lagstiftning, även om kommersiella sådana var tillåtna fram till år 1985. Det finns inte heller någon juridisk bundenhet mellan parterna som gjort en överenskommelse om arrangemanget. Surrogatmodern kan alltså när som helst ändra inställning om sitt deltagande och välja att träda ut ur avtalet. Vid barnets födsel måste surrogatmodern och den beställande fadern registreras som barnets föräldrar, såvida inte surrogatmodern är gift; då ska hennes make registreras som barnets far. Därefter kan ett dokument kallat *Parental Responsibility Agreement* upprättas mellan surrogatmodern och den beställande fadern för att de gemensamt ska ha samma rättigheter till barnet. Vid sex veckors ålder kan de tänkta föräldrarna ansöka om föräldraskapet till barnet och om det beviljas övertar de beställande föräldrarna rättigheterna till barnet.²¹⁹

Enligt en frivilligorganisation för surrogatarrangemang i Storbritannien²²⁰ är det upp till de involverade parterna att bestämma vad de anser vara rimlig ersättning att ge surrogatmodern för hennes tjänst. Enligt lag får nämligen ingen annan kompensation än rimlig ersättning utges av de barnlösa till surrogatmodern utan att det ska vara tal om ett kommersiellt arrangemang. Vägledning kan dock ges i form av att ersättningen ska följa av kostnader med koppling till graviditeten.²²¹

Enligt samma frivilligorganisation framhålls att det är olagligt för såväl villiga surrogatmödrar som villiga beställare att annonsera om surrogatarrangemang. Dessutom betonas att avtal som upprättas om surrogatarrangemang inte har juridisk bundenhet för någon av parterna. När barnet har fötts och den tänkte fadern till barnet antecknas som fader i barnets födelseattest, erhåller han lika rätt till barnet som surrogatmodern. Om sedan, tidigast sex veckor efter födseln, en *Parental Order* skrivs mellan parterna övergår samtliga föräldrarättigheter till de tänkta föräldrarna.²²² Skillnaden mellan ett *Parental Responsibility Agreement* och en *Parental Order* är alltså att den förstnämnda ger barnets tänkta fader och surrogatmodern jämlik rätt till barnet i väntan på upprättandet av det senare

²¹⁸ Warnock, s. 46.

²¹⁹ Jönsson, s. 67-68.

²²⁰ COTS; "Childlessness overcome through surrogacy"

²²¹ <http://www.surrogacy.org.uk/FAQ1.htm> (hämtad 2011-04-20)

²²² <http://www.surrogacy.org.uk/FAQ1.htm> (hämtad 2011-04-20)

dokumentet²²³ då surrogatmoderns rätt till barnet upphävs. Då upprättas en ny födelseattest med de tänkta föräldrarnas namn och den gamla attesten, med angivande av surrogatmodern, arkiveras. Den som ansöker om föräldrarättigheter enligt en Parental Order måste vara gift, ha fyllt 18 år och ha hemvist i Storbritannien. Dessutom måste en eller båda de ansökande ha genetiskt band med barnet som ansökan avser.²²⁴

4.4 Tyskland

Tysk lagstiftning innehåller inga specifikt utformade regler för surrogatarrangemang men det finns vissa bestämmelser vars tillämplighet omöjliggör förfarandet, såsom adoptionslagar vilka förbjuder och kriminaliserar oberoende adoptioner. En vanligt förekommande uppfattning som framkommer i den tyska rätten är också att om det förekommer ekonomiskt vederlag så är surrogatarrangemanget att se som illegal barnhandel. Att driva en förmedling med syfte att förmedla kontakter för surrogatarrangemang kan leda till fängelsestraff, sedan förbud om sådan organisation infördes i lagen år 1989.²²⁵

I begreppet surrogatmödraskap inkluderas enligt tysk rätt såväl befruktning genom samlag som artificiell befruktning samt embryoimplantation, när befruktningen kombineras med en överenskommelse om att någon annan ska överta föräldrarättigheterna efter den födande kvinnan. Föräldrarättigheterna i sig regleras av landets familjerättslagstiftning.²²⁶

4.5 Frankrike

“All agreements relating to procreation or gestation on account of a third party are void.”²²⁷

Bestämmelsen stadgas i den franska lagsamlingen Code Civil, artikel 16-7.²²⁸ Frankrike har i övrigt ingen lag som specifikt reglerar surrogatmödraskap. Det finns dock sedan år 1988 stöd i lagstiftningen för att ingripa om någon bryter mot förbudet om att uppmuntra föräldrar att för ekonomisk vinning överge ett blivande barn, varvid det även så framkommer att i synnerhet kommersiella surrogatarrangemang är otillåtna.²²⁹

²²³ <http://www.surrogacy.org.uk/pru.htm> (hämtad 2011-06-09).

²²⁴ <http://www.surrogacy.org.uk/parental-order.htm> (hämtad 2011-04-20).

²²⁵ Jönsson s. 69.

²²⁶ Jönsson s. 69.

²²⁷ Code Civil artikel 16-7, se

http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm (hämtad 2011-06-08).

²²⁸ Code Civil, http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm (hämtad 2011-06-08).

²²⁹ Jönsson s. 70.

I april 2011 uttalades av fransk domstol, Cour de Cassation, en upprätthållelse av det franska förbudet mot surrogatarrangemang. Målet gällde franskt medborgarskap för ett par tvillingflickor på tio år vars föräldrar var franska medborgare men vars biologiska mor, dvs. den kvinna som hade fött flickorna, var en amerikansk surrogatmoder. Kalifornisk domstol hade fastställt det franska paret som föräldrar till flickorna, ett beslut som Cour de Cassation menade inte kunde verkställas i Frankrike med tanke på den där rådande lagstiftningen. Domstolen ansåg dock inte att det fanns anledning att hindra flickorna från att leva med de, av den amerikanska domstolen fastställda, föräldrarna i Frankrike. I skrivande stund är det ännu osäkert om målet kommer att överklagas och tas upp vid Europadomstolen.²³⁰

I samband med att det ovan nämnda beslutet fattades av Cour de Cassation publicerade en amerikansk förmedling²³¹ för surrogatarrangemang ett meddelande till de franska klienter som förmedlingen då var i kontakt med. I meddelandet sägs att det som franska beställande föräldrar bör tänka på i framtiden, då förhållandena kan vara av samma slag, är att de inte ska vända sig till det franska konsulatet i USA för att upprätta franska pass till sina barn, eftersom konsulatet då blir upplyst om att barnet fötts genom surrogatarrangemang.²³²

4.6 USA

Man kan se en viss röd tråd mellan de ovan angivna utländska exemplen. I de flesta länderna finns förbud eller kriminalisering mot surrogatmödraskap och i de länder där det faktiskt har tillåtits hålls ändå regleringen mycket restriktiv. I USA ser förhållningssättet dock annorlunda ut även om lagstiftningen kan skilja sig mycket beroende på delstat. Den federala lagstiftningen innehåller ingen reglering om surrogatarrangemang.²³³

Enligt en amerikansk surrogatarrangemangsförmedling²³⁴ anses USA som ett av de mest prefererade länderna i världen för barnlösa européer och personer av annan nationalitet. Detta sägs vara på grund av USA:s fördelaktiga lagstiftning inom området samt rådande sociala och medicinska förhållanden. Enligt förmedlingen tillåter nästan varje delstat kommersiella surrogatarrangemang och det kan enligt dem vara relativt enkelt för ett par från ett annat land att skaffa barn i USA. De tänkta föräldrarna behöver bara resa till USA totalt tre till fyra gånger och de flesta föräldrarna kan

²³⁰ The New York Times, *France: Surrogacy Ban Affirmed*, publicerad 6 april 2011 <http://www.nytimes.com/2011/04/07/world/europe/07briefs-Surrogacy.html> (hämtad 2011-04-20).

²³¹ Circle Surrogacy Ltd.

²³² <http://www.circlesurrogacy.com/en/component/k2/item/174-memo-menesson-decision> (hämtad 2011-04-20).

²³³ Jönsson, s. 71.

²³⁴ Circle Surrogacy Ltd., <http://www.circlesurrogacy.com/> (hämtad 2011-04-23).

återvända till sitt hemland tillsammans med barnet ungefär två veckor efter födseln med sina namn på barnets födelseattest och på barnets amerikanska pass.²³⁵ En annan amerikansk förmedling²³⁶ ger mer information på detta område. Enligt denna förmedling ansöker den eller de tänkta föräldrarnas juridiska biträde vid domstol, i graviditetsveckorna 20-24, om att få föräldrarnas namn placerade på barnets födelseattest. Efter barnets födsel behöver föräldrar från utlandet stanna kvar i USA i ungefär två veckor för att invänta födelseattest och pass.²³⁷ Denna förmedling ger även information om hur surrogatmödrar kompenseras, dvs. utöver beställarnas övriga kostnader för täckande av själva arrangemanget:

*“Surrogate mother compensation varies case to case. Typically a surrogate mother’s fee will range from \$20,000 to \$35,000, depending on experience. We ask that surrogate mothers realize the more reasonable their requested compensation, the sooner they will be matched. Surrogacy is a very costly process and can cause financial strain on individuals wanting to have a child.”*²³⁸

4.7 Ukraina

Enligt en ukrainsk surrogatförmedlings hemsida²³⁹ är just Ukrainas lagstiftning inom området den mest förmånliga i världen och det sägs att individers rätt till reproduktion har lagstiftningens fulla stöd.²⁴⁰ Enligt förmedlingen innehåller den ukrainska lagen därmed en mer logisk inställning till surrogatarrangemang än lagstiftningen i majoriteten av de övriga europeiska länderna. Vid surrogatarrangemang i Ukraina är det enligt förmedlingen de tänkta föräldrarnas namn som placeras i barnets födelseattest, oavsett om barnet genetiskt är deras eller om donation har ägt rum,²⁴¹ och rättsligt sett tillhör barnet enbart dessa föräldrar och aldrig surrogatmodern. Det sägs att surrogatmodern inte *kan* få behålla barnet efter födseln,²⁴² skulle hon trots allt vilja detta är det att tolkas som ett allvarligt lagbrott, såsom kidnappning, och hanteras därefter.²⁴³ Förmedlingen menar också generellt att utförandet av surrogatarrangemang i Ukraina inte leder

²³⁵ <http://www.circlesurrogacy.com/sv/international/european-union> (hämtad 2011-04-20).

²³⁶ Egg Donor Surrogacy USA,

http://www.eggdonorsurrogacyusa.com/parents_surrogacy.php (hämtad 2011-04-23).

²³⁷ http://www.eggdonorsurrogacyusa.com/parents_surrogacy.php (hämtad 2011-04-23).

²³⁸ http://www.eggdonorsurrogacyusa.com/surrogate_compensation.php (hämtad 2011-04-23).

²³⁹ <http://en.surrogacy-ukraine.com/>, som erbjuder ”Euroconsultning”; ”...the first and unique legal service in Ukraine, which offers a package approach to surrogacy and protects your interests from the moment you sign a contract with us till getting an official Birth certificate of your child.” <http://en.surrogacy-ukraine.com/about.php> (hämtad 2011-04-23).

²⁴⁰ <http://en.surrogacy-ukraine.com/> (hämtad 2011-04-23).

²⁴¹ Enligt hemsidan finner man lagstödet för denna information i ”clause 3 of article 123 of the Family Code of Ukraine”

²⁴² <http://en.surrogacy-ukraine.com/> (hämtad 2011-04-23).

²⁴³ <http://en.surrogacy-ukraine.com/faq.php> (hämtad 2011-04-23).

till några juridiska problem av något slag. Det kommer enligt uppgift inte att finnas information i barnets födelseattest om varken surrogatmodern eller arrangemanget. Det sägs även att ingen kommer att kunna hindra barnets tänkta föräldrar från att resa med barnet vart de än önskar.²⁴⁴

På samma förmedlings hemsida finns vidare information om hur surrogatarrangemang enligt ordningen genomförs rent praktiskt. De tänkta föräldrarna väljer inledningsvis önskat paketerbudande för sitt surrogatarrangemang och åker sedan till Kiev för att träffa surrogatmodern samt besöka kliniken. Om det första befruktningförsöket lyckas har föräldrarna efter nio månader ett barn att hämta. Förmedlingen säger sig hantera alla moment som ingår i paketerbudandet, de ombesörjer bland annat all kontakt mellan parterna. När barnet är fött hanterar förmedlingen även det pappersarbete som krävs, såsom födelseattesten och utresevisum, vilket enligt uppgift normalt sett inte tar längre än två veckor från födseln att färdigställa.²⁴⁵

Förutom den ovan angivna informationen finns på hemsidan även uppgift om pris för utförandet av ett surrogatarrangemang genom förmedlingen. Priset beror på vilket ”package” man väljer, varvid det billigaste kostar 5 000 Euros.²⁴⁶ Det finns också möjlighet att kundanpassa sitt paket. Förmedlingen har ingen åldersgräns för beställaren, som kan vara ett gift par eller en ensamstående kvinna. Det finns heller ingen väntelista vilket gör att det inte behöver dröja mer än två till tre dagar innan förslag om passande surrogatmoder skickas till beställarna.²⁴⁷

4.8 Indien

Indien är ett av de länder som ofta uppkommer i diskussionen om surrogatarrangemang. Det är ofta just Indien som är föremål för argumenten om nedvärdering och exploatering av den kvinna som ställer upp som surrogatmoder i arrangemanget.

Enligt en fertilitetsklinik²⁴⁸ i New Delhi är Indien på väg att bli ledande inom internationella surrogatarrangemang. Det ökade intresset för att utföra arrangemanget i just Indien, menar kliniken beror på den relativt låga kostnad som valet innebär i jämförelse med andra länder. Den totala kostnaden för arrangemanget kan uppgå till mellan 10 000 – 28 000 US Dollars. Vidare menar kliniken att Indiens flexibla lagstiftning kring surrogatarrangemang är en av anledningarna till att fler vänder sig dit. Det framhålls att the Supreme Court of India år 2008 fastställde att

²⁴⁴ <http://en.surrogacy-ukraine.com/faq.php> (hämtad 2011-04-23).

²⁴⁵ <http://en.surrogacy-ukraine.com/faq.php> (hämtad 2011-04-23).

²⁴⁶ Erbjudandet om paketpris av detta slag verkar inte vara unikt för den citerade förmedlingen, se exempelvis även: <http://www.surrogate-mother-cost.com/indexeur.html> (hämtad 2011-04-23), där olika paket och dess priser presenteras.

²⁴⁷ <http://en.surrogacy-ukraine.com/faq.php> (hämtad 2011-04-23).

²⁴⁸ Delhi IVF, Fertility Research Centre.

kommersiella arrangemang är tillåtna, vilket gav Indien en fördel på surrogatmarknaden.²⁴⁹

På grund av denna växande framgång för surrogatmarknaden i Indien har nu the Ministry of Health and Family Welfare tillsammans med the Indian Council of Medical Research upprättat ett utkast till ny lagstiftning på området assisterad befruktning. I utkastets inledning uttrycks hur en exploaterande marknad har vuxit fram under de senaste 20 åren med mycket snabbt uppkommande kliniker över hela landet. Det framhålls att vem som helst kan öppna en sådan klinik, utan tillstånd från något håll. På grund av allmänintresset av att dessa kliniker uppfyller etiska villkor och bevarar de behandlades rättigheter anser författarna av utkastet att lagstiftning är nödvändig inom området.²⁵⁰

Ett tidigare utkast om reglering av surrogatarrangemang upprättades år 2008 men kritiserades bland annat för att inte angripa de nya aktörerna på marknaden, såsom marknadsförande agenturer, och för att inte uttryckligen erkänna surrogatmödrars rättigheter i förhållande till etablerade kontrakt mellan de involverade parterna. Det är oklart vilken vikt den nya lagstiftningen skulle få i praktiken om 2010 års utkast skulle godtas men det skulle troligtvis innebära diskvalificering av homosexuella barnlösa och par, såväl som ensamstående, från länder där surrogatarrangemang är förbjudna som kandidater till surrogatarrangemang.²⁵¹

²⁴⁹ http://www.delhi-ivf.com/legal_aspect.html (hämtad 2011-04-20).

²⁵⁰ "Draft: The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill – 2010", Ministry of Health & Family Welfare Govt. of India, New Delhi, Indian Council of Medical Research, New Delhi.

²⁵¹ Psychology Today, *India moves toward regulation of assisted reproduction and surrogacy*, publicerad 18 februari 2011
<http://www.psychologytoday.com/blog/genetic-crossroads/201102/india-moves-toward-regulation-assisted-reproduction-and-surrogacy> (hämtad 2011-04-20)

5 Analys

5.1 Inledning

Inledningsvis vill jag kommentera mitt val av terminologi i detta arbete. Jag använder mig av benämningen *surrogatarrangemang* istället för de mer populära termerna surrogatmödraskap och surrogatmoderskap. Detta har sin bakgrund i att jag har velat belysa hela processen som förfarandet innebär, det vill säga såväl motiv och inledande kontakter mellan parterna som själva graviditeten och följderna efter processens avslutande. Jag tolkar det som att *surrogatmödraskap* åsyftar surrogatmoderns roll under graviditeten, att hon bär fram barnet, och att *surrogatmoderskap* åsyftar surrogatmoderns frånträde från sina föräldrarättigheter, varför flera moment i arrangemanget som jag velat belysa inte ryms i dessa benämningar. Jag har dock valt att behålla ordet *surrogat*. Som jag ser det är det surrogatmoderns kropp som utgör ”ersättningen” och inte bara hennes livmoder. Jag ser emellertid en skillnad mellan att kvinnan har valt att använda sin kropp på detta sätt i jämförelse med att hon skulle använda sin *person* för syftet. Kvinnan blir förstås som person också i hög grad inblandad men det är inte i huvudsak personen som är föremål för tjänsten i förhållande till beställarna och personligen lägger jag inget negativt värde i användningen av ordet *surrogat*.

5.2 Surrogatarrangemang i svensk rätt

I grunden för den svenska lagstiftning som omfattar surrogatarrangemang (även om inte uttryckligen i lagtext) står moderskapspresumtionen. Att modern till ett barn är den kvinna som föder barnet är en grundsats som sedan lång tid tillbaka har varit gällande i Sverige. Jag förstår syftet bakom denna regel och jag kan tänka mig situationer, särskilt förr i tiden, då kvinnor kunde behöva detta slags skydd för rätten att behålla det barn hon fött. Jag ser också avsikten med att införa reglering om presumtionen i lag år 2003 som rimlig. Det är genom denna reglering som tillåten användning av surrogatmoder i Sverige omöjliggörs, eftersom enbart den som föder fram barnet är att ses som barnets moder och ingen annan som kan ha bidragit med genetiskt material. Att syftet med regeln var att även omfatta surrogatarrangemang är klart men någon särskilt detaljerad förklaring till varför beskrivs inte.²⁵² Lagstiftaren verkar dock anse att en av de främsta bristerna med surrogatarrangemang är att surrogatmodern avtalar bort sin rätt till barnet innan barnet har skapats eller fötts. En annan brist sägs vara att det är oetiskt att använda en annan kvinna som resurs för lösning av någon annans problem. En tredje brist som ofta betonas i den svenska argumentationen, som stöd för den rådande lagstiftningen, är att det ur

²⁵² Prop. 2001/02:89 s. 55.

barnets perspektiv inte är önskvärt med surrogatarrangemang. Dessa tre brister har jag åtskiljt tänkt se närmare på.

5.2.1 Att i förväg avtala bort föräldrarättigheten till ett barn

Utan att förklara en åsikt om att surrogatarrangemang bör tillåtas enligt svensk rätt vill jag här presentera vilka aspekter som jag anser bör övervägas *för det fall* det skulle bli aktuellt med en ändring av regleringen.

Vi börjar med att se till hur surrogatarrangemang inleds. Det hela beror på om det finns parter som är intresserade av att delta i utförandet av metoden. Det behövs åtminstone en tänkt förälder å ena sidan och en surrogatmoder å andra sidan. Mellan dem kan det finnas en förmedling eller organisation som sköter det mesta runt omkring arrangemanget. Kanske finner parterna varandra privat och utför arrangemanget utan någon mellanhand men det finns då troligtvis ändå någon slags klinik som är involverad.

Oavsett hur parterna finner varandra krävs för medverkan avsikten att ingå i arrangemanget. Varför någon söker efter en surrogatmoder att bära ett barn åt honom eller henne kan bero på mycket olika motiv. I arbetets deskriptiva del presenterar jag tänkta föräldrars motiv som sorteringsbara i något av två huvudled; medicinska eller praktiska skäl. Jag framförde att vissa motiv bemöts med större motvilja än vissa andra. Huruvida man själv anser särskilda skäl som berättigade och andra inte, är en fråga. En annan fråga är hur en tillåtande lagstiftning bör ställa sig till olika typer av motiv. Personligen anser jag det vara rimligt med en bedömning i det enskilda fallet. Det är svårt att i förväg tänka sig alla möjliga anledningar som personer kan ha till att få barn genom någon annans frambärande och därför borde man inte avgränsa möjligheten i alltför stor grad. Jag tycker dock att det är rimligt att kräva att de godtagna skälen ska vara av medicinska slag och att andra möjliga metoder ska ha uttömts. Som Mary Warnock²⁵³ uttalade inför ändringen av den brittiska lagstiftningen anser även jag att bruk av surrogatarrangemang av bekvämlighetsskäl är oacceptabelt ur etisk synvinkel, i synnerhet eftersom risken för exploatering i sådant fall dominerar över motivet. Personligen ifrågasätter jag också sådana bekvämlighetsskäl som går ut på att det inte finns utrymme i den önskande förälderns liv att vara gravid. Finns det då ändå tid att under hela livet uppföstra och vårda barnet till den grad som barnet behöver?

Vid en enskild bedömning av huruvida en önskande förälder ska få möjligheten att ingå ett surrogatarrangemang skulle flera bedömningskriterier kunna ingå. Förutom bedömningen av motivet kan man som vägledning se till den lämplighetsbedömning som utförs inför assisterad befruktning enligt svensk rätt. Medicinska, psykologiska och

²⁵³ Warnock, s. 46.

sociala förhållanden ska då bedömas och behandling får enbart beviljas om den läkare som utför bedömningen kan anta att barnet kommer att leva inom goda förhållanden. Den behandlade föräldern måste uppriktigt önska sig barn och ha förmåga att uppfostra och vårda barnet. Han eller hon måste också kunna hantera barnets ursprung och se det som sitt eget, samtidigt som det måste bedömas huruvida föräldern kommer att berätta för barnet om dess ursprung. Lämpligheten av den önskande föräldrarnas ålder kan också bedömas.

Om vi går vidare och ser till de motiv som kan ligga bakom en surrogatmoders medverkan i arrangemanget, framkommer även här skäl av olika slag. Om kvinnans främsta anledning till medverkan är ett ekonomiskt utbyte som hon har att vänta är hennes motiv att se som kommersiellt. I sig anser jag att detta skäl är acceptabelt. Varför skulle inte kvinnan få kräva kompensation och varför ska hennes medverkan i någonting som hon själv väljer villkoras av att hon måste göra det gratis? Jag kan jämväl finna argument för svaret på dessa frågor; eftersom medverkan inte är *gratis*. Argumentet ligger i risken som kvinnan lider att bli utnyttjad. I längden finns också risken för en skadad syn på kvinnor och reproduktion. Här ligger även en fråga om hur mycket kvinnan kan kräva att ta betalt av den eller de tänkta föräldrarna. Ju mindre ersättning hon tar emot, desto mer exploaterad kan hon anses vara, i och med att omvärlden kan anse att tjänsten är mer värd än den kompensation som kvinnan erhåller. Ju högre ersättning hon tar emot, desto svårare kan det samtidigt bli för henne att grundligt överväga sitt deltagande. Kanske får kvinnan i samband med arrangemanget erbjudande om en summa pengar som hon annars aldrig skulle få chans att mottaga eller arbeta ihop och små tvivel som hon kanske har haft angående sin medverkan kan då komma att kompromissas bort av henne när hon ser utbytet som uppnåeligt. En parallell till verkligheten kan här dras. I det citat från en amerikansk surrogatskapsförmedling som jag presenterade i den deskriptiva delen framförs att när surrogatmödrar sätter priset för sin medverkan bör de ha i åtanke att ju lägre deras begärda kompensation är, desto fortare kommer de att få ett erbjudande, samt att ett högt satt pris kan innebära en ekonomisk påfrestning för de önskande föräldrarna. Detta uttalande anser jag är menat att påverka de kvinnor som ställer upp som surrogatmödrar. När de ska värdera sin egen medverkan ska de ha de tänkta föräldrarna i åtanke. Ett starkt argument emot kommersiella surrogatarrangemang anser jag därmed vara att det i sådana fall inte finns fullt utrymme för kvinnan att själv kontrollera sin situation utan påverkan kommer ständigt att förekomma från olika håll.

Det är emellertid inte bara fråga om pengar när man talar om surrogatarrangemang. Många surrogatmödrar genomför arrangemang utan att kräva någon personlig ersättning överhuvudtaget. I många delar av världen är det enbart sådana altruistiska surrogatarrangemang som tillåts enligt lag. Jag tror att det oftast vid dessa slag av arrangemang är en närstående kvinna till den eller de barnlösa som genomför surrogatmödrskapet för den andres skull. Fortplantningsproblem är inte ovanliga och jag tror att nästan alla känner eller är bekant med någon som

på något sätt är drabbad. Om inte, tror jag att de allra flesta ändå kan relatera till det lidande som problemen kan innebära. För att känna styrka nog att ställa upp som ickekompenserad surrogatmoder tror jag att det i de flesta fall krävs en nära anknytning. Samtidigt krävs det förmodligen en viss personlighet. Många kvinnor skulle troligtvis inte ens ställa upp om de erbjöds en överflödig kompensation, just på grund av tjänstens natur. Med detta sagt vill jag gå in på vad uppgiften kan innebära för surrogatmodern. Ett motiv till att genomföra arrangemanget kan nämligen vara att kvinnan känner sig oerhört viktig i sin roll och hon är stolt över vad hon får tillföra. Mitt inledande citat i arbetets första avsnitt speglar detta till viss del. Kvinnan verkar mena att inte vem som helst kan vara surrogatmoder utan att det krävs vissa egenskaper hos henne som person för att klara av det. Hon verkar uppvisa en stark stolthet. Detta anser jag är befogat. Dock återkommer jag till resonemanget som jag tidigare framförde vid diskussionen om kommersiella surrogatarrangemang. Jag menar att det ofta förekommer någon slags påverkan vilket influerar kvinnans beslut. Ett informerat och fritt val behöver inte vara ett opåverkat val. I synnerhet förekommer troligtvis påtryckningar i fall då förmedlingar är involverade i arrangemanget. Jag syftar emellertid i detta resonemang även på påverkan som ligger i kvinnans undermedvetna, såsom att hon exempelvis sett sin närstående må otroligt dåligt under en lång period och hon innerligt vill vara till hjälp, men hon skulle inte ha övervägt lösningen om hon inte hade sett problemets effekter på den barnlöse.

Frågan är om det någonsin ens är möjligt att göra ett helt opåverkat val. Sociala, kulturella och religiösa faktorer spelar troligtvis någon slags roll i alla val som alla människor gör. Just vad det gäller surrogatmödraskap tror jag att det i många länder är ett tabubelagt ämne och att kvinnor som genomför det måste hålla sin medverkan hemlig för omvärlden för att inte riskera att smutskastas. I vissa länder förekommer kanske samtidigt hinder för kvinnor att arbeta överhuvudtaget och deras roll i samhället kanske anses vara "barnaföderskor". Skillnaden i jämförelse med denna tilldelade roll är väl att vid surrogatmödrskapet kan kvinnan eventuellt få betalt för den uppgift hon ibland anses vara skapad för och jag tror att en del av problematiken där ligger i att kvinnan anses arbeta och bidra till försörjning för sin familj, vilket kan vara att anse som mannens uppgift. I ett sådant fall talar med andra ord *samhället* emot kvinnans deltagande i surrogatarrangemang medan den *ekonomiska kompensationen* är den faktor som påverkar kvinnans val. Troligtvis är det av denna anledning som surrogatarrangemang i fattiga länder orsakar sådana intensiva debatter inom ämnet.

En avslutande fråga som jag uppställer i detta avsnitt är hur man i en tillåtande lagstiftning bör se på själva avtalandet som äger rum mellan de tänkta föräldrarna och surrogatmodern. Resonemangen gränsar här till etiska värderingar och jag anser att man inte ensamt kan tala om juridiskt avtalande i detta fall eftersom det i hög grad involverar mänskliga värden. Olika argument togs upp i den deskriptiva delen av detta arbete, bland annat att relationen mellan mor och barn riskerar att skadas om juridiska avtal

anses upprättbara i dessa situationer, att det kan leda till framväxandet av en marknad där det anses tillåtet att utnyttja kvinnors kroppar såsom handelsvaror, samt att det kan ifrågasättas huruvida ett sådant juridiskt upprättat avtal överhuvudtaget skulle kunna vara verkställbart i slutändan.

Även om det är svårt att säga hur en naturlig koppling mellan mor och barn normalt ser ut kan man tänka sig att det är en mycket svår uppgift för en kvinna att inte känna anknytning till det barn som hon bär på i nio månader och sedan föder fram. Många surrogatmödrar menar att det är möjligt eftersom de vet att barnet inte är deras eget. Hur man ska se på kvinnans bestämmanderätt över sin kropp är i detta hänseende en intressant fråga. Kvinnan nyttjar sin rätt till självbestämmande när hon medverkar i arrangemanget men vad det gäller barnet, som under graviditeten är en del av hennes kropp, verkar det inte ingå i hennes rättighetssfär. Vid jämförelse med abort är situationen inte densamma, då ingår fostret i kvinnans bestämmanderätt även om fadern förstås också har talan i beslutet. Vid surrogatarrangemang kan ett beslut om abort uppfattas ligga i någon annans händer, även om aborten inte enbart berör fostret utan även kvinnans kropp. Hur denna slags situation bör hanteras rent juridiskt är med andra ord ingen enkel fråga.

Att jämföra avtalet med vilket juridiskt bindande avtal som helst framställs vara svårt enligt den deskriptiva delen av arbetet. Flera subjekts rättigheter aktualiseras i och med separationen mellan mor och barn och man kan fråga sig om det på något sätt kan vara lämpligt att tvinga en surrogatmoder att lämna ifrån sig barnet som kommit utav ett surrogatarrangemang enbart på grund av ett avtals lydelse. Andra situationer är också tänkbara. Säg exempelvis att två barn föds istället för ett eller att barnet föds allvarligt sjukt eller utvecklingsstört, ska det påverka överenskommelsens utfall? Om de tänkta föräldrarna mitt under graviditeten separerar eller inte längre önskar barn, vart ska barnet då ta vägen? Enligt min mening är det upp till parterna att komma överens om en lösning, kanske med hjälp av medling om nödvändigt. Surrogatmodern kanske valde ett föräldrapar efter deras personliga egenskaper och om de inte längre är ett par vid barnets födelse måste det finnas möjlighet att diskutera alternativ. Likväl måste på motsvarande sätt finnas en möjlighet för de tänkta föräldrarna att få chans till diskussion om surrogatmodern vägrar lämna ifrån sig barnet.

Min slutsats efter det ovan anförda om juridisk bundenhet för avtal om surrogatarrangemang, influeras av den lösning som brittisk rätt innehåller. Det bör inte råda någon juridisk bundenhet för dessa slags avtal och en viss tid måste passera efter barnets födelse innan arrangemanget kan fastställas. Kan parterna inte acceptera denna obundenhet, medförande en upplevelse av utebliven försäkran och förutsebarhet, anser jag att dessa personer kan bruka en annan metod istället. De förstår i sådant fall uppenbarligen inte de värden som arrangemanget involverar och då är bruk av denna metod likväl olämplig.

5.2.2 De etiska problemen med bruk av surrogatmoder

Det förekommer i debatten om surrogatarrangemang jämställdhetsargument som uttrycker en positivitet till tillåtande lagstiftning. Ett sådant resonemang är att surrogatmoderns autonomi begränsas av lagstiftning som inte tillåter surrogatarrangemang. Att begränsa kvinnors rätt till självbestämmande på detta sätt kan påstås vara kränkande för henne och kvinnor i allmänhet, samtidigt som det är ojämlikt vid jämförelse med mäns självbestämmanderätt. En fundamental skillnad som vi aldrig kommer att komma ifrån är emellertid att det endast är kvinnor, eller personer som har en livmoder eftersom de har varit kvinnor, som kan bära fram barn. Detta slags feministiska argument ser jag därför inte som särskilt fruktsamt. Vi kommer aldrig att kunna skapa full jämlikhet vad det gäller den tekniska delen av barnafödande eftersom naturen har skapat en begränsning på det området.

Ett av de främsta problemen med surrogatarrangemang är risken för exploatering av kvinnor som är surrogatmödrar i arrangemang. Enligt vissa jämställdhetsresonemang är dock risken att synen på alla kvinnor, dvs. inte bara surrogatmödrar, kan komma att skadas av förekomsten av sådana arrangemang. Skadan kan agera bakåtsträvande till en syn på kvinnor som barnmaskiner, vilka hör hemma i hushållet och inte på någon annan arbetsmarknad än den som avser just barnafödande. Det finns nämligen en sådan marknad. Man kan se surrogatmödrars uppgift som en tjänst som idag efterfrågas på en global marknad och alltså är möjlig att köpa sig. Enligt min mening behöver det nödvändigtvis inte vara fråga om renodlad barnhandel då man talar om surrogatarrangemang. Detta med hänvisning till att det är delvis en tjänst som efterfrågas, det vill säga hyrande av en livmoder (hur illa det än klingar), snarare än ensamt köp av ett barn. Jag kan hålla med dem som säger att de beställande föräldrarna snarare avtalar om föräldrarättigheterna till ett barn än om barnet i sig. Samtidigt förstår jag resonemanget att det är fråga om såväl köp av tjänst (utlånad livmoder) som köp av vara (barnet), och att barnhandelsargumentet därvid finner grund, eftersom det är barnet som är arrangemangets mål och inte att få en kvinna att genomgå en graviditet utan resultat. På motsvarande sätt är det dock inte enbart köp av en vara (barnet), eftersom surrogatmodern spelar en så stor roll i arrangemanget och att barnet utan henne inte hade skapats. Surrogatarrangemang utgör med andra ord enligt mig en kombination av de båda verksamheterna, vilket gör det till en unik konstellation och konstituerar en mer intensiv debatt än den rörande exempelvis rimliga vederlag för genomförandet av adoption.

Frågan om det handlar om exploatering av surrogatmödrar eller annan involverad part anser jag, med grund i vad som framförts i arbetets deskriptiva del, bör bedömas utifrån huruvida någon lider skada eller utsätts för orättvisa i samband med arrangemanget. Detta snarare än att försöka värdera de olika parternas ”vinster” och dra slutsatsen att den som får minst

vinst är utnyttjad. Någons vinst behöver ju inte innebära någon annans förlust. Dessutom anser jag det vara oetiskt och oacceptabelt att ens påstå att barn är värderliga varför vinst i surrogatsammanhang inte torde kunna beräknas.

Jag vill här också framhålla den etiska aspekten av assisterad befruktning och surrogatarrangemang som innebär att föräldrar har möjlighet att designa sina barns utseende och andra särskilda egenskaper. Jag anser att det är viktigt att en lagstiftning som tillåter surrogatarrangemang adresserar detta så att inte principen om människovärde riskerar att störas.

5.2.3 Barnets perspektiv

Som stöd för att surrogatarrangemang är otillåtna enligt svensk rätt menar regeringen att barnet som kommer av en sådan metod mot barnlöshet placeras i en svår situation. Om det skulle uppkomma en tvist mellan de inblandade parterna skulle barnet oundvikligen dras in och påverkas.

Det finns relativt omfattande skydd för barns rättigheter i såväl svensk lagstiftning som i internationella konventionstexter. Den svenska lagstiftningen är ganska diffust formulerad kring principen om barnets bästa men det torde därmed finnas möjlighet att tilldöma starkt skydd utefter enskilda omständigheter. Huruvida denna möjlighet sedan tillvaratas kan i och för sig vara en annan fråga. I internationella konventioner finner vi närmare bestämmelser om barnets rättigheter, varvid barnets bästa utgör endast en av principerna. Barnkonventionen har nått starkt globalt erkännande i och med antalet anslutna stater. Konventionens stadgande om barns rätt till lika värde, rätt till liv och utveckling och rätten att säga sin mening och få den respekterad utgör konventionens grundpelare tillsammans med principen om barnets bästa. Enligt konventionen ska barnets bästa alltid utgöra en viktig princip utan att tillerkännas avgörande betydelse och i jämförelse med svensk rätt kan konventionsskyddet på grund av denna tolkning verka svagare. Att svensk lagstiftning kanske lägger större vikt vid barnets bästa än konventionen utgör förstås inget otillåtet utan kan förmodligen ofta snarare ses som positivt. Frågan är dock hur Sveriges syn på principen påverkar inställningen till surrogatarrangemang. Ofta är det just argument om barnets bästa som framförs emot metoden. Andra stater som tillåter denna typ av arrangemang lägger kanske inte lika stor vikt vid principen utan menar att övriga intressen förutom barnets bästa i fall av barnlöshet väger upp och berättigar utförandet av arrangemangen, en inställning som eventuellt skulle kunna tolkas berättigat enligt Barnkonventionen. Sverige har med detta sagt ingenting att säga till om vad det gäller andra staters lagstiftning. Även om efterlevandet av Barnkonventionen är en internationell angelägenhet så kan det anses vara Sveriges egen lagstiftning, och inte internationella konventioner, som står i vägen för surrogatarrangemangs utförande här.

En annan av Barnkonventionens relevanta bestämmelser är att barnet så långt som möjligt har rätt att få vetskap om sina föräldrar och bli omvårdat av dem. Begreppet *föräldrar* omfattar såväl genetiska föräldrar som andra personer vilka är att se som föräldrar genom exempelvis psykologisk koppling till barnet. Kan man, i sammanhanget surrogatarrangemang, säga att eftersom det ju finns föräldrar som är villiga att ta hand om barnet är kontakt med de beställande föräldrarna ensamt tillräckligt för uppfyllande av denna rättighet? Jag ser det personligen inte så att det faktum att barnet har vetskap om och kontakt med vissa föräldrar utsläcker rättigheten för barnet att ha kontakt med andra personer som också skulle kunna benämnas som dennes föräldrar. Med detta menar jag närmare att ett barn som fötts genom surrogatarrangemang bör erhålla rätt till kännedom om sin surrogatmoder även om han eller hon har kontakt med och vårdas av två föräldrar. Hänvisning kan här göras till svensk lagstiftning om assisterad befruktning. Vid sådant utförande ska läkaren inför behandling undersöka donators inställning till barnets rätt till vetskap om sitt genetiska ursprung och donatorns uppgifter ska bevaras för att denna rätt ska säkerställas. Rättigheten uttalas vara väl etablerad i svensk rätt. Det kan dock finnas situationer då begränsning är nödvändig. Vissa stater säger sig vara beroende av lagstiftning som tillåter slutna adoptioner för att adoptionsinstitutet ska fungera. Genom analogi kan man tänka sig att det finns situationer då villkor i realiteten skulle komma att framföras att en surrogatmoders identitet måste hållas hemlig för barnet. Man kan exempelvis tänka sig en surrogatmoder i ett mycket fattigt land som enbart utför arrangemanget för det ekonomiska vederlagets skull och därefter inte önskar någon kontakt med varken de beställande föräldrarna eller barnet samt håller sin medverkan hemlig för sin omgivning på grund av olika anledningar, kanske rädsla och skam. Man kan tänka sig att surrogatskapsförmedlingar i sådana fall kunde insistera att hålla identiteten hemlig för barnet i framtiden för att överhuvudtaget få kvinnor att ställa upp som surrogatmodrar.

Ett sätt att försöka garantera barnets rätt till vetskap om sitt ursprung skulle kunna vara att lagstifta om det. Liknande resonemang kan framföras som då lagstiftning infördes om homosexuella kvinnors rätt till assisterad befruktning, i vilket fall det framkom att privata befruktningar i realiteten förekom och ansågs riskera barnets rätt, varför det ansågs nödvändigt att lagstiftningen adresserade förhållandet.

Vissa rättigheter som bör nämnas i sammanhanget surrogatarrangemang syftar till att bevara familjemedlemmars intressen snarare än enbart barnets. Ett exempel är Europakonventionens artikel 8 som stadgar skydd för privat- och familjeliv. Det sägs att familjeliv numera konstitueras av existensen av barn snarare än äktenskap. Mellan barn och mödrar ska alltid anses finnas en sådan relation som medför skydd för familjeliv. Samtidigt ska potentiella sådana relationer också skyddas. Vad jag vill belysa i samband med detta är en surrogatmoders eventuella möjlighet att väcka talan om att få behålla, eller åtminstone bevara kontakten med, det födda barnet med stöd av denna bestämmelse. Ser man till Europadomstolens praxis skulle man kunna tänka

sig en sådan möjlighet för surrogatmodern, även om jag självfallet inte kan uttala mig om hur domstolen rent hypotetiskt skulle döma i ett mål rörande surrogatarrangemang.

Ett svenskt rättsfall där en familjerelation med bakgrund i ett surrogatarrangemang bedömdes var NJA 2006 s. 505. En diskussion av detta rättsfall följer i nästa avsnitt av min analys.

5.3 NJA 2006 s. 505 utifrån ett rättighetsperspektiv

Enligt Barnkonventionens artikel 9 ska ett barn inte skiljas från sina föräldrar såvida det inte är nödvändigt sett utifrån barnets bästa och proceduren sker på ett rättvist sätt. Denna regel syftar troligtvis huvudsakligen till fall av omhändertagande av barn i enlighet med exempelvis socialtjänstlagen eller LVU. I rättsfallet NJA 2006 s. 505 var A flickans genetiska mor och därtill den mor som hade tagit hand om barnet sedan dess födelse. Trots denna anknytning dem emellan beslutade domstolens majoritet att skilja parterna från varandra rättsligt. Eftersom det kunde anas omfattande följder i deras möjlighet till god relation till varandra i framtiden anser jag ändå att regleringen kan nämnas i sammanhanget, utifrån barnets perspektiv.

Man kan fråga sig om Högsta domstolens utslag hade sett annorlunda ut om rättsfallet hade rört talan om vårdnad och umgänge snarare än adoption. Domstolens majoritet var noga med att betona att surrogatarrangemang var otillåtna enligt svensk rätt och gick efter den gällande presumtionen när de uttalade att barnets moder var den kvinna som hade fött barnet samt att principen om samtycke vid makes adoption av den andre makens barn var fastslagen. Trots att barnets bästa ska vara vägledande även i fall av adoption, kan troligtvis en sådan bedömning i ett omtvistat vårdnadsmål vara mer grundlig och eventuellt innehålla en mer omfattande utredning av de rådande förhållandena utförd av socialförvaltningen. Jag har ingen vetskap om hur förhållandena ser ut idag inom familjen vars tvist resulterade i det refererade rättsfallet, såsom huruvida barnet och dess genetiska mor sedan domstolens avgörande har haft möjlighet till kontakt med varandra, men kanske hade en mer vidsträckt slags kompromiss uppnåtts redan i domstolen om tvistens art hade legat närmare ämnet vårdnad och umgänge. Kompromissen hade kanske då innehållit större hänsyn till såväl A:s känslomässiga som genetiska anknytning till barnet, och barnets behov av A som den person som hon troligtvis såg som sin moder, än det utfall som Högsta domstolen i realiteten gav i ärendet.

De skiljaktiga domarna pekade just på barnets bästa när de resonerade kring bifallande av adoptionsansökan trots makens återkallade samtycke.

Samtidigt betonade de att avsikten med adoptionen i det förevarande fallet var att nå överensstämmelse mellan det genetiska, det faktiska och det rättsliga föräldraskapet. I lagförarbetena inför homosexuellas rätt till assisterad befruktning (2004/05) uttalades att vad det gäller det rättsliga föräldraskapet är det snarare den faktiska föräldrafunktionen som ska vara avgörande än barnets biologiska ursprung. Mot bakgrund av detta ställer jag mig personligen i detta fall på de skiljaktiga domarnas sida. Jag har svårt att förstå hur domstolens majoritet ansåg det till barnets bästa att riskera att skiljas från den mor som barnet haft sedan födseln genom att hålla fast vid en samtyckesbestämmelse. Man kan samtidigt fråga sig om domstolens majoritet i sitt beslut beaktade barnets grundläggande behov av kontinuitet i sin relation till föräldrarna och i sin tillvaro.

5.4 Avslutande ord

Att inte önska sig någonting mer i världen än ett barn, utan att ha någon möjlighet att påverka situationen, innebär troligtvis känslor som är mycket svåra att förstå för utomstående. Samtidigt kan man ha svårt att förstå varför någon genomgår något som verkar så överväldigande och privat som en graviditet för någon annans räkning. Jag ser inte alla surrogatarrangemang som orättvisa, exploaterande eller skadliga. Snarare ser jag på lösningen som ett potentiellt relationsfrämjande medel. Det finns värre situationer för barn att hamna i än att födas in i en familj där föräldrarna så oerhört längtat efter ett barn att de nyttjar en, faktiskt, ganska extrem metod. Samtidigt anser jag att det är viktigt att lägga stor vikt vid individens autonomi, vilket inom detta ämne framför allt refererar till självbestämmanderätt. Jag har dock ett problem med det hela. Det är marknaden. Det kan kosta dig en hel del, men har du råd att betala så verkar chanserna goda för dig att få ett barn levererat till dig om du så önskar. På marknaden finns aktörer som verkar ta mycket lätt på dels processen, dels de problem som kan uppkomma efter barnets födelse. Såsom en ukrainsk surrogatskapsförmedling uttrycker sig i informationen till önskande föräldrar; att det inte finns några problem för dig som tänkt förälder att resa med ditt barn vart du vill. Bakom detta uttalande står dock troligtvis en yttersta skyldighet för de mottagande föräldrarna att själva ansvara för att hemkomsten med barnet blir så smärtfri som möjligt. Frågan är om föräldrarna är fullt medvetna om detta. Jag menar inte att alla förmedlingar eller organisationer som på något sätt hanterar surrogatarrangemang är exploaterande gentemot de i övrigt involverade parterna. Problemet är dock att det finns de som troligtvis har ett sådant sätt och dess existens är tillräcklig för mig för att ifrågasätta lämpligheten av en helt surrogatvänlig lagstiftning. Ett slags mellanvärde, där enskilda fall skulle kunna behandlas i nära samarbete med oberoende stöd, låter för mig som ett rimligt övervägande.

Oavsett vad ens personliga åsikt i ämnet är verkar ett faktum dock stå klart; något slags ställningstagande behöver formuleras. För ett rättssäkert system

är vi i behov av förutsebarhet i frågan om vad som ska ske med de barn som föds genom icke erkännbara surrogatarrangemang. Stort fokus har i denna uppsats legat vid flera olika subjekts rättigheter och skyldigheter och vid synen på arrangemanget i sig. Viktigast måste väl emellertid ändå vara att se till att barnet, när det finns och oavsett hur det har kommit till, skyddas på samma sätt som alla andra barn vilka har tillkommit på ett av lagstiftaren godkänt vis.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 1997:116 *"Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige"*

Propositioner

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

Prop. 2001/02:123 *Partnerskap och adoption*

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

Författningssamlingar

SOSFS 2006:10 *Socialstyrelsens föreskrifter om ändring i föreskrifterna och allmänna råden (SOSF 2002:13) om assisterad befruktning*

Övrigt

Motion 2007/08:So543 *Surrogatmödraskap*

Motion 2010/11:So419 *Surrogatmödraskap*

Motion 2010/11:So591 *Surrogatmoderskap*

Motion 2010/11:So475 *Utredning om surrogatmödraskap*

Myndighetspublikationer

Får barn veta? Barn som fötts efter givarinsemination, SoS-rapport 2000:6, Linköping 2000

Mänskliga rättigheter – Konventionen om barnets rättigheter, Utrikesdepartementet, Stockholm 2006

Litteratur

Field, Martha, *Surrogate Motherhood*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts och London, England 1988

Hodgkin, R., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, New York 1998

Jönsson, Kutte, *Det förbjudna mödraskapet. En moralfilosofisk undersökning av surrogatmödraskap*, Bokbox förlag, Lund 2003

Kilkelly, Ursula, *The right to respect for private and family life – A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks No. 1, Council of Europe 2001

Ragoné, Helena, *Surrogate motherhood – conception in the heart*, Westview press, Boulder, San Francisco och Oxford 1994

Saldeen, Åke, *Faderskap – Moderskap – Föräldraskap*, (i Asp, *Eftersyn och Eftertanke*) Iustus förlag, Uppsala 2007

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

Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, Studentlitteratur, Lund 2002

Warnock, Mary, *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation & Embryology*, Basil Blackwell, Oxford 1985

Artiklar

Bogdan, Michael, "Internationellt privaträttsliga aspekter av äggdonation och surrogatmoderskap" SvJT 2002 s. 731

Satz, Debra, "Markets in Women's Reproductive Labor" Philosophy & Public Affairs, vol 21, 1992:2

Singer, Anna, "Mater semper certa est?" JT 2006-07, Nr 2 s. 424-431

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

Övrigt

Karnov Internet, Lag (SFS 1985:367) om internationella faderskapsfrågor 2 §, not 4, den 19 januari 2011

Karnov Internet, Föräldrabalk (1949:381) 1 kap 9 §, not 30, den 20 juni 2011

Karnov Internet, Föräldrabalk (1949:381) 6 kap 2a §, not 142, den 24 april 2011

Karnov Internet, Lag (SFS 2006:351) om genetisk integritet m.m. 7 kap 3 §, not 48, den 24 april 2011

Karnov Internet, Lag (SFS 2006:351) om genetisk integritet m.m. 7 kap 4 §, not 50, den 17 mars 2011

Internet

Circle Surrogacy Ltd.
<http://www.circlesurrogacy.com/>

Code Civil
http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/code_civil_textA.htm
(hämtad 2011-06-08)

COTS; "Childlessness overcome through surrogacy"
<http://www.surrogacy.org.uk/>

Delhi IVF Fertility Research Centre
http://www.delhi-ivf.com/legal_aspect.html (hämtad 2011-04-20)

Egg Donor Surrogacy USA
<http://www.eggdonorsurrogacyusa.com/>

Helsinki Times, *Finnish Family Federation wants surrogacy ban lifted*, publicerad 6 juli 2009
<http://www.helsinkitimes.fi/htimes/domestic-news/general/6988-finnish-family-federation-wants-surrogacy-ban-lifted-.html> (hämtad 2011-06-08)

Keegan v. Ireland 16/1993/411/490, Council of Europe: European Court of Human Rights, 19 april 1994
<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6ff8.html> (hämtad 2011-04-11)

La Vita Felice Surrogate Motherhood Center
<http://www.surrogate-mother-cost.com/indexeur.html> (hämtad 2011-04-23)

Ministry of Health & Family Welfare Govt. of India, New Delhi, Indian Council of Medical Research, New Delhi, *Draft: The Assisted Reproductive Technologies (Regulation) Bill – 2010*
<http://www.icmr.nic.in/guide/ART%20REGULATION%20Draft%20Bill1.pdf> (hämtad 2011-04-25)

Ministry of Justice, Finland, *Act on fertility treatment in force*, publicerad 11 september 2007
<http://www.om.fi/en/Etusivu/Ajankohtaista/Uutiset/1188969402051>
(hämtad 2011-06-08)

Nationalencyklopedin
exploatera. <http://www.ne.se/exploatera> (hämtad 2011-04-16)

Psychology Today, *India moves toward regulation of assisted reproduction and surrogacy*, publicerad 18 februari 2011
<http://www.psychologytoday.com/blog/genetic-crossroads/201102/india-moves-toward-regulation-assisted-reproduction-and-surrogacy> (hämtad 2011-04-20)

Regeringens webbplats om mänskliga rättigheter
http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/pod/?id=9&module_instance=3&action=pod_show& (hämtad 2011-04-13, senast uppdaterad 2010-12-17)

Surrogacy in Ukraine
<http://en.surrogacy-ukraine.com/>

The New York Times, *France: Surrogacy Ban Affirmed*, publicerad 6 april 2011
<http://www.nytimes.com/2011/04/07/world/europe/07briefs-Surrogacy.html> (hämtad 2011-04-20)

Rättsfallsförteckning

Svenska rättsfall

NJA 2006 s. 505

NJA 1973 s. 62

Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna

Marckx v. Belgium, Appl. No. 6833/74, judgment of 13 June 1979

Söderbäck v. Sweden, Appl. No. 24484/97, judgment of 28 Oct. 1998

Keegan v. Ireland, Appl. No. 16969/90, judgment of 19 April 1994

G v. the Netherlands, Appl. No. 16944/90, judgment of 8 Feb. 1993

X, Y & Z v. the United Kingdom, Appl. No. 21830/93, judgment of 22 April 1997