



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofie Nilsson

Surrogatmoderskap: förbjudet och
oreglerat
– en moralfilosofisk analys

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT 2013

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte, frågeställning och avgränsning	5
1.3 Teori, metod och material	6
1.4 Forskningsläge	6
1.5 Disposition	7
2 SURROGATMODERSKAP I SVERIGE	8
2.1 Historisk tillbakablick	8
2.2 Surrogatmoderskap i svensk rätt	10
2.2.1 Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m.	10
2.2.2 Moderskapspresumtionen	11
2.2.3 Adoptionsbestämmelserna i FB 4 kap.	11
2.3 Surrogatmoderskap i svensk rättspraxis	12
2.3.1 NJA 2006 s. 505 – att fastställa rättsligt föräldraskap i surrogatarrangemang	12
3 SURROGATMODERSKAPETS PROBLEM	14
3.1 Etiska aspekter för surrogatmodern	14
3.1.1 Människovärdesprincipen	14
3.1.2 Risken för exploatering av kvinnor	16
3.1.3 Rätten till självbestämmande	17
3.2 Barnets bästa	19
3.2.1 Vad betyder principen om barnets bästa?	19
3.2.2 Barnet kan inte göra sin röst hörd: Psykologiska risker för barnet	20
3.2.3 Fastställande av föräldraskap och moderskap	22
4 ETT BEHOV AV EN REGLERING ELLER LEGALISERING	24
4.1 En förändrad värderingsgrund	24
4.2 Surrogatmoderns rätt till självbestämmande	25
4.2.1 Är samtycket autonomt?	25
4.2.2 Inte ett brott mot människovärdesprincipen	25
4.2.3 Risken för exploatering av kvinnor	26
4.3 Barnets rätt till barnets bästa	27
4.3.1 De psykologiska riskerna för barnet	27
4.3.2 En anpassning av det rättsliga moderskapet	28
4.4 Den nya intresseavvägningen	28

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	29
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	31

Summary

Surrogate motherhood means that a woman carries and delivers a child without the intention of keeping the child. In Sweden, surrogacy is a forbidden form of medically assisted procreation. The prohibition is unregulated, however it emerges because surrogate motherhood falls outside the scope of regulation in GenL. The aim of this essay is to analyze the arguments of the legislator and the prohibition from an ethical perspective.

Today the interests of the surrogate mother has to be weighed against the interests of the child, to determine whether surrogate motherhood ethically could be accepted. The most important principles are: the principle of human dignity, the right to self determination and the best interest of the child. The legislator argues that surrogate motherhood can not be allowed due to this consideration since it is a violation of the principle of human dignity and the best interest of the child. The thesis of this essay is that a regulation, or a legalization, of altruistic surrogate motherhood is required due to a different consideration, which is motivated by the right to self determination and the best interest of the child.

According to this essay, the right to self determination for the surrogate mother should not be restricted since there is no violation of the principle of human dignity and the risk of the exploitation of women could, with extensive regulation, be counteracted. Therefore the right to self determination allows for a legalization of altruistic surrogacy.

The best interest of the child should be a primary consideration in all actions concerning children. This essay argues that the legislation needs to adapt to today's society. Since surrogate motherhood is unregulated the legal mother- and parenthood in surrogate arrangements are ruled by the presumption of motherhood and the rules concerning adoption. This is illustrated in NJA 2006 s. 505 which consequently means that children born by surrogate mothers are getting inferior rights compared to children born the way the legislator acknowledge since these children risk losing their social mother. The new consideration means that surrogate motherhood should be regulated, or legalized, according to the right to self determination and the best interest of the child.

Sammanfattning

Surrogatmoderskap innebär att en kvinna bär och föder ett barn med avsikt att lämna över barnet till någon annan. I Sverige är det en otillåten form av assisterad befruktning. Förbudet är dock oreglerat och framkommer endast implicit genom GenL:s begränsade tillämpningsområde. Uppsatsen syftar till att analysera lagstiftarens förbud och argument till förbudet ur ett etiskt perspektiv.

Argumentationen om surrogatmoderskap kretsar idag kring en intresseavvägning mellan barnets och surrogatmoderns intressen utifrån tre argument: människovärdesprincipen, rätten till självbestämmande och barnets bästa. Lagstiftaren menar utifrån denna intresseavvägning att surrogatmoderskap är etiskt olämpligt eftersom det är ett brott mot människovärdesprincipen och strider mot barnets bästa då det utsätter barnet för oacceptabla psykologiska risker. Uppsatsen driver tesen att en reglering, eller en legalisering, av altruistiskt surrogatmoderskap är påkallat utifrån en annan intresseavvägning där rätten till självbestämmande och barnets bästa motiverar denna inställning.

För surrogatmoderns vidkommande visar uppsatsen på att rätten till självbestämmande inte bör begränsas, eftersom människovärdesprincipen inte åsidosätts och risken för exploatering av kvinnor kan motverkas genom reglering av arrangemanget. Därför möjliggör rätten till självbestämmande, för surrogatmoderns vidkommande, en reglering, eller legalisering, av altruistiskt surrogatmoderskap.

För barnets vidkommande visar uppsatsen – utifrån principen om barnets bästa som ska vara vägledande i all lagstiftning som berör barn – att lagstiftningen bör anpassas efter verkligheten så som den ser ut idag. Genom att det rättsliga moderskapet och föräldrskapet vid surrogatmoderskap, i brist på en reglering av surrogatmoderskap, styrs av moderskapspresumtionen och adoptionsreglerna får barn födda av en surrogatmor sämre rättigheter än barn födda på sätt som lagstiftaren accepterar. NJA 2006 s. 505 illustrerar hur barn födda av en surrogatmor riskerar att förlora sin sociala mor. Den nya intresseavvägningen innebär därför att surrogatmoderskap bör regleras, eller legaliseras, utifrån rätten till självbestämmande och barnets bästa.

Förkortningar

Barnkonventionen	Förenta Nationernas konvention den 20 november 1989 om barnets rättigheter
Bet.	Utskottsbetänkande
Ds	Departementsserien
FB	Föräldrabalken (1949:381)
GenL	Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m.
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, Avdelning I
NSL	Narkotikastrafflag (1986:64)
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
SMER	Statens medicinsk-etiska råd
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Surrogatmoderskap¹ är en form av assisterad befruktning. Assisterad befruktning är ett samlingsbegrepp för olika metoder att behandla ofrivillig barnlöshet.² I Sverige utförs assisterad befruktning dels i form av insemination, dels i form av befruktning utanför kroppen, s.k. in vitro-fertilisering. Det är möjligt att använda donerade spermier eller donerade ägg vid behandlingen. Surrogatmoderskap är emellertid en förbjuden form av assisterad befruktning i Sverige.³

Surrogatmoderskap innebär att en kvinna bär och föder ett barn med avsikt att lämna över barnet till någon annan – det par eller den person som inte kan eller vill föda barnet själv. Karakteristiskt för surrogatmoderskap jämfört med andra former av assisterad befruktning är att en tredje part aktivt deltar i reproduktionsprocessen under en längre tid.⁴

Surrogatmoderskap som reproduktionsmetod har varit omdiskuterat ända sedan metoden uppmärksammades av lagstiftaren för första gången 1985.⁵ Men det är först sedan äggdonation tilläts 2003⁶ som metoden har blivit föremål för en starkare legaliseringsdebatt⁷ eftersom metoden nu både är praktiskt genomförbar och nästa steg i utvecklingen på området assisterad befruktning.

Surrogatmoderskap engagerar olika personer med olika intressen i frågan – det barnlösa paret, surrogatmodern och barnet – vilket ger upphov till olika problem och frågeställningar som gör ämnet intressant. Finns det en risk att metoden leder till exploatering av kvinnor? Kommer barnet att utsättas för oacceptabla psykologiska risker?

¹ Surrogatmoderskap kommer fortsättningsvis att vara den term jag använder för att beskriva metoden. Termen är allmänt vedertagen i Sverige och stämmer överens med lagstiftarens terminologi, se t.ex. prop. 2001/02:89 s. 55. Jfr resonemang av Jönsson, s. 14-16.

² Saldeen (2005), s. 106.

³ SOU 2007:3 s. 47-48.

⁴ SMER rapport 2013:1, s. 154-155.

⁵ SOU 1985:5 s. 49-50.

⁶ Prop. 2001/02:89 s. 36-38.

⁷ Se t.ex. Jönsson (2003); Singer (2006/07); Saldeen (2007); SMER (2013).

1.2 Syfte, frågeställning och avgränsning

Uppsatsen syftar till att undersöka den i Sverige idag förbjudna formen av assisterad befruktning – surrogatmoderskap. Det överordnade syftet är att analysera lagstiftarens argument som ligger till grund för förbudet ur ett etiskt perspektiv. Är argumenten och förbudet mot surrogatmoderskap hållbara?

Lagstiftaren anförde, då surrogatmoderskap senast behandlades, att surrogatmoderskap är etiskt olämpligt sett ur barnets och surrogatmoderns perspektiv. De argument som framfördes till förmån för lagstiftarens inställning var människovärdesprincipen, som här innebär att kvinnors människovärde kränks och att det finns en risk för exploatering för kvinnor, och barnets bästa, som här innebär att barnet vid surrogatmoderskap utsätts för psykologiska risker. Det argument som framfördes till förmån för surrogatmoderskap var rätten till självbestämmande, som här innebär att surrogatmodern har en rätt att bestämma över sin kropp. Utifrån en intresseavvägning mellan surrogatmoderns och barnets intressen utifrån de här tre argumenten menade lagstiftaren att surrogatmoderskap är etiskt olämpligt och ska förbjudas.⁸ Uppsatsen driver tesen att en reglering, eller en legalisering, av altruistiskt surrogatmoderskap är påkallat utifrån en annan intresseavvägning av de här argumenten. Ur ett etiskt och juridiskt perspektiv visar uppsatsen på att både rätten till självbestämmande och barnets bästa möjliggör en reglering, eller legalisering, av altruistiskt surrogatmoderskap.

Uppsatsen är tidsmässigt begränsad från 1985 och framåt eftersom lagstiftaren för första gången uppmärksammade surrogatmoderskap 1985. Uppsatsen kommer inte att behandla övriga former av assisterad befruktning annat än i de fall det är nödvändigt för att belysa debatten kring surrogatmoderskap. Vidare kommer den av utrymmesskäl inte att skilja på hetro- och homosexuellas rättigheter eller behandla ett komparativt perspektiv. Jag valde istället att fokusera på den svenska lagstiftarens argument. Andra än lagstiftarens argument, som motivering till förbudet, kommer på grund av uppsatsens syfte och arbetsekonomiska skäl inte att behandlas. Slutligen kommer uppsatsen endast att behandla fullständigt surrogatmoderskap, vilket innebär att surrogatmodern föder det barnlösa paret genetiska barn, eftersom det arrangemanget är vanligast.

⁸ Prop. 2001/02:89 s. 55.

1.3 Teori, metod och material

Surrogatmoderskap tillåts inte i Sverige och förbudet är inte lagfäst, varför en traditionell rättsdogmatisk metod – där lagtext, förarbete, rättsfall och doktrin i hierarkisk ordning belyser ett rättsområde – endast har använts i avsnitt två för att visa på den historiska utvecklingen och den rättsliga regleringen.

Huvudsakligen utgår min teori och metod från ett moralfilosofiskt perspektiv. Jag valde detta perspektiv för att kunna ge bakgrund till de argument som behandlas och lyfta upp de etiska problem med surrogatmoderskap som jag avser att belysa. Den valda utgångspunkten för problematiseringen av surrogatmoderskap är lagstiftarens motivering till förbudet.⁹ Att moralfilosofiskt belysa lagstiftarens argumentation bakom en reglering ger en vidgad förståelse för lagstiftning och de samhälls- och värderingsförändringar som styr våra lagar. Min metod kommer därför, till skillnad från om en genomgående rättsdogmatisk metod valts, att ge mig möjlighet att på en högre nivå diskutera lagstiftarens argumentation och motivering till förbudet och därmed kan jag driva min tes.

Av de källor jag använde för att belysa lagstiftarens argumentation var prop. 2001/02:89 viktig. Av särskild vikt för att belysa den etiska debatten var avhandlingar och skrifter av Kutte Jönsson, filosof vid Lunds universitet, Anna Singer, professor i civilrätt, och Åke Saldeen, professor emeritus i civilrätt.

1.4 Forskningsläge

Lagstiftarens utgångspunkt är att ”[v]arje ny tillämpning av tekniker för fortplantning måste därför etiskt prövas så att de inte enbart styrs av nya medicinska och tekniska möjligheter.”¹⁰ Häri ämnar också jag ta utgångspunkt för den fortsatta framställningen.

Det fanns tidigare inte mycket svensk forskning om surrogatmoderskap, vilket hänger ihop med att andra lösningar för att behandla ofrivillig barnlöshet valdes och att surrogatmoderskap framstod som en onaturlig reproduktionsmetod. Idag har flera metoder för att behandla ofrivillig barnlöshet legaliserats, exempelvis äggdonation, och argumentationen kretsar kring barnets bästa och

⁹ Prop. 2001/02:89 s. 55.

¹⁰ Ds 2000:51 s. 26.

synen på familjen. Detta torde innebära att surrogatmoderskap är nästa behandlingsmetod att införa för att behandla ofrivillig barnlöshet.¹¹ Det medför således att mer forskning tillkommit för att utröna huruvida surrogatmoderskap är etiskt försvarbart eller endast är ett resultat av ny medicinsk och teknisk utveckling. Forskningen har bedrivits både av filosofer¹² och jurister¹³ med utgångspunkt i konsekvenserna för surrogatmodern och barnet. För att surrogatmoderskap ska vara etiskt försvarbart krävs att det utifrån en intresseavvägning, mellan surrogatmoderns och barnets intressen utifrån människovärdesprincipen, rätten till självbestämmande och principen om barnets bästa, framstår som en lämplig lösning. Rätten till barn så som en rättighet för det barnlösa paret, vilket innebär att de kan kräva att staten erbjuder dem all tänkbar behandling för sin ofrivilliga barnlöshet, avvisades av lagstiftaren.¹⁴ Därför är det barnlösa paret intresse inte av vikt för intresseavvägningen i den här uppsatsen.

1.5 Disposition

I *avsnitt två* kommer jag att redogöra för den historiska utvecklingen inom området assisterad befruktning och den rättsliga regleringen av surrogatmoderskap i Sverige idag. Avsnittet syftar till att ge en bakgrund till surrogatmoderskap, vilket avsnitt tre och fyra sedan bygger vidare på, och att problematisera de juridiska frågor som det oreglerade förbudet mot surrogatmoderskap ger upphov till.

I *avsnitt tre* kommer jag att redogöra för de etiska problem surrogatmoderskap ger upphov till. Först kommer surrogatmoderns perspektiv att belysas genom människovärdesprincipen och rätten till självbestämmande. Därefter kommer barnets perspektiv att behandlas genom de psykologiska riskerna för barnet och fastställandet av det rättsliga föräldraskapet.

Avslutningsvis i *avsnitt fyra* kommer en analys att placera argumenten i historiska och tvärvetenskapliga kontexter för att ytterligare befästa min tes om att altruistiskt surrogatmoderskap bör regleras, eller legaliseras, utifrån en annan etisk intresseavvägning än den lagstiftaren framförde.

¹¹ SMER rapport 2013:1, s. 29-35 och s. 171-173.

¹² Exempelvis Tännsjö och Jönsson.

¹³ Exempelvis Singer och Saldeen.

¹⁴ Prop. 2001/02:89 s. 23.

2 Surrogatmoderskap i Sverige

Surrogatmoderskap är förbjudet i Sverige idag.¹⁵ Kommande avsnitt syftar till att redogöra dels för lagstiftarens förändrade inställning över tiden till assisterad befruktning, dels för den rättsliga regleringen av surrogatmoderskap. Den rättsliga regleringen illustrerar hur juridiska frågor vid arrangemanget regleras och praxis visar på de problem dagens regleringen ger upphov till. Den rättsliga regleringen ger underlag till den etiska diskussionen om barnets bästa i avsnitt tre.

2.1 Historisk tillbakablick

År 1985 presenterade inseminationsutredningen en rapport om assisterad befruktning som redogjorde för olika alternativ till att behandla ofrivillig barnlöshet. Surrogatmoderskap omnämndes i rapporten som ett av alternativen och det var första gången metoden uppmärksammades av den svenska lagstiftaren.¹⁶ Generellt ansåg utredningen att vilka metoder för att behandla ofrivillig barnlöshet som kunde tillåtas fick baseras på överväganden av hur mycket manipulation med den mänskliga livsprocessen som kan anses acceptabel. Insemination tilläts redan två år tidigare¹⁷, varför även spermiedonation vid insemination ansågs vara ett godtagbart avsteg från den naturliga reproduktionsprocessen. Beslutet motiverades med att endast lite manipulation med den mänskliga livsprocessen krävs då befruktningen fortfarande sker inuti kvinnan. Men avseende ägg- och spermiedonation vid befruktning utanför kroppen ansåg utredningen att "[m]etoden strider helt mot den naturliga livsprocessen", varför detta förbjöds. Av detta följer att även surrogatmoderskap ansågs vara en manipulation med den mänskliga livsprocessen, varför det inte tilläts.¹⁸ Vidare menade utredning att surrogatmoderskap måste förbjudas eftersom det strider mot grundläggande svenska principer, framför allt beträffande adoption, och är etiskt olämpligt.¹⁹

¹⁵ Prop. 2001/02:89 s. 55.

¹⁶ SOU 1985:5 s. 21 och s. 49-50.

¹⁷ SOU 1983:42 s. 62.

¹⁸ SOU 1985:5 s. 38 och s. 47-49.

¹⁹ SOU 1985:5 s. 21 och s. 49-50.

I takt med att den medicinska och biologiska forskningen gick framåt höjdes kraven på en utvidgad rätt gällande assisterad befruktning som skulle öka möjligheterna för ofrivilligt barnlösa par att få barn.²⁰ Av denna anledning tillsattes en utredning som resulterade i ett förslag till lagändring, som sedermera gick igenom, där ägg- eller spermiedonation föreslogs bli tillåtet vid befruktning utanför kroppen. Utredningen motiverade sitt förslag utifrån ett jämställdhetsperspektiv: ägg och spermier är lika viktiga för att skapa en ny individ och därför borde det inte spela någon roll om reproduktionsproblemen ligger hos kvinnan eller mannen. Surrogatmoderskap var dock fortfarande ett för stort avsteg från den naturliga livsprocessen för att tillåtas. Dessutom ansåg utredningen att surrogatmoderskap strider mot grundläggande etiska principer och är olämpligt sett ur barnet perspektiv.²¹

Efter lagändringen 2003, då äggdonation tilläts, lämnades flera motioner in i syfte att få till stånd en utredning för att undersöka möjligheterna att införa surrogatmoderskap i Sverige. Surrogatmoderskap föreföll vara nästa steg att ta på området assisterad befruktning.²² Ett beslut om att förutsättningslöst och utifrån bl.a. etiska och juridiska synvinklar utreda surrogatmoderskap togs sedermera.²³ Det resulterade i att SMER år 2013 kom med en rapport. Rapporten kom till med bakgrund av den kunskaps- och samhällsutveckling och de normativa förändringar som skett på området sedan 2003. I rapporten föreslog SMER att altruistiskt surrogatmoderskap, dvs. att surrogatmodern bär och föder det barnlösa paret barn utan ersättning, ska tillåtas i Sverige.²⁴ Både majoriteten, som förespråkade altruistiskt surrogatmoderskap, och minoriteten fokuserade sin argumentation kring etiska principer och konsekvenser för barnet. Att surrogatmoderskap skulle vara något onaturligt som strider mot den naturliga livsprocessen varken nämndes eller behandlades av rådet.²⁵

²⁰ Bet. 1993/94:SoU2 s. 8-10.

²¹ Ds 2000:51 s. 18-19 och s. 42-46; Prop. 2001/02:89 s. 35-41 och s. 55.

²² Motion 2004/05:So439; Motion 2005/06:So528.

²³ Bet. 2011/12:SoU26 s. 3.

²⁴ SMER rapport 2013:1, s. 17-18 och s. 156.

²⁵ SMER rapport 2013:1, s. 171-175.

Utifrån ett historiskt perspektiv är tendenserna på området assisterad befruktning att tillåta fler och fler metoder för att behandla ofrivillig barnlöshet.²⁶ Debatten var från början inriktad på det tekniskt onaturliga i att manipulera med reproduktionsprocessen genom att tillåta assisterad befruktning. Men idag handlar debatten istället om barnets bästa och samhällets syn på familjen och föräldraskapet.²⁷

2.2 Surrogatmoderskap i svensk rätt

Surrogatmoderskap är förbjudet i svensk rätt idag. Förbudet är oreglerat och framkommer endast implicit genom GenL:s begränsade tillämpningsområde för assisterad befruktning.²⁸ Eftersom förbudet är oreglerat får surrogatmoderskap regleras av annan lagstiftning för att lösa de juridiska frågor som arrangemanget ger upphov till. Här åsyftas vem som kan anses som rättslig mor, dvs. få rättslig status som förälder vilket åtföljs av rättsverkningar i form av bl.a. vårdansvar²⁹, till barnet som föds och hur det rättsliga föräldraskapet ska överföras till de tilltänkta föräldrarna. Idag regleras dessa frågor vid surrogatmoderskap av moderskapspresumtionen och adoptionsreglerna.

2.2.1 Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m.

GenL kap. 6-7 reglerar uttömmande när och hur insemination och befruktning utanför kroppen får ske. Insemination och befruktning utanför kroppen får endast ske på en kvinna som är gift eller sambo med hennes man eller sambos skriftliga samtycke.³⁰ Befruktning med antingen donerade ägg eller donerade spermier får endast ske efter en särskild lämplighetsprövning av de blivande föräldrarna.³¹ Surrogatmoderskap är inte uttryckligen förbjudet i lagen, men regleringen medför att surrogatmodern inte kan befruktas med det barnlösa paretts ägg och spermier,

²⁶ Jfr slutsatser och lagförslag i prop. 1987/88:160 med prop. 2001/02:89 om ägg- och spermiedonation.

²⁷ SMER rapport 2013:1, s. 34-35.

²⁸ SMER rapport 2013:1, s. 156.

²⁹ Singer (2000), s. 42-44.

³⁰ Se GenL 6:1 och 7:3.

³¹ Se GenL 6:2-3 och 7:5.

dvs. hon kan inte föda det barnlösa paret genetiska barn, eftersom lagen endast medger donation av spermier **eller** ägg. Vidare kommer en lämplighetsprövning inte att tillåta assisterad befruktning på surrogatmodern eftersom arrangemanget är otillåtet. Således medför GenL:s begränsade tillämpningsområde att surrogatmoderskap blir omöjligt att genomföra och därför implicit är förbjudet.³²

2.2.2 Moderskapspresumtionen

Mater est quam gestatio demonstrat, dvs. moderskapet visas genom förlossningen, är grunden för moderskapspresumtionen. Presumtionen innebär att kvinnan som föder barnet blir mor i rättslig mening. Den oskrivna regeln, *mater semper certa est*, dvs. det är alltid säkert vem som är mor, ligger till grund för presumtionen och medför att det ansågs onödigt att reglera moderskapet.³³

När äggdonation år 2003 blev tillåtet vid befruktning utanför kroppen blev den oskrivna moderskapspresumtionen föremål för diskussion. Fråga om vem som kan anses som barnets rättsliga mor uppstod: Är det kvinnan som donerat äggcellerna, dvs. barnets genetiska mor, eller kvinnan som föder barnet, dvs. barnets biologiska mor³⁴? Moderskapspresumtionen lagfästes då delvis i FB 1:7 som stadgar att vid äggdonation är den kvinna som föder barnet mor i rättslig mening.³⁵ Fråga om moderskapets fastställande gav även vid surrogatmoderskap upphov till osäkerhet. Förarbetena fastslog därför att den lagfästa moderskapspresumtionen även gäller surrogatmoderskap, vilket innebär att surrogatmodern blir rättslig mor till barnet vid födseln.³⁶

2.2.3 Adoptionsbestämmelserna i FB 4 kap.

Moderskapspresumtionen medför att surrogatmodern blir barnets mor i rättslig mening. För att föra över det rättsliga föräldraskapet till de tilltänkta föräldrarna används adoption. Adoption innebär att den uttalade viljan att bli social förälder, dvs. utöva föräldraskapet i praktiken och ta hand om barnet, får rättslig status eller

³² Prop. 1987/88:160 s. 14; Prop. 2001/02:89 s. 55.

³³ Singer (2000), s. 358.

³⁴ Singer (2000), s. 42-44.

³⁵ Prop. 2001/02:89 s. 40-41 och s. 57.

³⁶ Prop. 2001/02:89 s. 55.

att det sociala föräldraskapet blir rättsligt erkänt. Att få det sociala föräldraskapet rättsligt erkänt är essentiellt eftersom de sociala föräldrarna annars inte har rätt till exempelvis vårdnad av och umgänge med barnet.³⁷ Att på förhand avtala om adoption är enligt FB 4:6 inte möjligt eftersom adoption är beroende av rättens lämplighetsprövning. Av den här anledningen är det därför inte möjligt att skapa avtal om surrogatmoderskap där surrogatmodern på förhand avsäger sig rätten till barnet hon bär till förmån för de tilltänkta föräldrarna. Vidare förbjuder FB 4:6 kommersiellt surrogatmoderskap, dvs. att det barnlösa paret betalar surrogatmodern för att hon bär och föder deras barn³⁸, då adoption inte beviljas om vederlag har utgått, eller ska utgå, till den biologiska modern. Att använda sig av adoption vid altruistiska surrogatarrangemang torde likväl vara möjligt om parterna är överens. Det förutsätts då att surrogatmodern samtycker till adoptionen³⁹, att de tilltänkta föräldrarna är överens⁴⁰, att rätten finner adoptionen lämplig utifrån barnets bästa⁴¹ och att inget vederlag utgår^{42, 43}

2.3 Surrogatmoderskap i svensk rättspraxis

Rättspraxis illustrerar de rättsliga effekterna av att genomföra ett surrogatarrangemang i Sverige oaktat förbudet. Här åsyftas resultatet av att låta moderskapspresumtionen och adoptionsreglerna, som reglerar surrogatmoderskap i brist på övrig reglering, styra det rättsliga moderskapet och överföringen av det rättsliga föräldraskapet.

2.3.1 NJA 2006 s. 505 – att fastställa rättsligt föräldraskap i surrogatarrangemang

I NJA 2006 s. 505 lät ett ofrivilligt barnlöst par genomföra ett surrogatarrangemang genom att låta mannens syster bära fram parets genetiska

³⁷ Singer (2000), s. 42-44 och s. 234-235.

³⁸ SMER rapport 2013:1, s. 156.

³⁹ Se FB 4:5a.

⁴⁰ Se FB 4:3.

⁴¹ Se FB 4:6 st. 1.

⁴² Se FB 4:6 st. 2.

⁴³ Singer (2000), s. 356-357.

barn. Systemen blev rättslig mor till barnet vid födseln genom moderskapspresumtionen och mannen blev far genom att bekräfta faderskapet⁴⁴. Efter drygt ett år ansökte kvinnan om att få adoptera barnet. Mannen och systemen, de rättsliga föräldrarna till barnet, lämnade sitt samtycke och tingsrätten biföll ansökan. Därefter återkallade mannen sitt samtycke vilket ledde till att hovrätten avslag kvinnans adoptionsansökan. I Högsta domstolen var frågan om mannens återkallade samtycke skulle leda till avslag på adoptionsansökan. Högsta domstolens majoritet kom fram till att FB 4:5a, som reglerar de rättsliga föräldrarnas samtycke vid adoption, gäller oinskränkt. Följaktligen avslag domstolen slutgiltigt kvinnans adoptionsansökan. Två justitieråd var skiljaktiga och ville bifalla ansökan. De motiverade sitt ställningstagande utifrån ett konsekvensperspektiv: Kvinnan var barnets genetiska och sociala mor och om adoptionsansökan avslogs skulle barnet berövas sin mor i egentlig mening, dvs. sin sociala mor. Det ansågs varken önskvärt ur barnets eller moderns perspektiv.⁴⁵

Singer identifierar, utifrån rättsfallet, problem med den svenska lagstiftningens reglering av surrogatmoderskap. För det första är samtyckeskrevet i FB 4:5a absolut vilket gör att adoption inte är någon lämplig lösning för att reglera det rättsliga föräldraskapet. Singer menar att för barnets bästa, föräldrarnas säkerhet och reglernas transparens är en mer utförlig reglering, som inte bara fungerar om parterna är överens, nödvändig. För det andra förekommer surrogatmoderskap oaktat lagstiftarens försök att förhindra arrangemanget. Därför bör lagen konstrueras för att skydda det intresse som ska styra barnlagstiftningen, dvs. barnets bästa⁴⁶. Av den här anledningen anser Singer att moderskapspresumtionen är olämplig vid surrogatmoderskap. Singer menar vidare att förbudet mot surrogatmoderskap bör ses över.⁴⁷ Även Saldeen menar, i anledning av NJA 2006 s. 505, att förbudet mot surrogatmoderskap bör omprövas i syfte att få en rimlig lösning av föräldraskapsfrågan eftersom metoden *de facto* används.⁴⁸

⁴⁴ Se FB 1:4.

⁴⁵ NJA 2006 s. 505.

⁴⁶ Se nedan avsnitt 3.2.1.

⁴⁷ Singer (2006/07), s. 425-431.

⁴⁸ Saldeen (2007), s. 237-238.

3 Surrogatmoderskapets problem

Surrogatmoderskap ansågs av lagstiftaren varken lämpligt eller möjligt att införa i Sverige med hänvisning till en intresseavvägning mellan barnet och

surrogatmoderns intressen. De huvudsakliga argumenten emot arrangemanget var:

– Det är etiskt olämpligt sett ur surrogatmoderns perspektiv eftersom det strider mot människovärdesprincipen⁴⁹ och kan leda till exploatering av kvinnor.

– Det utsätter barnet för oacceptabla risker eftersom arrangemanget mellan de inblandade parterna, surrogatmodern och det barnlösa paret, kan leda till konflikter.

Ett argument för arrangemanget var rätten till självbestämmande.⁵⁰

3.1 Etiska aspekter för surrogatmodern

Lagstiftaren framhöll redan 1985 att surrogatmoderskap inte var etiskt försvarbart.⁵¹ Den etiska bedömningen ligger i en avvägning mellan olika intressen och principer. För surrogatmoderns del ligger den etiska bedömningen främst i människovärdesprincipen som ställs mot rätten till självbestämmande.⁵²

3.1.1 Människovärdesprincipen

Människovärde innebär att alla människor har lika värde och samma rättigheter på grund av att de **är** människor, dvs. deras existens, och inte på grund av deras egenskaper eller funktioner. Principen är en del av den etiska plattform som utgör grunden för hälso- och sjukvårdens riktlinjer och prioriteringar.⁵³

”Det kan inte anses förenligt med människovärdesprincipen att använda en annan kvinna som medel för att lösa det barnlösa paret problem.”⁵⁴ Från yttrandet kan två problem med surrogatmoderskap, med utgångspunkt i

⁴⁹ Se nedan avsnitt 3.1.1 för förklaring av begreppet människovärde.

⁵⁰ Prop. 2001/02:89 s. 55.

⁵¹ SOU 1985:5 s. 50.

⁵² Prop. 2001/02:89 s. 22-23 och s. 55.

⁵³ Prop. 1996/97:60 s. 19-20.

⁵⁴ Prop. 2001/02:89 s. 55.

människovärdesprincipen, utläsas. Dels reduceras surrogatmodern, så som kvinna, från människa till medel, dels riskerar kvinnor att utsättas för exploatering.

Att vara kvinna är något man är; det är varken en egenskap eller en funktion. Att då reducera surrogatmodern så som kvinna till ett medel för andra, istället för ett mål i sig, skulle därför strida mot människovärdesprincipen. Men om fokus istället ligger på ordet *endast* kan en annan slutsats nås. Om surrogatmodern endast skulle vara ett medel för andra så skulle det strida mot människovärdesprincipen. Men surrogatmodern får något i utbyte mot att ställa upp: Vid kommersiellt surrogatmoderskap får hon pengar och vid altruistiskt surrogatmoderskap uppfyller hon sin egen vilja. Därför är surrogatmodern inte endast ett medel för andra. Av den här anledningen menar Jönsson därför att varken altruistiskt eller kommersiellt surrogatmoderskap strider mot människovärdesprincipen.⁵⁵ SMER menar att endast altruistiskt surrogatmoderskap är förenligt med principen. Altruistiskt surrogatmoderskap innebär att surrogatmodern uppfyller sin egen vilja och då blir ett medel för att uppfylla sina egna behov och önskningar, istället för att bli ett medel för andra. Däremot innebär kommersiellt surrogatmoderskap en risk för bristande autonomi, dvs. självbestämmande, varför det inte kan anses förenligt med människovärdesprincipen. Om surrogatmodern tar ett självständigt beslut utan påtryckningar är det alltså inte ett brott mot människovärdesprincipen.^{56, 57}

Visserligen kan skälen en kvinna har för att ställa upp som surrogatmor variera, kommersiella eller altruistiska, men arrangemanget i sig ser likadant ut oavsett vilka skäl som ligger bakom. Ekis Ekman frågar sig därför om det är meningsfullt att skilja på formerna vid en diskussion om människovärde. Oavsett form så ”reduceras [kvinnan] till en behållare”, dvs. graviditeten hon genomgår är en funktion som är till för andra. Således menar Ekis Ekman att oavsett om surrogatmodern får något i utbyte, pengar eller tillfredsställelse, så utnyttjas hon som ett medel för andra vilket strider mot människovärdesprincipen.⁵⁸

⁵⁵ Jönsson, s. 170-171.

⁵⁶ Se nedan avsnitt 3.1.3 för surrogatmoderns rätt till självbestämmande.

⁵⁷ SMER rapport 2013:1, s. 168-169.

⁵⁸ Ekis Ekman, s. 165.

3.1.2 Risken för exploatering av kvinnor

Begreppet att exploatera betyder ”utnyttja hänsynslöst” eller ”dra oskäligen fördel av”.⁵⁹ För att något ska vara exploaterande måste alltså någon part tjäna på, eller ha intentionen att tjäna på, en transaktion eller ett arrangemang på bekostnad av någon annan. För surrogatmoderskapets del skulle det innebära att det barnlösa paret förmår kvinnan att ställa upp som surrogatmor. Det innebär att de utnyttjar henne, vilket är exploaterande.⁶⁰

Men frågan är om surrogatmoderskap är exploaterande eller om det riskerar att bli exploaterande. Tännsjö och SMER menar att kommersiellt surrogatmoderskap riskerar att bli exploaterande genom att socialt utsatta kvinnor utnyttjas av barnlösa par till att bli surrogatmödrar i utbyte mot pengar. Framför allt åsyftas bristande autonomi hos kvinnorna på grund av den sociala eller ekonomiska situation de befinner sig i. Att barnlösa par utnyttjar detta gör då att surrogatmoderskap är exploaterande. Rent moraliskt anses inte altruistiskt surrogatmoderskap vara exploaterande då det görs frivilligt och i syfte att hjälpa det barnlösa paret. Då inget ekonomiskt vederlag utgår utnyttjas inte den socioekonomiska situation kvinnorna befinner sig i. Här kan en jämförelse med organ donation vara lämplig. Visserligen gör kvinnorna en stor personlig uppoffring som innebär en hälsorisk, men om det sker frivilligt och utan vederlag kan man knappast prata om exploatering av dem. Altruistiskt surrogatmoderskap innebär dock en risk i sig. Det finns en möjlighet att det blir kommersiella inslag i det altruistiska arrangemanget, vilket i sin tur leder till en risk för exploatering. För att undvika detta föreslås en lösning där surrogatmodern måste ha en nära relation till det barnlösa paret.⁶¹ Ekis Ekman menar att detta inte spelar någon roll då uppdelningen i altruistiskt och kommersiellt surrogatmoderskap är ett falsarium. Det altruistiska arrangemanget är aldrig ersättningslöst eftersom möjligheterna till förtäckta vederlag är stora. Gränsdragningen går alltså inte att göra och därför bör ingen form av surrogatmoderskap tillåtas.⁶²

⁵⁹ http://www.svenskaakademien.se/svenska_spraket/svenska_akademiens_ordlista/saol_pa_natet/ordlista (hämtad 2013-04-25).

⁶⁰ Tännsjö, s. 96-98.

⁶¹ Tännsjö, s. 95-98; SMER rapport 2013:1, s. 168-172.

⁶² Ekis Ekman, s. 163-165.

Men frågan är då vad det är som gör, eller riskerar att göra, surrogatmoderskap exploaterande: surrogatmoderskapet i sig eller kontexten det förekommer i. Moralfilosofiskt förespråkas att surrogatmoderskap som behandlingsmetod måste skiljas från den socioekonomiska kontext det förekommer i eftersom utnyttjandet ofta beror på kvinnornas utsatthet. Exploateringsbegreppet i surrogatmoderskap som behandlingsmetod ligger i ett tvångs- och okunnighetsrekvisit⁶³. Om surrogatmödrarna, socioekonomiskt utsatta eller ej, har blivit tvingade eller vilseledda så har de blivit exploaterade. Men så länge ingen exploatering har skett så är surrogatmoderskap i sig, kommersiellt som altruistiskt, moraliskt godtagbart.⁶⁴ Att förneka att surrogatmoderskap kan vara exploaterande, på grund av den socioekonomiska kontexten, vore meningslöst. Men att förbjuda surrogatmoderskap på grund av att det kan vara exploaterande, inte för att surrogatmoderskap i sig är det, vore samma sak som att förbjuda bilkörning eftersom det kan vara livsfarligt. Bilkörning i sig är inte livsfarligt utan livsfaran beror på omständigheterna. Alltså bör man inte förbjuda bilkörning utan istället vidta åtgärder, exempelvis lagstiftning, som gör att det inte blir livsfarligt. På samma sätt bör man också vidta åtgärder som gör att surrogatmoderskap inte blir exploaterande.⁶⁵ Ekis Ekman menar att surrogatmoderskap inte kan skiljas från den socioekonomiska kontext det befinner sig i. Arrangemangets som sådant leder till en exploatering då rika människor utnyttjar fattiga och socialt utsatta kvinnor. Det är alltså en oundviklig följd av arrangemanget, varför det inte kan legaliseras i någon form.⁶⁶

3.1.3 Rätten till självbestämmande

Rätten till självbestämmande, den s.k. autonomiprincipen, innebär att alla människor har en rätt att leva sina liv hur de vill utifrån sina egna värderingar och önsknings.⁶⁷ Principen är, inom hälso- och sjukvården, för sin tillämpning beroende av informerat samtycke. Det innebär att människor måste ha välgrundad

⁶³ Rekvisitetet är jämförbart med informerat samtycke, se nedan avsnitt 3.1.3.

⁶⁴ Jönsson, s. 146-148.

⁶⁵ Jönsson, s. 125-126.

⁶⁶ Ekis Ekman, s. 147.

⁶⁷ SMER rapport 2013:1, s. 114-115.

och korrekt information för att fatta beslut om sina liv. Besluten de fattar ska vara beroende av denna information.⁶⁸ Surrogatmoderskap, som en metod för att behandla ofrivillig barnlöshet, är en medicinsk behandling och därför är rätten till självbestämmande, vid surrogatmoderskap, också beroende av informerat samtycke.⁶⁹

För surrogatmoderskapets vidkommande ska autonomiprincipen förstås som att surrogatmodern har rätt att bestämma om, när och hur hon vill ha barn. SMER menar därför att kvinnor av altruistiska skäl ska ha möjlighet att välja att bli surrogatmödrar så länge kravet på informerat samtycke är uppfyllt.⁷⁰ Jönsson vill vidga rätten till att även omfatta kommersiellt surrogatmoderskap. Vilka skäl surrogatmodern än har, kommersiella som altruistiska, så ska inte det spela någon roll för hennes självbestämmanderätt över reproduktionsförmågan.⁷¹ Kritiker mot Jönsson och SMER menar att kvinnor inte kan lämna ett informerat samtycke vid surrogatmoderskap. Det beror dels på de ofrånkomliga kommersiella inslagen i surrogatmoderskap i kombination med de rikas utnyttjande av de fattigas situation, dels på de påtryckningar kvinnor i altruistiska arrangemang kan utsättas för. Rätten till självbestämmande bör därför för surrogatmoderns vidkommande begränsas eftersom kvinnan inte kan lämna ett informerat samtycke vid surrogatmoderskap, vilket rätten till självbestämmande är beroende av.⁷² Jönsson menar att riskerna kritikerna pratar om överdimensioneras och att staten hindrar vuxna människor från att ta självständiga beslut utifrån sina egna intressen.⁷³ SMER uppmärksammar riskerna, men menar att de kan neutraliseras med hjälp av en lämplighetsprövning vid altruistiskt surrogatmoderskap.⁷⁴

Idag, menar jag, är argumentet om självbestämmande följaktligen centralt för frågan om surrogatmoderskap. Det som avgör frågan torde vara huruvida riskerna för att samtycket inte är autonomt kan förebyggas eftersom alla de facto har en rätt

⁶⁸ http://www.ne.se/lang/autonomi/120960?i_h_word=informerat%20samtycke (hämtad 2013-04-17).

⁶⁹ SMER rapport 2013:1, s. 156 och s. 168.

⁷⁰ SMER rapport 2013:1, s. 114-115 och s. 168.

⁷¹ Jönsson, s. 220-221 och s. 226.

⁷² Ekis Ekman, s. 142-144.

⁷³ Jönsson, s. 225.

⁷⁴ SMER rapport 2013:1, s. 114-115 och s. 168.

att själv bestämma över sin kropp och sitt liv. Detta gäller under förutsättning att inget annat intresse väger tyngre. Kritiken belyser nämligen, enligt min mening, en viktig aspekt av mänsklig autonomi: Den sträcker sig så långt samhället anser lämpligt utifrån bl.a. etiska, brottsförebyggande och samhällsskyddande aspekter. Självbestämmanderätten är exempelvis begränsad avseende narkotikabruk⁷⁵. Människan har inte rätt att själv bestämma vilka ämnen hon ska tillföra sin kropp. Begränsningen kan motiveras av att narkotika är fysiskt och psykiskt skadligt för människan och icke önskvärt i det svenska samhället. På samma grunder kan en begränsning av självbestämmanderätten för surrogatmodern motiveras. Sverige är ingen total liberalistisk stat och det är utifrån den diskussionen om surrogatmoderskapets vara eller icke vara i ett självbestämmandeperspektiv ska förstås.

3.2 Barnets bästa

Barnets bästa är ett av de tre etiska argument, tillsammans med människovärdesprincipen och rätten till självbestämmande, som ingick i lagstiftarens intresseavvägning mellan barnets och surrogatmoderns intressen. Det användes för att motivera förbudet mot surrogatmoderskap. Lagstiftaren framhöll att surrogatmoderskap inte är önskvärt för barnet, utifrån principen om barnets bästa⁷⁶, med hänvisning till de konflikter som kan uppstå mellan surrogatmodern och det barnlösa paret. Lagstiftaren åsyftade de psykologiska riskerna för barnet och problematiken med att fastställa det rättsliga föräldraskapet.⁷⁷

3.2.1 Vad betyder principen om barnets bästa?

Principen om barnets bästa har funnits sedan barnlagstiftningens tillkomst på 1910-20-talet. Dagens tolkning härrör dock från artikel 3 i Barnkonventionen som stadgar att ”[i]n all actions concerning children [...] the best interests of the child shall be a primary consideration.” Barnets bästa ska alltså primärt beaktas i alla de frågor som berör barnet, men en intresseavvägning mellan barnets intresse och andra intressen ska göras vid en tillämpning av principen.

⁷⁵ Se NSL 1§.

⁷⁶ Se nedan avsnitt 3.2.1.

⁷⁷ Prop. 2001/02:89 s. 55.

Barnkonventionen ratificerades 1990 i Sverige, vilket innebär att all lagstiftning ska anpassas för att stämma överens med konventionen. Principen om barnets bästa ska således vara vägledande i all lagstiftning som berör barn och ger barnlagstiftningen två inriktningar: skyddslagstiftning och normerande lagstiftning. Skyddslagstiftningen kan ses som en minimistandard inom barnlagstiftningen. Den normerande lagstiftningen innebär att lagstiftaren i icke-juridiska frågor försöker styra människors beteende i en riktning som är önskvärd för barnet. Till skillnad från skyddslagstiftningen är den normerande lagstiftningen sällan bindande för de parter den ålägger. Principen om barnets bästa ska vidare förstås som en övergripande princip som varierar mellan olika rättsområden, tider och kulturer, vilket gör att en anpassning med tiden är nödvändig.

Principen om barnets bästa används som en presumtion, dvs. antaganden om vad som är bra för barnet.⁷⁸ Det innebär att lagstiftare och beslutsfattare försöker se frågor ur ett barnperspektiv. Beslut ska alltså vara tagna sett ur barnets perspektiv och vara till barnets bästa.⁷⁹

När det gäller assisterad befruktning är barnets bästa, precis som i övrig lagstiftning som berör barn, den vägledande principen. Det är dock särskilt viktigt att ta hänsyn till barnets intressen vid assisterad befruktning eftersom barnet inte kan påverka sin tillblivelse och inte kan göra sin röst hörd. Utgångspunkten är att det blivande barnet inte ska utsättas för större risker eller ges sämre förutsättningar än andra barn.⁸⁰

3.2.2 Barnet kan inte göra sin röst hörd: Psykologiska risker för barnet

De psykologiska risker som barn födda av en surrogatmor kan utsättas för är framför allt effekterna av surrogatmoderskap som arrangemang, dvs. att det innebär en överflyttning av barnet från den biologiska modern till det barnlösa paret, och effekterna av vetskapen om att de sociala och rättsliga föräldrarna inte är de biologiska eller genetiska föräldrarna.⁸¹

⁷⁸ Schiratzki, s. 22-37.

⁷⁹ SOU 2007:3 s. 68-70.

⁸⁰ Ds 2000:51 s. 26-28; Prop. 2001/02:89 s. 23-24.

⁸¹ SMER rapport 2013:1, s. 169-170.

Lagstiftaren menar att försiktighetsprincipen ska iakttas när nya behandlingsmetoder för ofrivillig barnlöshet övervägs att införas. Det betyder att riskerna för barnet särskilt måste övervägas och att det är bättre att låta bli att införa en metod än att riskera att barnet eventuellt skadas. Eftersom effekterna av surrogatmoderskap inte är utredda bör det därför inte införas.⁸²

Först och främst kan konstateras att det finns få undersökningar som påvisar de psykologiska effekterna på barnet vid surrogatmoderskap. Men det finns ingenting som tyder på att barnet skulle lida psykologiska risker av avsaknaden av biologiska och genetiska band med de sociala och rättsliga föräldrarna.⁸³ Det framhålls att det inte finns något som säger att barnet har det bättre hos sina biologiska och genetiska föräldrar. I anledning av att det inte finns några undersökningar om effekterna av surrogatmoderskap kan analogier med andra förändringar av föräldrskapet, där barnets bästa också måste iakttas, med fördel göras. Här torde en analogi med adoption ligga närmast till hands⁸⁴. Vid en adoption lämnar den biologiska modern ifrån sig barnet som får nya sociala och rättsliga föräldrar. Adoption är inget lagstiftaren försökt förbjuda med hänvisning till de potentiella psykologiska riskerna för barnet av att inte vara med sina biologiska och genetiska föräldrar. Av den här anledningen ifrågasätts förbudet mot surrogatmoderskap grundat på argumentet barnets bästa. Satz menar alltså att så länge ingen bevisning om de eventuella psykologiska skadorna på barnet påvisas genom undersökningar så bör argumentet användas med försiktighet.⁸⁵ Jönsson går längre och menar att eftersom inga undersökningar har gjorts så är varje argument om barnets bästa utifrån ett riskbedömningsperspektiv spekulationer och därför bör argumentet tillmätas mindre betydelse.⁸⁶ Men å andra sidan är spekulationer precis vad principen om barnets bästa handlar om. Eftersom barnet inte kan göra sin röst hörd så måste vuxna göra det åt det genom att sätta sin in i barnets perspektiv och avgöra vad som är bäst. Dagens argumentation om

⁸² Prop. 2001/02:89 s. 23 och s. 55.

⁸³ SMER rapport 2013:1, s. 169-170.

⁸⁴ Det kan dock ifrågasättas om surrogatmoderskap är jämförbart med adoption. Vid adoption finns barnet redan medan vid surrogatmoderskap skapas barnet. Skapas då ett problem istället för att lösa ett redan existerande? Se Jönsson, s. 116-118.

⁸⁵ Satz, s. 121-123.

⁸⁶ Jönsson, s. 118-123.

barnets bästa vid surrogatmoderskap kan istället, ur ett psykologiskt riskperspektiv, ifrågasättas som onödigt riskorienterad eller förespråkas som en medveten tillämpning av försiktighetsprincipen.⁸⁷

3.2.3 Fastställande av föräldraskap och moderskap

Föräldraskap kan förekomma i fyra olika former: biologiskt, genetiskt, socialt och rättsligt. De fyra formerna kan sammanfalla i en och samma person, men så är inte alltid fallet. Utgångspunkten för lagstiftaren, vid utformningen av föräldraskapsreglerna, var att det rättsliga föräldraskapet ska vara identiskt med det genetiska och biologiska. Det ansågs motiverat utifrån principen om barnets bästa, eftersom barn har rätt till två föräldrar och rätt till vetskap om sitt genetiska ursprung. En annan inställning till föräldraskapet kan äventyra barnets rätt.⁸⁸ Vid surrogatmoderskap uppstår därför problem med att fastställa eller överföra det rättsliga moderskapet till den sociala modern, dvs. den barnlösa kvinnan, eftersom de juridiska frågorna styrs av moderskapspresumtionen och adoptionsreglerna.

Moderskapet fastställs genom den lagfästa moderskapspresumtionen⁸⁹, vilket innebär att surrogatmodern blir rättslig mor till barnet vid födseln. För att kvinnan i det barnlösa paret ska kunna bli rättslig mor förutsätts att surrogatmodern godtar detta och samtycker till en adoption. Avtal om surrogatmoderskap är med hänvisning till reglerna i FB⁹⁰ inte möjligt i Sverige.⁹¹ Det finns således ingen garanti för den barnlösa kvinnan att bli rättslig mor till barnet. NJA 2006 s. 505⁹² visar på de problem som kan uppstå gällande det rättsliga föräldraskapet, dels för den sociala modern, dels för barnet som inte får rätt till sin sociala mor.⁹³ Någon möjlighet för den barnlösa kvinnan att fastställa moderskapet på grund av genetiskt föräldraskap⁹⁴ finns inte sedan moderskapspresumtionen lagfästes.

⁸⁷ Jfr Jönsson, s. 225 med prop. 2001/02:89 s. 23.

⁸⁸ Singer (2000), s. 373-374.

⁸⁹ Se ovan avsnitt 2.2.2.

⁹⁰ Se ovan avsnitt 2.2.3.

⁹¹ Singer (2000), s. 356-357.

⁹² Se ovan avsnitt 2.3.1.

⁹³ Saldeen (2007), s. 236-238.

⁹⁴ Jfr faderskapsbekräftelse grundat på genetiskt faderskap i Singer (2000), s. 173-177.

Tidigare fanns det en möjlighet för den genetiska modern att föra en fastställsetalan enligt RB 13:2 om att hon och inte surrogatmodern, dvs. den biologiska modern, skulle fastställas som rättslig mor till barnet.⁹⁵ Att även låta surrogatmoderskap omfattas av den lagfästa moderskapspresumtionen, och på så sätt stänga öppningen i RB 13:2 för den genetiska modern, synes vara lagstiftarens mening.⁹⁶

Singer menar att principen barnets bästa ständigt måste uppdateras, så att barnets bästa de facto blir utgångspunkt för barnlagstiftningen, eftersom principen förändras över tid och rum. Dock menar Singer att lagregleringen idag, som präglas av en biologisk och genetisk syn på det rättsliga föräldraskapet, varken är motiverad med hänsyn till barnets bästa eller är en spegling av verkligheten idag. Det sociala föräldraskapet bör få företräde framför det biologiska och genetiska eftersom huvudsaken är att barnet tas om hand på bästa tänkbara sätt.⁹⁷ Den lagfästa moderskapspresumtionen är då ett redskap för beteendestyrning istället för en faktiskt tillämpning av barnets bästa. Visserligen är barnlagstiftningen delvis normerande, men detta är i syfte att uppnå barnets bästa. Om barnet skadas istället för gynnas av den normerande lagstiftningen bör lagstiftningen ses över, i annat fall riskeras att vi ”[...] återvänder till den situation vi hade i Sverige för hundra år sedan, då barn födda utom äktenskapet – de ‘oäkta’ barnen – i rättsligt hänseende fick bära bördan av att de tillkommit på ett sätt som samhället ogillade.” Vad Singer menar är att barn tillkomna genom surrogatmoderskap kan berövas sina sociala föräldrar, på det sätt som skedde i NJA 2006 s. 505, när de sociala föräldrarna inte kan bli barnets rättsliga föräldrar eftersom lagstiftaren anser att surrogatmoderskap är fel. Detta, menar både Singer och Saldeen, är en felaktig tillämpning av principen om barnets bästa och istället bör vi utforma lagstiftningen enligt principen utifrån den verklighet vi lever i idag. Eftersom surrogatmoderskap de facto förekommer bör moderskapspresumtionen, regleringen av surrogatmoderskap och det absoluta förbudet mot surrogatmoderskap ses över så att det stämmer överens med barnets bästa.⁹⁸

⁹⁵ Saldeen (2007), s. 233-237. Jfr resonemang av Singer (2000), s. 361.

⁹⁶ Prop. 2001/02:89 s. 55.

⁹⁷ Singer (2000), s. 98 och s.117-120.

⁹⁸ Singer (2006/07), s. 430-431; Saldeen (2007), s. 237-238.

4 Ett behov av en reglering eller legalisering

4.1 En förändrad värderingsgrund

Surrogatmoderskap är idag förbjudet och oreglerat i svensk rätt. Oaktat det genomgående förbudet visar utvecklingen på området assisterad befruktning implicit på lagstiftarens förändrade inställning till surrogatmoderskap. För 28 år sedan, då surrogatmoderskap för första gången uppmärksammades av den svenska lagstiftaren, var surrogatmoderskap en otänkbar behandlingsmetod för ofrivilligt barnlösa par. Reproduktion skulle ske den naturliga vägen genom samlag eftersom den naturliga livsprocessen ansågs vara helig. Under 28 år har dock en samhälls- och värderingsförändring skett vilket innebär att argument om den naturliga reproduktionen har ersatts av argument om barnets bästa och synen på familjen. I takt med att förändringen har skett så blev den heliga bilden mer diffus. Gränserna för vad som var ett godtagbart avsteg från den naturliga livsprocessen flyttades längre och längre fram. Insemination av donerade spermier tilläts, befruktning utanför kroppen tilläts, befruktning utanför kroppen med donerade ägg eller spermier tilläts. Med tanke på samhälls- och värderingsförändringen och den historiska utvecklingen menar jag att en reglering, eller legalisering, av altruistiskt surrogatmoderskap är nästa steg som flyttar gränsen längre fram.

Samhälls- och värderingsförändringen utmynnade i att debatten om surrogatmoderskap idag handlar om en intresseavvägning mellan barnets och surrogatmoderns intressen. Debatten kretsar kring tre argument: människovärdesprincipen, rätten till självbestämmande och principen om barnets bästa. För att surrogatmoderskap ska tillåtas, och en förflyttning av gränsen ska ske, måste det vara acceptabelt för surrogatmodern och barnet utifrån ett etiskt och ett juridiskt perspektiv med utgångspunkt i de här tre argumenten. Lagstiftaren menar att människovärdesprincipen och barnets bästa möjliggör en reglering, eller legalisering, av surrogatmoderskap. Jag menar att rätten till självbestämmande och barnets bästa ur ett etiskt perspektiv, tillsammans med den juridiskt osäkra situationen för barnet av att låta surrogatmoderskap vara oreglerat, möjliggör en reglering, eller en legalisering, av altruistiskt surrogatmoderskap.

4.2 Surrogatmoderns rätt till självbestämmande

För surrogatmoderns vidkommande är utgångspunkten en rätt till självbestämmande. Surrogatmodern har en rätt att bestämma över sin kropp och att bestämma att hon vill vara surrogatmor. Rätten kan och bör dock i följande fall begränsas av samhället: om samtycket inte är autonomt, om det innebär ett brott mot människovärdesprincipen eller om risken för exploatering av kvinnor är stor.

Lagstiftaren menar att samhället bör begränsa självbestämmanderätten med hänvisning till att surrogatmoderskap innebär ett brott mot människovärdesprincipen och att exploateringsrisken är stor. Jag menar att altruistiskt surrogatmoderskap inte innebär ett brott mot människovärdesprincipen och att exploateringsrisken och risken för ett samtycket inte är autonomt kan motverkas om samtycket och omständigheterna runt surrogatmoderskap regleras. Därför bör självbestämmanderätten inte begränsas utan istället medföra en reglering, eller legalisering, av altruistiskt surrogatmoderskap.

4.2.1 Är samtycket autonomt?

Kritiker till surrogatmoderskap ifrågasätter om surrogatmodern de facto lämnar ett autonomt samtycke till att vara surrogatmor. Om hon inte gör det så handlar det inte om självbestämmande. Är risken för att samtycket inte är autonomt stor kan rätten till självbestämmande begränsas på den här grunden. Jag menar att det i alla sammanhang finns en risk att samtycket inte är autonomt, men självbestämmanderätten bör inte lättvindigt begränsas på den här grunden. Istället bör lämnandet av samtycket regleras för att tillgodose att det de facto är autonomt. SMER kom med förslag på hur det ska regleras. Således menar jag att det är möjligt att lämna ett autonomt samtycke vid surrogatmoderskap genom att en reglering motverkar risken för att samtycket inte är autonomt.

4.2.2 Inte ett brott mot människovärdesprincipen

Människovärdesprincipen, så som den grundläggande principen inom hälso- och sjukvården, är och bör i min mening vara okränkbar. Att fokusera på ordet endast vid en diskussion om människovärde anser jag är en rimlig lösning. Om surrogatmodern endast är ett medel för andra, jämfört med om hon även är ett

medel för sig själv, är surrogatmoderskap ett brott mot människovärdesprincipen. Visserligen kommer surrogatmodern, oavsett om det handlar om kommersiellt eller altruistiskt surrogatmoderskap, att bli ett medel för det barnlösa paret att få ett barn. Men på samma sätt som surrogatmodern är ett medel för det barnlösa paret är organdonatorn ett medel för den behövande av få ett nytt organ. Det handlar om att surrogatmodern, av något skäl, har valt att bli surrogatmor och är därför inte endast ett medel för det barnlösa paret. Människovärdesprincipen hänger alltså ihop med rätten till självbestämmande: så länge surrogatmodern utifrån ett informerat samtycke har valt att bli surrogatmor är hon inte endast ett medel för andra. Därför är surrogatmoderskap inte ett brott mot människovärdesprincipen.

4.2.3 Risken för exploatering av kvinnor

Att det finns en risk för exploatering är både förespråkare och motståndare till surrogatmoderskap överens om. Men de är oense om vari exploateringsrisken ligger: surrogatmoderskapet i sig eller den socioekonomiska kontexten.

Jönsson skiljer surrogatmoderskap i sig från den socioekonomiska kontext det förekommer i och menar därför att surrogatmoderskap inte är exploaterande. Men när han skiljer arrangemanget i sig från den socioekonomiska kontexten menar jag att han bortser från lagstiftarens perspektiv. Lagstiftaren tar hänsyn till den socioekonomiska kontexten, varför den också är relevant för surrogatmoderskap ur ett legaliseringsperspektiv. Visserligen har Jönsson en poäng, men den ligger inte i att legalisera både altruistiskt och kommersiellt surrogatmoderskap. Poängen ligger i att altruistiskt surrogatmoderskap kan tillåtas om det omgärdas av tillräcklig reglering som motverkar och skiljer det från exploateringsrisken. Precis som Jönsson menar jag att exploateringsbegreppet ligger i ett tvångsrekvisit. Kvinnor som ställer upp som surrogatmödrar av kommersiella skäl kan visserligen göra det frivilligt indirekt. Men på grund av den socioekonomiska kontexten blir de tvingade att ställa upp, varför kommersiellt surrogatmoderskap är exploaterande. Men om surrogatmodern utifrån ett informerat samtycke väljer att bli surrogatmor, utan tvång från den socioekonomiska kontexten, blir hon inte tvingad, varför altruistiskt surrogatmoderskap inte är exploaterande.

Det är dock, som Tännsjö menar, ett problem att altruistiskt surrogatmoderskap riskerar att få kommersiella inslag. Men precis som gällande

autonomt samtycke borde surrogatmoderskap regleras för att förhindra de kommersiella inslagen i altruistiska arrangemang. SMER föreslog att surrogatmodern ska ha en nära relation till det barnlösa paret. Vidare kan en utförlig granskning utreda skälen bakom surrogatmoderns vilja att bära och föda det barnlösa paret. Därför menar jag att inställningen att det inte går att reglera surrogatmoderskap eftersom det riskerar att leda till kommersiella inslag är bristfällig. Att inte tillåta någonting eftersom allting innebär en risk är orimligt. Av den här anledningen har vi lagar för att förhindra och straffa oönskade resultat och brott mot reglerna. Således bör altruistiskt surrogatmoderskap regleras för att motverka de kommersiella inslagen, medan kommersiellt surrogatmoderskap innebär att surrogatmodern exploateras, varför det inte bör tillåtas.

4.3 Barnets rätt till barnets bästa

För barnets vidkommande är utgångspunkten en rätt till lagstiftning utifrån principen om barnets bästa. Lagstiftaren menar att de psykologiska riskerna för barnet och problematiken med att fastställa det rättsliga föräldraskapet medför att surrogatmoderskap ska vara förbjudet. Förbudet motiveras av försiktighetsprincipen eftersom lagstiftaren menar att det leder till en skyddslagstiftning som är bäst för barnet. Jag menar att försiktighetsprincipen stjälp, snarare än hjälper, barnet. Lagstiftningen ska anpassas efter barnets bästa utifrån verkligheten så som den ser ut idag. Det innebär att de psykologiska riskerna får stå tillbaka för en anpassning av det rättsliga moderskapet, vilket bör ske genom en reglering, eller en legalisering, av altruistiskt surrogatmoderskap.

4.3.1 De psykologiska riskerna för barnet

Precis som SMER, Satz och Jönsson menar jag att eftersom det inte finns något belägg för att barnet lider psykologiska risker av att vara född av en surrogatmor så bör utgångspunkten tas i verkligheten idag. Försiktighetsprincipen och förbudet mot surrogatmoderskap kan, istället för att vara en skyddslagstiftning, snarare ses som normerande lagstiftning där lagstiftaren försöker påverka värderingar i samhället. Men då det inte finns några undersökningar som stödjer lagstiftarens åsikt är resonemanget om de psykologiska riskerna onödigt riskorienterat och bör stå tillbaka för vad som de facto är barnets bästa.

4.3.2 En anpassning av det rättsliga moderskapet

Försiktighetsprincipen leder till att det rättsliga moderskapet fastställs genom det biologiska och genetiska moderskapet. Lagstiftarens negativa inställning till att fastställa det rättsliga moderskapet på annan grund, vilket motiverar det oreglerade förbudet, leder till juridiskt osäkra lösningar av att rättsligt fastställa moderskapet och att överföra det rättsliga föräldraskapet vid surrogatmoderskap. Som NJA 2006 s. 505 illustrerar förekommer surrogatmoderskap de facto trots lagstiftarens oreglerade förbud. På grund av det oreglerade förbudet leder moderskapspresumtionen och adoptionsreglerna till att barn födda genom en surrogatmor får sämre rättigheter än barn födda på ett sätt som samhället accepterar eftersom de riskerar att mista sin sociala mor. Övriga avsteg från den traditionella reproduktionsprocessen, exempelvis äggdonation och adoption, har medfört att lagstiftaren reglerat moderskapet på ett sätt som stämmer överens med principen om barnets bästa. Vid äggdonation blir den biologiska modern rättslig mor och vid adoption blir den sociala modern rättslig mor. De psykologiska riskerna av att barnet inte får sin biologiska och genetiska mor som rättslig mor har alltså fått stå tillbaka för vad som de facto är barnets bästa. Jag menar att det rättsliga moderskapet borde regleras och anpassas utifrån principen om barnets bästa även vid surrogatmoderskap. Precis som Singer och Saldeen anför så borde det rättsliga moderskapet grundas på det sociala moderskapet. Alltså måste en reglering, eller en legalisering, av altruistiskt surrogatmoderskap ske.

4.4 Den nya intresseavvägningen

Den nya intresseavvägningen utifrån barnets och surrogatmoderns perspektiv, med utgångspunkt i de tre anförda argumenten, medför att surrogatmoderskap bör regleras eller legaliseras. Rätten till självbestämmande för surrogatmoderns del bör inte, då det inte finns några belägg för det, begränsas vilket möjliggör en legalisering av altruistiskt surrogatmoderskap. Principen om barnets bästa påkallar, ur ett juridiskt och etiskt perspektiv, en reglering av surrogatmoderskap så att barn födda av en surrogatmor får samma rättigheter som barn födda på annat sätt. Jag menar därför att rätten till självbestämmande och principen om barnets bästa möjliggör en reglering, eller en legalisering, av altruistiskt surrogatmoderskap.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Departementsserierna

Ds 2000:51 *Behandling av ofrivillig barnlöshet*

Motioner

Motion 2004/05:So439 *Surrogatmoderskap*

Motion 2005/06:So528 *Surrogatmoderskap*

Propositioner

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

Prop. 1996/97:60 *Prioriteringar inom hälso- och sjukvården*

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

Statens offentliga utredningar

SOU 1983:42 *Barn genom insemination*

SOU 1985:5 *Barn genom befruktning utanför kroppen m.m.*

SOU 2007:3 *Föräldraskap vid assisterad befruktning*

Utskottsbetänkande

Socialutskottets betänkande 1993/94:SoU2 *Vissa etiska frågor*

Socialutskottets betänkande 2011/12:SoU26 *Assisterad befruktning*

Litteratur

Tryckt material

Ekis Ekman, Kajsa, *Varat och varan – Prostitution, surrogatmödraskap och den delade människan*, Leopard förlag, Stockholm 2011

Jönsson, Kutte, *Det förbjudna mödraskapet*, Bokbox förlag, Lund 2003

Saldeen, Åke, *Barn- och föräldrarätt*, 5:e upplagan, Iustus förlag, Uppsala 2005

Saldeen, Åke, "Faderskap – moderskap – föräldraskap". I: *De lege 2007 Eftersyn och Eftertanke*. Asp, Petter (red), Iustus förlag, Uppsala 2007, s. 211-246

Satz, Debra, *Markets in Women's Reproductive Labor*, Philosophy & Public Affairs Vol. 21 1992:2, s. 107-131

Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, 4:e upplagan, Studentlitteratur, Lund 2010

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

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

SMER rapport 2013:1, *Assisterad befruktning – etiska aspekter*, Stockholm 2013

Tännsjö, Torbjörn, *Göra barn – En studie i reproduktionsetik*, Bokförlaget Thales, Stockholm 1991

Internet

Nationalencyklopedin, http://www.ne.se/lang/autonomi/120960?i_h_word=informerat%20samtycke, sök på autonomi, (hämtad 2013-04-17)

Svenska Akademiens ordlista över svenska språket, http://www.svenskaakademien.se/svenska_sprak/svenska_akademiens_ordlista/saol_pa_natet/ordlista, sök på exploatera, (hämtad 2013-04-25)

Rättsfallsförteckning

NJA 2006 s. 505