



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Elin Olsson

Surrogatmodern, barnet och det rättsliga
föräldraskapet –
när rättsliga och sociala familjeband inte överensstämmer

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Titti Mattsson

Termin för examen: VT2014

Innehåll

1	INLEDNING	7
1.1	Introduktion	7
1.2	Syften och frågeställningar	9
1.3	Forskningsläge	9
1.4	Metod och material	10
1.5	Avgränsningar	12
1.6	Disposition	13
2	FASTSTÄLLANDE AV FÖRÄLDRASKAP – EN UTGÅNGSPUNKT FÖR DEN FORTSATTA FRAMSTÄLLNINGEN	14
2.1	Olika surrogatmoderskap	14
2.2	Befruktning och rättsligt föräldraskap	15
2.3	Hävande av rättsligt föräldraskap	18
2.4	Adoption	20
2.5	Sammanfattning	21
3	MYNDIGHETSBESLUT SOM FÖLJER AV ETT AVTAL OM SURROGATMODERSKAP	22
3.1	Reglerna för vårdnadshavandeskap	22
3.2	Reglerna för folkbokföring	24
3.3	Reglerna för svenskt medborgarskap	27
3.4	Sociala förmåner eller beslut som är beroende av vårdnad, folkbokföring, medborgarskap eller rättsligt föräldraskap	30
3.4.1	Namnlagen	30
3.4.2	Reglerna för föräldraledighet	30
3.4.3	EU-rättsliga avgöranden om föräldraledighet vid surrogatmoderskap	31
3.4.4	Reglerna för barnbidrag	34
3.5	Sammanfattning	36
4	ILLUSTRERANDE DOMSTOLSBESLUT SOM FÖLJER AV ETT AVTAL OM SURROGATMODERSKAP	38
4.1	Folkbokföring	38
4.1.1	Förvaltningsrätten	38
4.1.2	Kammarrätten	39

4.2	Barnbidrag	40
4.2.1	Förvaltningsrätten	40
4.2.2	Kammarrätten	42
4.3	Vårdnad och faderskap	44
4.4	Adoption och moderskapstalan	45
4.5	Sammanfattning	47
5	ANDRA RÄTTSORDNINGAR	49
5.1	Ex ante	49
5.1.1	Altruistiska surrogatmoderskap	49
5.1.2	Kommersiella surrogatmoderskap	50
5.1.2.1	Ryssland	50
5.1.2.2	Illinois, USA	52
5.2	Ex post facto	53
5.2.1	Altruistiska surrogatmoderskap	53
5.2.1.1	Storbritannien	53
5.2.1.2	Israel	54
5.3	Irland, ett oregerat land	55
5.4	Sammanfattning	56
6	ANALYS	58
6.1	Det rättsliga föräldraskapets begränsningar	58
6.2	Det rättsliga föräldraskapets följder	61
6.3	Möjliga lagtekniska lösningar	63
6.4	Sammanfattande reflektioner	67

Summary

There is no explicit prohibition against surrogacy in Swedish law, but other regulations preclude surrogate arrangements. Considering the fact that Swedish citizens still use surrogacy abroad as a means to have a child, this can become problematic. Upon returning home with their child they experience difficulties, particularly pertaining to being recognized as the legal parents. The purpose of this paper has been to examine how the legal parenthood is determined in Swedish law, and what consequences these regulations have for children born through surrogacy. I have focused particularly on what this means for the children's possibilities of obtaining a Swedish citizenship, being registered in the Swedish population register (as this is a prerequisite for many social benefits), and their parents' chances of gaining legal custody of them. The paper has also aimed to suggest alternative ways to establish legal parenthood through comparing the Swedish system with those of other jurisdictions.

The Roman law principle *mater semper certa est* means that the woman who gives birth to the child is considered to be the child's legal mother. The woman's husband is considered to be the child's father, and in the case of surrogacy that means the surrogate mother and her husband are registered as the child's parents in Sweden. It's possible for the social father to have his paternity established if he's the child's genetic father, in which case he and the surrogate mother can settle between them that he's to have sole custody of the child. Subsequently, his wife, the child's social mother, can adopt the child with his approval. It's the only way for her to replace the surrogacy mother and become the legal mother.

Establishing the legal parenthood is important, as it has far-reaching consequences: it's necessary in order for the child to have a Swedish citizenship. Children born abroad through surrogacy should run a high risk of becoming a stateless person, but there are strong indications that the migration office is granting the children Swedish citizenship in violation of the rules. An examination of the case law revealed that the social father can't be registered as the child's legal father until the legal fatherhood has been established by the court, and that the child can't receive child support until someone in Sweden has legal custody of it. Based on case law I also drew the conclusion that adoption is not the best way for the social mother to gain legal parenthood, and I'm of the opinion that her legal inability to refute the motherhood presumption should be rectified.

The comparison with other jurisdictions showed that the systems for establishing legal parenthood in regards to surrogacy can be divided into two groups: the ones where legal parenthood is transferred before the birth of the child, and the ones where it's transferred after the fact. The British model appears to be fairly close to the Swedish system in some ways, given that it allows the social parents to transfer legal parenthood after the birth

and functions like fast-track adoption. The conclusions I have drawn are that Sweden could look to the UK, should we wish to allow national surrogacy in the future. If, however, we would like to maintain the status quo, the problems relating to the legal parenthood will need to be addressed. I believe it would be best to do so through a legal exception relating specifically to surrogacy. There should also be an opportunity for the social parents who aren't genetically related to their child to have their parenthood established, which is precluded by the current regulation.

Sammanfattning

Surrogatmoderskap är inte tillåtet enligt svensk rätt. Det saknas ett uttryckligt förbud men andra regleringar utesluter surrogatarrangemang genom sina bestämmelser. Detta kan vara problematiskt eftersom svenska medborgare som anlitar surrogatmödrar utomlands inte anses vara rättsliga föräldrar till barnet när det föds. Syftet med denna framställning har varit att undersöka hur det rättsliga föräldraskapet i Sverige fastställs, och vilka konsekvenser det får för barn födda genom surrogatmoderskap. Det har främst avsett barnens rättsliga möjlighet att få ett svenskt medborgarskap, att folkbokföras i Sverige och deras föräldrars möjlighet att få vårdnaden om dem. Framställningen har även syftat till att presentera alternativa lösningsmodeller för det rättsliga föräldraskapet vid surrogatarrangemang, genom att jämföra med olika system som används i andra rättsordningar.

Moderskapspresumtionen i svensk rätt innebär att den kvinna som föder barnet anses vara barnets rättsliga mor, och barnets vårdnadshavare. Om kvinnan är gift vid barnets födelse anses hennes make vara barnets far. Svenska myndigheter anser därmed att surrogatmodern är barnets mor, och att hennes make är barnets far. Det är möjligt för den sociala fadern att få sitt faderskap fastställt om han är barnets genetiska far. Om den sociala pappan blir fastställd som rättslig fader kan han och surrogatmodern avtala om att han skall ha ensam vårdnad om barnet. Därefter kan hans maka, barnets sociala mor, adoptera barnet med hans godkännande. Det är det enda sättet för henne att bli barnets rättsliga mor eftersom moderskapspresumtionen, till skillnad från faderskapspresumtionen, inte går att motbevisa.

Det rättsliga föräldraskapet påverkar barnets möjlighet att bli svensk medborgare. Ett barn fött utomlands får ett svenskt medborgarskap om pappan är svensk och ansöker om ett medborgarskap för barnet, men det krävs att han är barnets förälder enligt svensk rätt. Det borde därför föreligga en risk för att barnet blir statslöst, men mycket pekar på att Migrationsverket beviljar barnet svenskt medborgarskap i strid med reglerna.

En undersökning av rättsfall har gett vid handen att den sociala pappan inte kan folkbokföras som barnets far förrän det rättsliga föräldraskapet har fastställts i dom, och att barnet inte kan få barnbidrag förrän det har en vårdnadshavare. Jag menar också att det framkommer att adoption inte är det bästa sättet för att etablera ett rättsligt förhållande mellan barnet och den sociala modern. Undersökningen av andra rättsordningar visade på att det finns olika möjliga modeller som kan delas upp två huvudkategorier vari skillnaden är när det rättsliga föräldraskapet överförs: före eller efter barnets födelse. Sverige står nära den brittiska modellen, som egentligen endast är en adoptionsansökan som ges företräde för att processas snabbare.

Mina slutsatser är också att det är den brittiska modellen som vi bör emulera, om vi i Sverige vill tillåta surrogatmoderskap i framtiden. Om vi även

fortsättningsvis vill att surrogatmoderskap ska vara förbjudet anser jag att problemen med det rättsliga föräldraskapet ska åtgärdas genom ett undantag som specifikt relaterar till surrogatmoderskap. Det är även önskvärt att den sociala modern får en möjlighet att häva moderskapspresumtionen, samt att de sociala föräldrar som inte är genetiskt besläktade med barnet också har en möjlighet att få sitt föräldraskap fastställt. Den nuvarande regleringen utesluter detta.

Förord

Jag påbörjade mina juridikstudier i Lund vårterminen 2009, och slutet av utbildningen närmar sig nu, fem år senare. Det har varit en fantastisk tid i mitt liv som har gett mig mycket, och jag kommer att se tillbaka på den med både vemod och glädje.

Jag vill rikta ett stort tack till min familj och min sambo för den stora förståelse de har visat för alltifrån missade födelsedagar till allmän tankspriddhet och plötslig oförmåga att prata om något annat än surrogatmoderskap. Tack för ert stöd, och all uppmuntran!

Jag vill också tacka mina vänner, både de som har delat denna långa strävan med mig genom att själva skriva sina examensarbeten, och de som har gett goda råd och perspektiv från sidlinjerna.

Ytterligare tack riktas till mina två korrekturläsare, Erik Hultgren och Lotta Dahl, som kom med viktiga synpunkter och tankar. Slutligen riktas ett särskilt stort tack till min handledare Titti Mattsson – din handledning och dina goda råd har varit ovärderliga under arbetet med denna uppsats. Utan dem hade den varit mycket annorlunda.

Elin Olsson

Lund i maj 2014

Förkortningar

Dir.	Direktiv
DS	Departementsserien
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Europeiska gemenskapen
FB	Föräldrabalken (1949:381)
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
IFL	Lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor
IVF	In vitro fertilisering, också känt som provrörsbefruktning
JO	Justitieombudsmannen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
SFB	Socialförsäkringsbalken (2010:110)
SMER	Statens medicinsk-etiska råd

1 Inledning

1.1 Introduktion

”Om det finns juridiska problem för barn som föds av surrogatmödrar så ska de utredas av socialdepartementet, säger socialminister Göran Hägglund. Men hittills har han inte stött på några sådana problem, säger han.”¹

Personer som har valt att söka sig utanför Sverige i syfte att skaffa barn genom en surrogatmoder håller säkerligen inte med om detta uttalande. När deras barn väl har fötts och de ska föra dem till Sverige finns det ett antal hinder som de måste överkomma innan de kommer att jämföras, i lagens mening, med föräldrar som fått sitt barn på det konventionella sättet.

De flesta problemen har sina lösningar, men de kräver tid och ett flertal rättsprocesser. Oavsett om Sverige i framtiden tillåter surrogatmoderskap eller ej så torde de flesta vara överens om att vi, för att kunna se till barnets bästa, bör försöka underlätta processen och åtgärda de problem som föräldrarna möts av när de för hem sina barn.

I prop. 1987/88:160 om befruktning utanför kroppen föreslogs att befruktning utanför kroppen med en utomstående äggivare eller spermagivare skulle förbjudas. Man framhöll att metoden att flytta ett ägg från en kvinna till en annan i så hög grad hade karaktär av teknisk konstruktion för att avhjälpa ett barnlöshetsproblem att den kunde skada människosynen. Dels skulle befruktningen ske utanför kvinnans kropp, dels skulle en utomstående kvinnas ägg implanteras i en annan kvinna. Följden skulle därmed bli att barnet inte skulle ha något genetiskt band med den kvinna som bar och födde det, vilket ansågs vara en allvarlig avvikelse från den naturliga processen. Denna form av befruktning kunde därför inte anses vara etiskt godtagbar.² I takt med att tekniken och samhällets åsikter om assisterad befruktning och barnlöshet har förändrats så har dock donation av ägg och sperma blivit accepterat och tillåtet.

1995 överlämnade Statens medicinsk-etiska råd (SMER) rapporten *Assisterad befruktning – synpunkter på vissa frågor i samband med befruktning utanför kroppen* till regeringen, vilken kom att utgöra underlag för propositionen 2001/02:89, behandling av ofrivillig barnlöshet. 2010 anordnades en konferens som diskuterade rapporten, och det framkom att det fanns ett behov av att återigen diskutera de etiska aspekterna av assisterad befruktning.³

¹ http://www.svd.se/nyheter/inrikes/hagglund-inga-juridiska-problem-for-surrogatbarn_6921227.svd.

² Prop. 1987/88:160, *Om befruktning utanför kroppen*, s. 10 ff.

³ SMER rapport 2013:1, förord.

Rådet släppte med anledning därav en ny rapport 2013 i vilken de ändrade sin ställning i frågan. De skriver att för ofrivilliga barnlösa som inte kan behandlas genom tillgängliga metoder för assisterad befruktning kan adoption vara det enda kvarstående lagliga alternativet. En sådan process är dock kostsam och omfattande och inte heller tillgänglig för alla – många länder tillåter inte internationell adoption till samkönade par eller till ensamstående. För de som inte kan eller vill skaffa barn genom adoption utgör surrogatmoderskap ett sätt att bli förälder, antingen genom egna eller donerade könsceller. Deras skäl kan vara av medicinsk, psykologisk eller social art, eller en blandning.⁴

Deras önskan att skaffa barn måste dock vägas mot det blivande barnets rätt att inte utsättas för större risker än andra barn, och att i övrigt ges samma förutsättningar. Det anses allmänt känt att en tidig anknytning, redan under graviditeten, mellan det blivande barnet och de blivande föräldrarna är positivt för alla inblandade. Det finns ännu inga studier som visar hur barn som tillkommit genom surrogatmoderskap eventuellt påverkas av att anknytningen, som barnet då format med surrogatmodern, bryts. Alternativt kan man notera att det inte heller finns några studier som visar om barnet påverkas av att surrogatmodern aktivt inte knyter an till det.⁵

För surrogatmodern innebär graviditeten samma medicinska risker som en vanlig sådan skulle göra, och dessa är väl kartlagda. Vad det gäller eventuella psykiska problem finns det studier gjorda i bl.a. Storbritannien och Nederländerna som pekar på att de flesta surrogatmödrar inte fick några bestående psykiska men av arrangemanget. En del uppgav att de fick känslomässiga problem veckorna efter förlossningen, men också att de minskade med tiden. Enligt rapporten visar attitydundersökningar i länder där surrogatmoderskap praktiseras att inställningen gentemot det förändras i en positiv riktning. Kommersiellt surrogatmoderskap betraktas som den minst acceptabla formen.⁶

SMER enades i sin rapport om att ett kommersiellt surrogatmoderskap inte var etiskt acceptabelt, men frågan om ett altruistiskt sådant splittrade dem. En majoritet ansåg att det var godtagbart om vissa förutsättningar var uppfyllda.⁷

För närvarande finns det ingen reglering avseende surrogatmoderskap i svensk lagstiftning, men det är en fråga som håller på att utredas av en av regeringen tillsatt kommitté. Uppdraget ska redovisas senast den 24 juni 2015, och av direktivet framgår att en av de saker som bör ingå i prövningen är hur en reglering ska se ut för de svenska barn som har tillkommit genom surrogatmoderskap utomlands. Utredningen ska ta ställning till om det ska krävas en genetisk koppling mellan barnet och den eller de tilltänkta föräldrarna vid assisterad befruktning, om altruistiska surrogatmoderskap

⁴ SMER rapport 2013:1, *Assisterad befruktning – etiska aspekter*, s.157.

⁵ SMER rapport 2013:1, s. 158.

⁶ SMER rapport 2013:1, s. 159 ff.

⁷ SMER rapport 2013:1, s. 171.

ska tillåtas i Sverige, och ta ställning till om det behövs särskilda regler för de barn som tillkommit genom surrogatmoderskap utomlands.⁸

Uppenbarligen har det mellan den första och andra rapporten från SMER förekommit en viss förändring gällande rådets syn på surrogatmoderskap, och det vore inte förvånande om den nu tillsatta utredningen fann att acceptansen för surrogatmoderskap har ökat i samhället.

1.2 Syften och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att undersöka vilka konsekvenser den svenska regleringen av rättsligt föräldraskap får för barn födda genom surrogatarrangemang, och att belysa vilka problem det leder till. Genom att jämföra med andra länders lagstiftning söker jag även alternativa lösningar, och den komparativa studien utgör sedan grunden för en diskussion *de lege ferenda*.

Att undersöka hur andra länder hanterar sådana problem som svensk lagstiftning skapar (till exempel svårigheter med att ordna medborgarskap för barnen, eller att få den rättsliga vårdnaden om dem fastställd i Sverige) skulle kunna vara ett första steg mot att hitta funktionella lösningar.

För att hjälpa mig att uppnå mina syften har jag utarbetat några frågeställningar:

- Hur fastställs det rättsliga föräldraskapet i Sverige?
- Hur ser den svenska lagstiftningen ut rörande folkbokföring, medborgarskap och vårdnadshavandeskap?
- Hur relaterar dessa områden till det rättsliga föräldraskapet, och vilka följder får det vid surrogatmoderskap?
- Vilka lösningsmodeller finns i andra länder, där surrogatmoderskap tillåts i olika former, som skulle kunna användas i svensk rätt för att lösa problemet med det rättsliga föräldraskapet?

1.3 Forskningsläge

Det finns förhållandevis få rättsvetenskapliga verk skrivna om surrogatarrangemang på svenska, men det finns avsevärt fler som tangerar ämnet. Det betyder dock inte att allting som har skrivits om assisterad befruktning, eller rättsligt föräldraskap, kan anses vara relevant inom ramen för denna uppsats.

⁸ Dir. 2013:70, *Utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet*, s. 1.

Anna Singer har skrivit en artikel med titeln ”*Mater semper certa est*”? som är en analys av rättsfallet NJA 2006 s. 505, ett rättsfall som jag kommer att gå in närmare på i det fjärde kapitlet. Artikeln publicerades i Juridisk Tidskrift, och innehåller, förutom en genomgång av domen, även en kort analys av det rättsliga moderskapet.

Jane Stoll vid Uppsala universitet har nyligen lagt fram en doktorsavhandling i ämnet som heter *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood*, där hon redogör för det rättsliga ramverket i Sverige gällande fader- och moderskap och hur det påverkar surrogatarrangemang. Avhandlingen innehåller också en komparativ del som jämför Sveriges reglering av föräldraskapsfrågan med motsvarande lagstiftning i England och Israel. Hennes avhandling är också en omfattande genomgång av argumenten för och emot surrogatmoderskap och behandlar frågan om huruvida surrogatarrangemang är önskvärda eller ej.

Min uppsats relaterar till hennes forskning genom att konkretisera vilka praktiska konsekvenser som kommer av det svenska systemet, något som saknas i Stolls avhandling. Hennes fokus ligger istället på att framställa en uttömmande redogörelse för mekaniken bakom det rättsliga föräldraskapet i svensk rätt. Min jämförelse är också bredare och mindre utförlig, då jag undersöker fler länder men inte lika detaljerat.

Det finns även en doktorand vid Uppsala universitet, Anna Arvidsson, som för närvarande arbetar med en avhandling som handlar om surrogatmoderskap i svensk och indisk kontext. Hennes arbete ligger nära mitt eget syfte med denna uppsats, speciellt med tanke på att hon kompletterar undersökning av de legala aspekterna med empiriska studier, men hennes avhandling kommer tyvärr inte att publiceras innan min uppsats avslutas.

1.4 Metod och material

Jag kommer i min uppsats att använda mig av fyra sorters material: Offentligt tryck, rättspraxis, samt doktrin på området.

Det offentliga trycket omfattar propositioner, SOU:er, och andra myndighetspublikationer som JO:s ämbetsberättelse och SMER:s rapport från 2013.

Rättspraxis består av fall från EU-domstolen och Högsta domstolen. Ett antal fall från svenska domstolar, både allmänna och förvaltningsrättsliga, används också. Målen från underrätterna utgör exempel på hur problematiskt det är för de sociala föräldrarna att uppnå det rättsliga förhållande till sitt barn som de avsett. Domarna har jag funnit i Karnovs och Infotorgs juridiska databaser, och jag har sedan sammanställt dem och valt ut ett antal mål för varje område. Antalet rättsfall som handlar om surrogatarrangemang är fortfarande relativt få, och jag har inte kunnat finna mer än sammanlagt ett tjugotal, varav endast tre av dem är prejudicerande.

I övrigt har jag använt mig av doktrin på området, såsom till exempel Åke Saldeen, Johanna Schiratzki, Anna Singer och Anita Wickström. I något större utsträckning har jag refererat till Jane Stoll, något som föll sig naturligt eftersom hon har skrivit en avhandling om surrogatmoderskap och rättsligt föräldraskap.

För avsnittet där gällande rätt framställs har jag använt mig av den rättsdogmatiska metoden. Enligt Juridisk Metodlära handlar den rättsdogmatiska metoden om att analysera de olika elementen i rättskälleläran så att slutresultatet kan antas spegla innehållet i gällande rätt, med andra ord förklara hur en rättsregel ska uppfattas i ett viss konkret sammanhang. Författaren (jämlikt bl.a. Jareborg) menar att det är sambandet mellan den konkreta rättstillämpningssituationen och den abstrakta rättsregeln som ger rättsdogmatiken dess karaktär, vilken är att beskriva hur en viss lösning ser ut på ett konkret problem.⁹

Jag använder mig också av ett antal rättsfall som empiri för att visa på hur normerna tillämpas hos underrätter och myndigheter. Jan Kleineman skriver i Juridisk Metodlära att:

”Den [rättsdogmatiken, reds. anm.] negligerar inte betydelsen av att förstå den verkligheten som nås genom empiriska studier, utan tvärtom behöver den ofta tillföras konstruktiv kritik genom omvärldsiakttagelser. Dessa omvärldsiakttagelser påverkar emellertid aldrig i sig rekonstruktionen av normen som styr rättsdogmatikens arbete. Tvärtom måste ”rekonstruktören” beakta risken för att omvärldsiakttagelsen kan vara ägnad att bidra till en felaktig beskrivning av gällande rätt.. Det gäller att inte sammanblanda analysen av hur gällande rätt är inrättad med hur den kanske borde i framtiden gestaltas under intryck av bl.a. empiriska studier.”¹⁰

Det är också just i det syftet som jag har undersökt rättsfall från olika underrätter; de används inte för att beskriva gällande rätt utan snarare för att tillföra en iakttagelse över vilka konsekvenser rättsreglerna kan leda till.

Den komparativa metoden används för att utföra den komparativa delen av uppsatsen. Det finns många fördelar med att inkludera ett jämförande element. Inte bara ger det en ökad förståelse för hur den egna lagstiftningen fungerar, för oss främmande rättssystem kan också lösa liknande problem på helt andra sätt som kanske är enklare och bättre.¹¹

Uppsatsen syftar inte till en heltäckande komparation utan att jämföra delar av olika system för att identifiera olika lösningsmodeller. Jag jämför därmed utifrån ett *de lege ferenda*-perspektiv. Trots att det vid första anblick kan framstå som irrelevant att jämföra ett antal olika länder (eftersom det med nödvändighet blir en ytligare komparation) finns det ett värde även i detta.

⁹Kleineman, Jan: ”Rättsdogmatisk metod”. I Fredric Korling & Mauro Zamboni (red.) *Juridisk metodlära*, s. 26. 2013.

¹⁰Kleineman, 2013, s. 24.

¹¹ Bogdan, Michael, *Concise Introduction to Comparative Law*, s. 16. 2013.

Syftet är nämligen inte att föreslå en lösning som ska överföras oförändrat till det svenska systemet, utan snarare att belysa de olika möjligheter som finns. Det är dock viktigt att komma ihåg att den komparativa metoden kräver att en jämförelse sker; att endast presentera två eller flera system bredvid varandra utan kommentar är inte en komparation.¹²

1.5 Avgränsningar

Att skriva om surrogatmoderskap låter sig inte göras utan avgränsningar, då det finns en mängd olika vinklar på området. Mitt fokus kommer främst att titta på hur bristen av regleringar kring surrogatmoderskap i svensk rätt påverkar barnen; exempelvis när deras sociala föräldrar inte registreras som deras rättsliga föräldrar. Trots att det finns ett jämförande element i uppsatsen så är syftet att undersöka det nationella rättsliga ramverket, och utsträcker sig därför inte till någon närmare utforskning av internationell privaträtt.¹³

Syftet avgränsar också från en undersökning av hur surrogatmoderskap påverkas av FN:s konvention om barnets rättigheter, även kallad barnkonventionen, och begreppet barnets bästa. Det finns ett fåtal artiklar i barnkonventionen som är relevanta för surrogatmoderskap (ex. artikel 7, om barnets rätt till ett namn, ett medborgarskap, och vetskap om sina föräldrar¹⁴) men endast när det skyddar barnets intressen.¹⁵ För en diskussion kring barnets rätt att känna sitt genetiska ursprung hänvisar jag läsaren vidare till Eva Ryrstedts artikel ”Den genetiska utvecklingens familjerättsliga komplikationer”, Anna Singers artikel ”Barns rätt till två föräldrar – en överspelad grundregel?”, och Jane Stolls avhandling *Swedish donor offspring and their legal right to information*.

En redogörelse för detta faller utanför uppsatsens syften. Jag kommer inte heller att diskutera eller undersöka hur surrogatmoderskap påverkar de kvinnor som genomgår det, eller de etiska aspekterna av sådana arrangemang. I detta ingår en diskussion om det moraliska i att majoriteten av alla som beställer ett barn genom en surrogatmoder kommer ifrån så kallade ”västländer” samtidigt som flertalet av de länder som tillåter kommersiellt surrogatmoderskap vanligtvis karakteriseras av en lägre levnadsstandard och sämre ekonomi. För en grundligare genomgång och analys av de etiska skäl som kan anföras för eller mot surrogatmoderskap hänvisas läsaren till Jane Stolls *Surrogacy arrangements and legal*

¹² Bogdan, 2013, s. 45.

¹³ Se Bogdan, Michael: ”Internationellt privaträttsliga aspekter av äggdonation och surrogatmoderskap”. I: SvJT, s. 745 – 747. 2002.

¹⁴ New York den 20 november 1989, SÖ 1990:20.

¹⁵ Jfr resonemangen kring ett barns rätt att känna sitt genetiska ursprung i: Ryrstedt, Eva: ”Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer”. I: SvJT, s. 554 – 576. 2003; Singer, Anna: ”Barns rätt till två föräldrar – en överspelad grundregel?”. I: JT, s. 411 – 429. 2009/2010; Stoll, Jane: *Swedish donor offspring and their legal right to information*, Uppsala 2008.

parenthood. Även författarna Kajsa Ekis Ekman (*Varat och varan*) och Kutte Jönsson (*Det förbjudna mödrskapet*) har skrivit böcker på ämnet som utforskar den moraliska aspekten snarare än den juridiska.

1.6 Disposition

I det andra kapitlet introduceras läsaren till vad surrogatmoderskap, och de olika begreppen associerade med det, innebär. Däri redogörs för hur regleringen av rättsligt föräldraskap ser ut, och besvarar frågan om hur det rättsliga föräldraskapet fastställs i Sverige.

Det tredje kapitlet redogör för gällande rätt rörande folkbokföring, medborgarskap och vårdnadshavandeskap, och vilka följer det rättsliga föräldraskapet vid surrogatmoderskap får på dessa områden. Kapitlet syftar till att besvara frågorna om hur den svenska lagstiftningen ser ut rörande folkbokföring, medborgarskap och vårdnadshavandeskap, och hur dessa områden relaterar till det rättsliga föräldraskapet, tillika vilka följer det får vid surrogatmoderskap. Som en del i detta led redogör jag också för olika sociala förmåner som är beroende av beslut om medborgarskap, vårdnad eller folkbokföring.

Det fjärde kapitlet utgör en viktig del av svaret på frågan om vilka följer det rättsliga föräldraskapet leder till vid surrogatmoderskap. Jag använder olika rättsfall för att illustrera de olika problem som kan uppstå, och pekar också på skillnaden mellan vad som är ett problem i teorin och vad som är ett i praktiken.

Det femte kapitlet utgör den komparativa delen av uppsatsen, och handlar om länder som tillåter altruistiskt respektive kommersiellt surrogatmoderskap och hur de har reglerat de situationer som kan vara stötestenar inom svensk rätt. Syftet med att jämföra deras lagstiftningar med Sveriges motsvarande är att undersöka om det finns något i deras modell som vi kan eller borde inspireras av, och besvarar frågan om vilka lösningsmodeller som finns i andra länder som vi skulle kunna använda oss av.

Uppsatsen avslutas sedan med ett analyserande kapitel som presenterar mina slutsatser.

2 Fastställande av föräldraskap – en utgångspunkt för den fortsatta framställningen

2.1 Olika surrogatmoderskap

Det kan vara lämpligt att börja med att i korthet redogöra för vad ett surrogatarrangemang innebär, och hur det kan se ut. En surrogatmoder är en kvinna som bär ett barn för en annans räkning, vanligtvis men inte alltid för ett par¹⁶, med avsikten att den eller de personerna efter barnets födsel skall bli barnets sociala och rättsliga förälder eller föräldrar.¹⁷ Man kan tänka sig flera olika konstellationer här: både ägg och sperma kan vara donerade ifrån de som är avsedda att bli barnets föräldrar; ägget kan vara surrogatmammans eget som befruktas med spermier från mannen som ska bli barnets far; eller så kan både ägg och sperma vara donerade av personer som är utomstående, det vill säga personer som inte kommer att ha någon kontakt med barnet eller vara involverat i dess uppfostran.¹⁸

Surrogatmoderskap är en form av assisterad befruktning som inte är tillåten i Sverige idag. Statens medicinsk-etiska råd (SMER) använder sig av tre olika begrepp när man talar om föräldraskap och assisterad befruktning: biologiskt, genetiskt och socialt föräldraskap. Den biologiska föräldern är den kvinna som bär och föder barnet. Den genetiska föräldern är den man eller kvinna som genom spermier eller ägg har bidragit till att barnet kommit till. Den sociala föräldern är den man eller kvinna som *de facto* tar hand om barnet, det vill säga sköter barnets omvårdnad och uppfostran.¹⁹

När man använder sig av begreppet rättslig eller juridisk förälder så avses den person som legalt är barnets mor eller far, det vill säga den person som har fått rättslig status som förälder.

Ett partiellt surrogatmoderskap innebär att surrogatmoderns eget ägg befruktas av spermier antingen från den man som skall ta hand om barnet sedan eller från en utomstående givare. Surrogatmodern är då barnets genetiska och biologiska mor.²⁰

Vid fullständigt surrogatmoderskap förs ett befruktat ägg in och utvecklas i surrogatmoderns livmoder. Ofta har ägget donerats av kvinnan som ämnar fungera som barnets juridiska mor, men både ägg och sperma kan vara

¹⁶ 2013/14:JO1, *Justitieombudsmännens ämbetsberättelse*, s. 440.

¹⁷ Singer, Anna: ”Mater semper certa est?”. I: JT 2006/08 nr 2, s. 424 – 431. 2006. S. 424.

¹⁸ Singer, 2006, s. 424..

¹⁹ SOU 1997:116, *Barnets bästa i främsta rummet*, s. 212.

²⁰ SMER rapport 2013:1, s. 13.

donerade från utomstående. Om inget av det genetiska materialet kommer från de som ska fungera som barnets sociala och rättsliga föräldrar används ofta begreppet embryodonation.²¹

Oavsett vilken genetisk kombination som används så kan surrogatmoderskapet antingen vara altruistiskt eller kommersiellt. Vid kommersiella varianter av surrogatmoderskap utgår ersättning utöver graviditetsrelaterade kostnader till surrogatmodern, men inte vid altruistiska varianter.²²

Majoriteten av SMER anser att ett altruistiskt surrogatmoderskap under vissa förutsättningar skulle kunna utgöra en etiskt godtagbar metod för barnlösa par att få barn. En förutsättning är att det finns en nära relation mellan de potentiella föräldrarna och den som ska agera som surrogatmoder. De anser att surrogatmodern bör ha genomgått en graviditet och ha egna barn, och att det är bäst om hon inte också är genetisk mor till det blivande barnet. Slutligen måste surrogatmodern och de blivande föräldrarna först genomgå en lämplighetsprövning, och det blivande barnet bör tidigt få vetskap om sättet det blev till på.²³

För den fortsatta framställningen bör det noteras att jag kommer att referera till surrogatmodern som surrogatmoder, och inte förälder, vilket också gäller för surrogatmoderns eventuella make. När föräldrarna nämns avser det de sociala föräldrarna, förutom i undantagsfall där det framkommer av texten vilka som avses. Eftersom det inte föreligger någon skillnad mellan en biologisk och en genetisk far så använder jag mig av begreppet genetisk far för egen del. Däremot kan det i citat från andra förekomma begreppet biologisk far.

2.2 Befruktning och rättsligt föräldraskap

I 6 kap. och 7 kap. lag (2006:351) om genetisk integritet m.m. regleras när insemination och befruktning utanför kroppen (IVF) får ske i Sverige. Insemination får endast utföras om kvinnan är gift, sambo eller har en registrerad partner.²⁴ Sperma från en man som kvinnan inte är gift eller sambo med får användas i vissa situationer, men det krävs att en läkare prövar om det med tanke på parets medicinska, psykologiska och sociala förhållanden är lämpligt att så sker.²⁵ Det är också läkaren som väljer donatorn.²⁶

Samma regler gäller för befruktning av ett ägg utanför kroppen: ett befruktat ägg får endast föras in i kvinnans kropp om hon är gift eller samboende och

²¹ SMER rapport 2013:1, s. 12.

²² SMER rapport 2013:1, s. 21.

²³ SMER rapport 2013:1, s. 21 f.

²⁴ Lagen (2006:351) om genetisk integritet, 6 kap. 1§.

²⁵ Lag om genetisk integritet, 6 kap. 3§.

²⁶ Lag om genetisk integritet, 6 kap. 4§.

maken eller sambon har samtyckt till det. Om det inte är hennes eget ägg skall det vara befruktat av hennes makes eller sambos spermier (lagen jämställer make och registrerad partner).²⁷

Om befruktningen skall utföras med ett ägg som inte kommer från den biologiska modern eller med sperma från en man som inte är hennes make eller sambo måste en läkare först pröva om det är lämpligt att så sker. Befruktningen får bara utföras om det kan antas att barnet kommer att växa upp under goda förhållanden.²⁸

Det första kapitlet i föräldrabalken reglerar frågor om moder- och faderskap till barn. Om modern är gift vid barnets födsel får hennes make automatiskt status som barnets rättsliga förälder eftersom lagen utgår ifrån att det är han som har avlat barnet.²⁹ Om så inte är fallet kan faderskapet fastställas antingen genom dom eller bekräftelse.³⁰ Bekräftelsen sker skriftligen och skall godkännas av modern och socialnämnden; intressant att notera i sammanhanget är att bekräftelsen kan ske före barnets födelse och ändå vara giltig.³¹

Detta gäller även när ägg eller sperma har donerats av någon utomstående. Om en kvinna får ett barn som tillkommit genom att ett ägg från en annan kvinna befruktats och sedan förts in i hennes livmoder så skall hon som föder barnet anses vara barnets mor.³² Det är en lagfästning av den moderskapspresumtion som länge har funnits, uttryckt i principen *mater semper certa est* och *mater est quam gestatio demonstrat* (modern är alltid säker resp. modern är den som födandet visar) och innebär att den som föder ett barn alltid anses vara barnets mor i en juridisk mening.³³

I prop. 2001/02:80 Ofrivillig barnlöshet, i vilken paragrafen föreslogs, berördes frågan om surrogatmoderskap helt kort och regeringens förslag var att det även i fortsättningen inte skulle tillåtas, något som de flesta remissinstanser höll med om. Skälen som angavs var att surrogatmoderskap i regeringens mening innebär att ett ofrivilligt barnlöst par tar hjälp av en annan kvinna som samtycker till att "låna ut" sin livmoder. Att denna surrogatmoder som samtyckt före graviditeten senare kan ändra uppfattning skulle kunna leda till svåra konflikter mellan de inblandade parterna, något som barnet oundvikligen skulle bli indraget i.³⁴

Regeringen ansåg inte att surrogatmoderskap var etiskt försvarbart och att det inte var förenligt med människovärdesprincipen att använda en annan kvinna som ett medel för att lösa det barnlösa parets problem. De ansåg även att det inte heller ur barnets perspektiv skulle vara önskvärt med

²⁷ Lag om genetisk integritet, 7 kap. 3§.

²⁸ Lag om genetisk integritet, 7 kap. 5§.

²⁹ 1 kap. 1§ FB.

³⁰ 1 kap. 3§ FB.

³¹ 1 kap. 4§ FB.

³² 1 kap. 7§ FB.

³³ Prop. 2001/02:89, *Ofrivillig barnlöshet*, s. 57.

³⁴ Prop. 2001/02:89, s. 55.

surrogatmoderskap, men också att det inte vore lämpligt att särskilt kriminalisera det. Dock ansåg de att frågan om surrogatmoderskap gjorde det än mer angeläget att det i lagen fastställdes vem som skulle anses vara modern, det vill säga den kvinna som föder barnet.³⁵ Därför infördes det också en paragraf som specifikt anger att det är den biologiska modern som är barnets rättsliga moder när donerade ägg eller sperma har använts.

Om ett ägg har befruktats utanför kvinnans kropp (oavsett om det kommer från henne eller har donerats av en annan kvinna) och sedan förts in i hennes livmoder med samtycke från hennes make eller sambo så skall den som lämnat samtycke anses vara barnets far.³⁶ Om kvinnan skulle ha en registrerad partner eller maka istället för en make skall den som har lämnat samtycket anses vara barnets förälder, och föräldrskapet fastställs genom bekräftelse eller dom.³⁷

För att faderskapet till ett barn som har fötts efter en befruktning utanför kroppen skall kunna fastställas krävs det inte att befruktningen har utförts i enlighet med lagen om befruktning utanför kroppen. Under de förutsättningar som anges i 1 kap. 8§ FB skall mannen anses vara far till barnet även om befruktningen skulle ha skett utomlands, och detsamma gäller om han endast har gett ett muntligt samtycke till befruktningen.³⁸

En konsekvens av detta blir att faderskapsregeln gäller även när en kvinna föder ett barn som avlats genom befruktning av en annan kvinnas ägg med spermier från någon annan man än hennes make eller sambo och maken eller sambon har lämnat sitt samtycke.³⁹ Den sortens provrörsbefruktning är inte tillåten i Sverige idag enligt lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m., men precis som med surrogatmoderskap finns det inget uttryckligt förbud för svenska medborgare att söka sig till kliniker utomlands som utför proceduren.

Frågor om faderskap regleras också i lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor, IFL, och i regleringen stadgas bland annat att utländska avgöranden som fastställer faderskap ska gälla i Sverige om det finns skälig anledning till att talan prövades i den främmande staten. En utländsk dom är inte giltig om: den strider mot en svensk dom; den strider mot ett i Sverige giltigt tidigare utländskt avgörande; den strider mot en i Sverige tidigare existerande giltig fastställelse av faderskap eller föräldrskap i annan form än ett domstolsavgörande; det pågår en rättegång om fader- eller föräldrskapet i Sverige eller utomlands; svaranden inte har fått kännedom om den väckta talan i tid.⁴⁰

³⁵ Prop. 2001/02:89, s. 55.

³⁶ 1 kap. 8§ FB.

³⁷ 1 kap. 9§ FB.

³⁸ Prop. 2001/02:89, s. 58.

³⁹ Prop. 2001/02:89, s. 58.

⁴⁰ lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor, 7§.

Liknande regler gäller för en utländsk fastställelse av fader- eller föräldraskap genom bekräftelse och dess giltighet i Sverige, med undantaget att man även kan basera ogiltighet på det faktum att bekräftelsen är uppenbart oriktig.⁴¹

2.3 Hävande av rättsligt föräldraskap

Som vi konstaterade ovan så kommer surrogatmoderns man anses vara barnets rättsliga förälder i Sverige om hon är gift vid barnets födelse. Den man som ska bli barnets pappa måste då få det förstnämnda faderskapet hävt innan hans faderskap kan fastställas. Själva möjligheten att häva faderskapet utgör en konflikt mellan barnets intresse av att ha en pappa, och samhällets ambition att det är rätt man som knyts till faderskapet. Juridiskt avser det den man vars sperma har använts för att befrukta ägget, och det är det biologiskt korrekta faderskapet som man vill fastställa.⁴²

Det är endast barnet eller den man som anses som barnets far som kan väcka talan om att faderskapet ska hävas. Skulle någon av dem vara avliden får den andre väcka talan mot den personens arvingar – arvingarna själva får dock endast föra en sådan talan under vissa omständigheter. Bestämmelsen gäller mannens arvingar, och innefattar bland annat rekvisit som att mannen inte varaktigt ska ha sammanbott med barnet och inte heller ha bekräftat att det är hans.⁴³ Talan ska väckas vid den ort där barnet har sin hemvist, och om det är underårigt skall barnets talan föras av förmyndaren eller god man.⁴⁴

Talan om att fastställa ett faderskap får endast väckas av barnet. Under vissa omständigheter förs barnets talan i målet av socialnämnden, men om modern har vårdnaden om barnet får hon alltid föra barnets talan.⁴⁵ Om barnet är fött av en surrogatmoder lär det knappast vara aktuellt att hon gör detta eftersom hon med stor sannolikhet befinner sig utomlands, och eventuellt inte anser sig vara barnets mor. Socialnämnden har dock en skyldighet att försöka utreda vem som är far till barnet och att se till att faderskapet fastställs, om barnet har hemvist i Sverige.⁴⁶

Det finns alltså goda möjligheter att häva det tidigare fastställda faderskapet, åtminstone när omständigheterna är sådana att det finns ett genetiskt band mellan den sociala pappan och barnet. Det är inte lika lätt att häva det rättsliga moderskapet. Frågan om hävande av moderskap är inte lagreglerad⁴⁷. Det innebär att moderskapspresumtionen inte kan motbevisas på samma sätt som faderskapspresumtionen. I rättsfallet NJA 2007 s. 684

⁴¹ IFL 8§.

⁴² Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, s. 61. 2002.

⁴³ 3 kap. 1-2§§ FB.

⁴⁴ 3 kap. 3-4§§ FB.

⁴⁵ 3 kap. 5§ FB.

⁴⁶ 2 kap. 1§ FB.

⁴⁷ Schiratzki, 2002, s. 60.

tilläts dock en negativ moderskapstalan med stöd av 13 kap. 2§ rättegångsbalken, något som har föreslagits av bl.a. Anna Singer som ett alternativt sätt att ge den genetiska och sociala modern rättslig ställning som förälder⁴⁸.

Omständigheterna i målet var följande: talan väcktes av fem barn som kom till Sverige 1998 tillsammans med sju andra barn och en kvinna som uppgavs vara deras mor. En man som redan fanns i Sverige uppgavs vara deras far, och dessa uppgifter registrerades i folkbokföringen. I samband med att de fem nämnda barnen omhändertogs enligt lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga uppstod tveksamhet i frågan om mannen och kvinnan verkligen var barnens biologiska föräldrar.⁴⁹

Högsta Domstolen konstaterade att en fastställsetalan enligt 13 kap. 2§ RB måste avse ett rättsförhållande. Det finns väsentliga rättsverkningar såsom exempelvis vårdnad och underhållsskyldighet knutna till föräldraskapet, och den särskilda regleringen om fastställande och hävande av faderskap i FB bygger på uppfattningen att föräldraskap utgör ett sådant rättsförhållande som kan vara föremål för rättegång. När FB infördes förutsattes det att andra former av fastställsetalan avseende börd skulle kunna föras med stöd av 13 kap. 2§ RB vid sidan av den särskilda regleringen i balken. Det innebär också att regleringen i FB inte ska uppfattas som exklusiv på det viset att den utesluter möjligheten att föra talan om faderskap eller moderskap i andra fall än dem som är uttryckligt reglerade. Den får dock anses vara uttömmande inom det område som den avser, det vill säga hävande av faderskapspresumtionen och fastställande av faderskap i fall då den inte gäller. Det torde därför inte vara möjligt för en man att väcka talan om fastställande av faderskapet med stöd av 13 kap. 2§ RB, eftersom en sådan talan skall föras av barnet. Däremot finns det inget som anses hindra rättegång i sådana fall som bestämmelserna inte syftar till att reglera, med förbehåll för att en talan om fastställande eller hävande av föräldraskap inte kan tas upp till prövning utan vidare. Enligt det åberopade lagrummet är det en förutsättning att ovisshet råder om rättsförhållandet och att ovissheten leder till förfång för käranden.⁵⁰

Domstolen nämner hävande och fastställande av faderskap som det område som avses, men även *andra fall än de som är uttryckligt reglerade* anges. Moderskapspresumtionen vid äggdonation är uttryckligt reglerad i 1 kap. 7§ FB. Hävandet av den är inte uttryckligt reglerat, eftersom det saknas möjligheter att göra så, men 13 kap. 2§ RB ska uppenbarligen inte kunna användas för att kringgå uttryckliga bestämmelser i FB. Det lutar därför åt att en negativ moderskapstalan inte kan användas i ett fall om surrogatmoderskap eftersom det där är klart vem det är som är modern, kvinnan som har fött barnet.⁵¹

⁴⁸ Singer, 2006, s. 429.

⁴⁹ NJA 2007, s. 684.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Jfr Saldeen, Åke: *Barn- och föräldrarätt*, 6:e upplagan, Uppsala 2009, s. 54.

2.4 Adoption

På grund av moderskapspresumtionen, och att det inte går att häva surrogatmoderns status som rättslig förälder med en negativ moderskapstalan, så finns det bara ett sätt för den sociala mamman att registreras som barnets mor – hon måste adoptera barnet.

Syftet med en adoption är att det ska uppstå ett rättsligt förhållande mellan den som adopterar och adoptivbarnet. I Sverige innebär en adoption att barnet i rättsligt hänseende anses vara adoptantens barn, och att det rättsliga bandet mellan barnet och dess biologiska föräldrar klipps av.⁵²

Då det rör sig om en nationell adoption aktualiseras lagreglerna i föräldrabalkens fjärde kapitel. I 3§ stadgas det att makar inte får adoptera annat än gemensamt, men att den ene maken med den andres samtycke får adoptera dennes barn. Enligt 8§ skall barnet då betraktas som parets gemensamma barn. Den som inte har fyllt arton år får enligt 5a§ första stycket inte adopteras utan föräldrarnas samtycke, varav moderns skall ha lämnats sedan hon har återhämtat sig tillräckligt efter förlossningen, men i andra stycket av samma paragraf stadgas att den förälder som inte har del i vårdnaden inte behöver samtycka.

Rätten skall sedermera pröva om det är lämpligt att adoptionen äger rum. De får enligt 6§ godkänna ansökan endast om det är till fördel för barnet, samt att den som vill adoptera barnet har uppfostrat eller vill uppfostra det eller att det med hänsyn till det personliga förhållandet mellan sökanden och barnet finns särskild anledning till adoptionen. Den förälder vars samtycke krävs kan återta sitt samtycke ända tills att adoptionsbeslutet vinner laga kraft. I kapitel fyra ska jag återkomma till just detta problem och illustrera det med rättsfallet NJA 2006 s. 505, där fadern återkallade sitt samtycke till sin makas adoption av barnet efter att de hade inlett skilsmässoförhandlingar.

Det faktum att barnet och den sociala modern kan bli separerade utan några rättigheter till varandra endast därför att de sociala föräldrarna inte längre kommer överens är bekymmersamt. I perioden efter att mannen har fastställts som fader i Sverige, men innan adoptionsbeslutet har vunnit laga kraft, befinner sig mannen i en maktposition och kvinnan i en prekär situation där hon är beroende av mannens goda vilja. Oaktat vad vi som samhälle anser om surrogatmoderskap så torde vi kunna vara överens om att det är olämpligt att barnet eventuellt skiljs från den som i praktiken har varit dess mamma.

Jag tar här endast upp den situationen att den sociala faderns maka eller registrerade partner, efter att mannen har fastställts som barnets rättsliga far, adopterar barnet genom en s.k. ”styvbarnsadoption”. Detta beror på att jag

⁵² Wickström, Anita: *Familjerätten – en introduktion*, 3:e upplagan, Stockholm 2011, s. 128.

anser att det är den enda adoption av barn födda genom surrogatmoderskap som är möjlig. Jag kommer att återkomma till, och utveckla, denna ståndpunkt vidare i analysen.

2.5 Sammanfattning

Moderskaps- och faderskapspresumtionerna i svensk rätt leder till, ur en familj som skapats genom surrogatarrangemangs perspektiv, att legala presumtioner ges större vikt än den sociala realitet som familjen upplever. Detta är extra problematiskt för den kvinna som vill bli registrerad som barnets mor eftersom moderskapspresumtionen troligtvis inte går att häva på något annat sätt än genom en adoption.

Att häva föräldra- eller faderskapet leder till att barnet förlorar en förälder, även om det är tillfälligt. Normalt finns det en konflikt mellan barnets intresse av att ha en pappa (eller förälder enligt 1 kap. 9§ FB) och samhällets intresse av att "rätt" far eller förälder knyts till barnet. När det gäller surrogatmoderskap föreligger ingen risk för att barnet på grund av brist på kandidater ska bli utan en pappa, men fixeringen vid ett genetiskt band mellan barn och far kan ändå leda till att sociala fäder inte kan få sitt föräldraskap fastställt. En märklig konsekvens av faderskapspresumtionen blir att surrogatmoderns man, som inte kommer att ta del i barnets liv och inte heller ser sig själv som barnets far, registreras som barnets rättslige pappa framför den man som är tänkt att vara barnets pappa. Varken ambitionen att ge barnet rätt förälder, eller barnets intresse av att ha en förälder, uppfylls då.

Det enda sättet för mannens partner att bli barnets förälder är att, efter att hans faderskap fastställts, adoptera barnet. Det rör sig då om en så kallad "styvbarnsadoption", och det låter sig endast göras om den adopterande föräldern är gift med den andre. Det är givetvis en nackdel för de som inte har ingått äktenskap med varandra, men frågan är också om just adoptionsinstitutet är ett särskilt väl lämpat verktyg för att lösa problemet med föräldraskapet. Även det faktum att den förälder som har vårdnaden, vilket ska vara den sociala fadern i sådana här situationer, har möjlighet att vägra eller ta tillbaka sitt samtycke till adoptionen gör det problematiskt. Återtas eller ges inte samtycke kan adoptionen inte godkännas, och den som ska bli barnets andra rättsliga förälder (och som sannolikt har *de facto* vårdnad om barnet tillsammans med pappan) har inte någon möjlighet att begära umgänge med barnet eller vårdnad om barnet vid en eventuell skilsmässa.

3 Myndighetsbeslut som följer av ett avtal om surrogatmoderskap

Eftersom det inte finns en specifikt utformad reglering i svensk rätt gällande surrogatmoderskap så definieras förbudet mot det av att tillämpningen av andra bestämmelser omöjliggör förfarandet. Jag skall här nedanför redogöra för de största områdena som stundtals också överlappar varandra. Hittills har jag diskuterat fastställande av det rättsliga föräldraskapet, och hur det hanteras vid assisterad befruktning. Nästa fråga är hur vårdnadshavandeskapet fastställs, och på vilket sätt det skiljer sig från föräldraskap. Utifrån barnets perspektiv är det viktigt att det får en vårdnadshavare, att det folkbokförs och att det får svenskt medborgarskap, och det är dessa frågor jag nu kommer att gå in närmare på.

3.1 Reglerna för vårdnadshavandeskap

Barn i Sverige måste ha en vårdnadshavare eller annan legal ställföreträdare. Att ha den rättsliga vårdnaden om barnet innebär inte bara en kompetens att besluta för barnets räkning eller föra dess talan. Det medför också en rätt och en skyldighet att uppfostra barnet och sörja för barnets personliga omvårdnad.⁵³

I 6 kap. 1§ FB står det att barn har rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran. Den som har vårdnaden om ett barn har enligt den 2§ ett ansvar för barnets personliga förhållanden, och en plikt att se till att barnets behov enligt 1§ blir tillgodosedda. Vårdnadshavaren ansvarar för att barnet får den tillsyn som det behöver med hänsyn till dess ålder och utveckling, och ska bevaka att barnet får tillfredsställande försörjning och utbildning. Dessa uppgifter är skilda från de som tillfaller förmyndaren, vilka främst är beslut som rör den omyndighets förmögenhet, men vårdnadshavarna är oftast barnets förmyndare⁵⁴.

Huvudregeln är att föräldrarna får gemensam vårdnad om barnet om de är gifta vid barnets födelse. Om modern är ogift blir hon ensam vårdnadshavare.⁵⁵ Enligt 6 kap. 6§ FB kan föräldrarna avtala om hur vårdnaden ska fördelas dem emellan, oaktat att en av dem vid tillfället har ensam vårdnad, och de kan då komma överens om att vårdnaden ska vara gemensam eller att en av dem ska ha vårdnaden om barnet. Avtalet ska gälla om det är skriftligt och socialnämnden godkänner det.

⁵³ Saldeen, 2009, s. 168.

⁵⁴ Ryrstedt, Eva, *Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, 2002, s. 13 f.

⁵⁵ Saldeen, 2009, s. 177.

I förarbetena till paragrafen diskuterades vilken socialnämnd som ska pröva avtalet, och hur den nämnden ska förhålla sig till sådana fall när rättsförhållandet är av internationell karaktär, d.v.s. uppvisar anknytningar till ett eller flera andra länder. Frågan var om socialnämnden skulle vara behörig att pröva avtalet endast om barnet var folkbokfört i Sverige, eller om den även skulle vara behörig att pröva avtal i andra fall då rättsförhållandet visar på en stark anknytning till Sverige.⁵⁶

I prop. 1997/98:7 Vårdnad, boende och umgänge konstaterades att socialnämnden måste kunna inhämta en utredning om barnets förhållanden och föräldrarnas lämplighet som vårdnadshavare för att kunna pröva ett avtal om vårdnad på ett sätt som uppfyller kravet om att se till barnets bästa.⁵⁷ Tillsammans med den omständigheten att kommunernas ansvar enligt socialtjänstlagen (1980:620) endast gäller de som vistas i kommunen talar det för att socialnämndens behörighet begränsas till fallen där barnet är folkbokfört i kommunen. De föräldrar som är överens om hur vårdnaden ska fördelas kan få sin överenskommelse prövad i svensk domstol.⁵⁸ Mot bakgrund av detta konstaterade regeringen att övervägande skäl talade för att socialnämnden endast kan pröva vårdnadsavtal avseende de fall där barnet är folkbokfört i Sverige.⁵⁹

Justitieombudsmannen har i dnr 5744-2012 varit kritisk mot just en socialnämnd för deras handläggande av ett vårdnadsavtal gällande två barn födda genom ett surrogatavtal. De två barnen A och B föddes av en surrogatmoder i Indien varefter den genetiska fadern C ansökte om svenskt medborgarskap för dem och kom tillsammans med surrogatmodern skriftligt överens om att han skulle ha ensam vårdnad om barnen. Väl åter i Sverige med barnen ansökte han hos socialnämnden i Helsingborg om att få avtalet godkänt, och bifogade utöver det ett DNA-test utfört i Indien som visade att han med drygt 99% sannolikhet var far till barnen.⁶⁰

Socialnämnden godkände vårdnadsavtalet, varefter alla handlingar skickades till Skatteverket som i sin tur registrerade vårdnaden om barnen men inte faderskapet eftersom det indiska faderskapstestet inte uppfyllde de formkrav som ställs på en fastställelse.⁶¹

JO uttalade i sin kritik att socialnämnden enligt 2 kap. 1§ FB har en skyldighet att utreda faderskapsfrågan och se till att faderskapet fastställs om barnet har hemvist i Sverige. Den uppgiften faller enligt 2 kap. 2§ FB på

⁵⁶ Prop. 1997/98:7, *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 82 f.

⁵⁷ Se NJA 1997 s. 154 vari mål om äktenskapskillnad pågick i Sverige. HD konstaterade att vårdnadstvisten skulle prövas i det land där modern och dottern bodde, trots att hela familjen var svenska medborgare, eftersom den nödvändiga utredningen inte kunde utföras av svensk socialnämnd.

⁵⁸ Se NJA 1995 s. 770 vari ett vårdnadsavtal prövades i Sverige trots att modern och barnet hade sin hemvist utomlands och det endast var fadern som hade svenskt medborgarskap.

⁵⁹ Prop. 1997/98:7, s. 83.

⁶⁰ 2013/14:JO1, s. 440.

⁶¹ 2013/14:JO1, s. 441.

socialnämnden i den kommun där barnet är folkbokfört. Ett vårdnadsavtal enligt 6 kap. 6§ FB kan endast ingås av ett barns föräldrar, förutsatt att åtminstone en av dem har vårdnaden om barnet. När socialnämnden godkände det avtal om vårdnad som upprättats mellan C och surrogatmodern fanns det enligt JO:s mening inte något underlag som tydde på att C enligt varken indisk eller svensk rätt skulle anses vara far till barnen. Nämnden saknade därför laglig möjlighet att godkänna avtalet, och borde ha väntat på att faderskapet klarlades.⁶²

Det aktuella ärendet illustrerar tydligt problematiken som finns i det svenska systemet gällande surrogatarrangemang. Om ansökan hade hanterats i enlighet med reglerna skulle ett för den genetiska fadern önskat rättsförhållande inte ha uppstått. Barnet skulle, i väntan på en dom som fastställer faderskapet, ha stått utan närvarande vårdnadshavare eftersom surrogatmodern befann sig in ett annat land. Samtidigt är det orimligt att socialnämnden (ur en önskan att hjälpa till) ska ta saken i egna händer och använda sig av lägre krav än de som uppställs i svensk lag. Det är en utveckling som ingen vinner på då socialnämnden bryter mot sina egna regler, och barn folkbokförda i olika kommuner riskerar att få sina ärenden handlagda på olika sätt.

Det faktum att surrogatmodern registreras som vårdnadshavare förblir problematiskt även om den svenska fadern kan få ensam vårdnad om barnet fastställt. Om han inte har en partner eller maka som ska adoptera barnet så kommer surrogatmodern att kvarstå i folkbokföringen som barnets mor. Skulle fadern förolyckas ankommer det på socialnämnden att ansöka hos rätten om att antingen surrogatmodern eller, om det är lämpligare, en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare skall överta vårdnaden om barnet.⁶³

3.2 Reglerna för folkbokföring

Folkbokföringen går tillbaka till 1500-talet, och de första riksomfattande bestämmelserna om registrering av den svenska befolkningen infördes genom 1686 års kyrkolag. Präster blev då skyldiga att registrera vissa uppgifter om befolkningen, såsom födelser, dödsfall, namn och familjerelationer. Genom folkbokföringsordningen (1946:469) fastställdes att folkbokföringens huvudsakliga syfte var att registrera medborgarna för att skatteindrivning, deklarationskontroll och liknande skulle kunna utföras.⁶⁴

Idag innebär folkbokföring registrering av uppgifter om identitet, familj och andra förhållanden samt fastställande av en persons bosättning. Syftet med folkbokföringen utvecklas mer i 1 kap. 4§ lag (2001:182) om behandling av personuppgifter i Skatteverkets folkbokföringsverksamhet där ändamålen

⁶² 2013/14:JO1, s. 443 f.

⁶³ 6 kap. 9§ 2 st FB.

⁶⁴ Prop. 2012/13:120, Folkbokföringen i framtiden, s. 34.

med behandlingen av personuppgifter regleras. Att tillgodose samhällets behov av uppgifter om enskilda och bistå med uppgifter om fysiska personer i Sverige är ett sådant ändamål. Informationen är dessutom viktig eftersom folkbokföringsuppgifterna ligger till grund för ett stort antal rättigheter och skyldigheter som inte bara kan bero på att en person är folkbokförd utan även var personen är folkbokförd. Folkbokföringens mål är enligt Skatteverket att uppgifterna i den ska spegla befolkningens verkliga bosättning, identitet och familjerättsliga band så att olika samhällsfunktioner får ett korrekt underlag för beslut och åtgärder.⁶⁵

I 2§ Folkbokföringslag (1991:481) anges att ett barn som föds levande i Sverige skall folkbokföras om någon av föräldrarna är folkbokförda och vårdnadshavare. Barn som är födda utomlands ska folkbokföras i Sverige om någon av deras föräldrar var folkbokförda i Sverige och utsänd för anställning på utländsk ort i svenska statens tjänst eller om det finns synnerliga skäl för att barnet ska folkbokföras. Vad dessa synnerliga skäl skulle kunna vara har inte getts någon uttömmande definition, men i prop. 2012/13:120 Folkbokföringen i framtiden instämde regeringen med Skatteverkets förslag om att det borde finnas en möjlighet att folkbokföra t.ex. när en folkbokförd mor föder barn i ett grannland på grund av att det inte fanns plats på förlossningen i Sverige. Om någon annan omständighet skulle kunna anses utgöra synnerliga skäl framgår inte.⁶⁶

Enligt 3§ ska den som efter inflyttning anses vara bosatt i Sverige också folkbokföras. En person anses vara bosatt i Sverige om personen kan antas komma att regelmässigt tillbringa sin dygnsvila i landet under minst ett år. Den som är folkbokförd och har flyttat ska enligt den 25§ anmäla detta till Skatteverket, och en sådan anmälan skall vanligtvis göras skriftligen.⁶⁷ För barn under 18 år så ska anmälan göras av barnets vårdnadshavare.⁶⁸

Eftersom socialnämnden ska pröva ett avtal om vårdnad mellan två föräldrar endast i de fall som barnet är folkbokförd i kommunen innebär det att ett dödläge uppstår – barnet kan inte folkbokföras av en person som inte är dess vårdnadshavare, och vårdnadsavtalet kan inte godkännas utan att barnet är folkbokfört. Det enda sättet för den sociala föräldern att kringgå problemet är att få sitt föräldraskap fastställt i svensk domstol.

Som jag konstaterade innan så registreras den kvinna som föder barnet som barnets mor i folkbokföringen, och den som är hennes make eller registrerade partner införs automatiskt som barnets far eller förälder. Om föräldrarna inte är gifta eller har ingått partnerskap med varandra kan mannen registreras som barnets far om det finns ett faderskapserkännande eller en fastställelse av faderskap genom dom som bevisar faderskapet.⁶⁹

⁶⁵ Prop. 2012/13:120, s. 34 f.

⁶⁶ Prop. 2012/13:120, s. 50.

⁶⁷ Folkbokföringslag (1991:481) 23§.

⁶⁸ Folkbokföringslag 30§.

⁶⁹ 1 kap. 3§ FB.

I rättsfallet HFD 2012 ref. 31, som rörde frågan om att folkbokföra A som barn till B efter inflyttning i Sverige, ansåg både förvaltningsrätten och kammarrätten att Skatteverket baserat på resultatet av det DNA-test som gjorts borde kunna registrera det familjerättsliga bandet mellan A och B. Högsta förvaltningsdomstolen var dock av en annan åsikt och konstaterade att frågor om faderskap regleras främst i FB, men även i lagen (1985:367) om internationella faderskapsfrågor, IFL. Enligt huvudregeln i 8§ gäller en utländsk fastställelse av faderskap genom bekräftelse i Sverige, förutsatt att den är giltig enligt lagen i det land där barnet eller den som bekräftar faderskapet har hemvist eller är medborgare. Av förarbetena till IFL framgår dock att frågan om huruvida även andra former av utländska faderskapsfastställelser (s.k. utomprocessuell fastställelse, d.v.s. sådana som sker utan dom eller erkännande) ska gälla i Sverige inte regleras i lag utan ankommer på rättstillämpningen att avgöra.⁷⁰

HFD bedömde att faderskapsundersökningen och födelseintyget som B hade bifogat i sin ansökan inte var tillräckliga för att ligga till grund för att registrera honom som fader till A, och framhöll att handlingarna, trots att DNA-testet visade att B med 99,99% säkerhet var far till A, inte uppfyllde de krav på fastställelse genom domstolsavgörande eller bekräftelse som krävs av svensk lag.⁷¹

Den som begär att en uppgift om familjerelation ska registreras i folkbokföringsdatabasen har bevisbördan för att det föreligger en sådan familjerelation. I fall då registreringsunderlaget är bristfälligt eller oklarheter förekommer bör någon registrering inte ske (jfr RÅ 2000 not. 122).⁷²

Det kan innebära svårigheter att få sitt barn registrerat i folkbokföringen på rätt adress. Var barnet är folkbokfört kan många gånger ha betydelse för föräldrarnas rätt till familjeekonomiska förmåner och påverkar även kommunernas skyldighet att erbjuda förskola och plats på ett fritidshem åt barnet.⁷³ Om barnet är under arton år ska barnets vårdnadshavare lämna in en flyttningsanmälan till Skatteverket. En förälder som ännu inte har fått den rättsliga vårdnaden kan inte juridiskt sett skriva under en sådan anmälan. Den avvisas av Skatteverket som istället påbörjar en utredning om var barnet ska vara folkbokfört, och en konsekvens av detta är att barnet kan folkbokföras på en fastighet där föräldern inte bor.⁷⁴

Att inte kunna folkbokföras som förälder till sitt barn är, som vi kan se, problematiskt på många vis. Det är det första steget mot att bli vårdnadshavare, och att kunna tillgå olika bosättningsbaserade förmåner som erbjuds barnet. Även för barnet är det bekymmersamt att inte bli folkbokförd på rätt vis. Den omständigheten att en person är folkbokförd har

⁷⁰ Högsta förvaltningsrättens årsbok HFD 2012 ref. 31.

⁷¹ Högsta förvaltningsrättens årsbok HFD 2012 ref. 31.

⁷² Högsta förvaltningsrättens årsbok HFD 2012 ref. 31.

⁷³ SOU 2011:51, *Fortsatt föräldrar*, s. 70.

⁷⁴ SOU 2011:51, s. 72.

stor betydelse vid tillämpning av t.ex. socialförsäkringsbalken eller förordningen (2009:284) om identitetskort för folkbokförda i Sverige.

3.3 Reglerna för svenskt medborgarskap

Att ha ett svenskt medborgarskap är inte lika viktigt längre som det var tidigare – utländska medborgare med permanent uppehållstillstånd som är folkbokförda i Sverige har till stor del samma skyldigheter och rättigheter som svenska medborgare. Det finns dock några viktiga skillnader: det är endast svenska medborgare som får rösta, och de har en absolut rätt att vistas och arbeta i Sverige. Det innebär att det är omöjligt för en svensk medborgare att utvisas från landet, även vid allvarliga brott. Genom sitt svenska medborgarskap är de också EU-medborgare, vilket medför rätten att vistas och arbeta i andra EU-länder.⁷⁵

Den som vill resa in i Sverige måste dessutom ha ett pass, vilket utfärdas av det land som man är medborgare i⁷⁶. För barn födda utomlands genom surrogatmoderskap är det därför speciellt viktigt att få ett svenskt medborgarskap eftersom de sannolikt inte kommer att betraktas som medborgare i sitt födelseland. De kommer därmed inte att få något pass utfärdat till sig, och kan inte resa ut ur det landet de föddes i. Innehav av nationalitet är grundläggande för full delaktighet i samhället, och som statslösa kommer barnen att befinna sig i en ohållbar situation. Enligt 7§ Lag (2001:82) om svenskt medborgarskap ska ett statslöst barn som kommer till Sverige under sin uppväxt kunna förvärva svenskt medborgarskap genom anmälan av vårdnadshavaren om barnet har permanent uppehållstillstånd i Sverige samt hemvist i landet sedan tre år.

Medborgarskap i Sverige baserar sig för barn nästan uteslutande på omständigheterna vid deras födsel. Om modern var svensk medborgare får barnet ett svenskt medborgarskap även om det är fött utomlands. Om fadern var svensk medborgare får barnet ett svenskt medborgarskap per automatik endast om barnet föddes i Sverige eller fadern var gift med barnets mor vid födseln.⁷⁷

Ett barn som har fötts utomlands och som inte uppfyllde kraven för att förvärva ett svenskt medborgarskap vid födseln kan, om fadern är svensk medborgare, ändå få ett svenskt medborgarskap om fadern anmäler ett önskemål om det. Detta är dock något som barnets vårdnadshavare måste samtycka till.⁷⁸ Barnet kan också förvärva svenskt medborgarskap om den eller de som har vårdnaden om barnet ansöker om det. Det sker under förutsättning att barnet har ett permanent uppehållstillstånd i Sverige och hemvist här i landet sedan fem år tillbaka.⁷⁹

⁷⁵ Sverne Arvill, Ebba: *Adoption*, 2:a upplagan, 2008, s. 154.

⁷⁶ Sverne Arvill, 2008, s. 154.

⁷⁷ Lag (2001:82) om svenskt medborgarskap 1§.

⁷⁸ Lag om svenskt medborgarskap 5§.

⁷⁹ Lag om svenskt medborgarskap 7§.

En svensk medborgare kan förlora sitt svenska medborgarskap när han eller hon fyller tjugotvå om personen i fråga är född utomlands, aldrig har haft hemvist i Sverige, och inte heller har varit i Sverige under förhållanden som tyder på samhörighet med landet. Om förlusten av det svenska medborgarskapet skulle leda till att personen blir statslös så får det inte fråntas honom eller henne.⁸⁰

I RÅ 2006 ref. 73 konstaterade regeringsrätten att även medborgarskap beviljade på felaktiga grunder är av sådan art att det inte kan fråntas personen i efterhand. I målet hade barnet A vid sin födsel förvärvat ett svenskt medborgarskap, trots att han föddes utomlands, då hans far var svensk och gift med A:s mor. A kom senare att tillbringa en stor del av sin uppväxt i Sverige, och förblev bosatt i landet. Genom dom fastställdes det att den svenske mannen som folkbokförts som hans fader inte var det, och Skatteverket rättade därför sin uppgift om svenskt medborgarskap för A eftersom de menade att han förvärvat det på felaktiga grunder (dock utan egen förskyllan).⁸¹

Regeringsrätten konstaterade att de bestämmelser i 14§ som gäller förlust av svenskt medborgarskap inte avsåg situationen i fråga. Att en dom om hävande av faderskap skulle kunna leda till att ett barn förlorade sitt svenska medborgarskap kommenterades av både Regeringen och Lagrådet så att en sådan fråga borde avgöras med beaktande av allmänna rättsprinciper och 2 kap. 7 § regeringsformen.⁸²

Rätten klargjorde att regeringsformens bestämmelser i princip utesluter, bortsett från de situationer som särskilt lagreglerats, att någon mot sin vilja fråntas sitt svenska medborgarskap. Det fanns därför inte någon möjlighet att återkalla ett beslut om medborgarskap som meddelats på grundval av felaktiga uppgifter eller på ett annars felaktigt sätt, och det vore därför inte rimligt om ett svenskt medborgarskap upphörde genom att man fingerade att det aldrig hade kommit till stånd.⁸³

Även om det ovan redogjorda rättsfallet inte handlar om barn födda i surrogatarrangemang är det ändå principiellt intressant när det kompletteras med information ifrån Migrationsverket. För att som pappa till barn fött utomlands kunna ansöka om svenskt medborgarskap för barnet skall personen, som vi konstaterade, vara svensk medborgare, inte vara gift med barnets mamma, och ha en giltig faderskapsfastställelse. Det kan endast vara en skriftlig bekräftelse eller ett domstolsavgörande som bekräftar faderskapet, och om modern är gift med en annan man räcker inte en skriftlig bekräftelse. Det är också endast den mannen eller barnet som kan

⁸⁰ Lag om svenskt medborgarskap 14§.

⁸¹ Regeringsrättens årsbok RÅ 2006 ref. 73.

⁸² Regeringsrättens årsbok RÅ 2006 ref. 73.

⁸³ Regeringsrättens årsbok RÅ 2006 ref. 73.

väcka talan om att fastställa faderskapet genom dom, vilket i denna situation försvårar den genetiska faderns sak.⁸⁴

I ansökan skall alltid bifogas ett intyg om faderskapet eller annan likvärdig handling, och ett vårdnadsbeslut om fadern har ensam vårdnad om barnet eller om någon annan än fadern och barnets mor är vårdnadshavare. Om mamman har del i vårdnaden eller har ensam vårdnad om barnet krävs hennes samtycke. Om någon annan än fadern är vårdnadshavare för barnet, t.ex. moderns man, krävs även dennes samtycke.⁸⁵

Eftersom ansökan om svenskt medborgarskap godkänns av Migrationsverket så länge samtycke har inhämtats från barnets vårdnadshavare så utgör detta krav ett något mindre problem. Så länge fadern befinner sig utomlands och väntar på svenskt medborgarskap för sitt barn så att de kan resa hem torde det inte vara alltför problematiskt att få surrogatmoderns, och hennes eventuella mans, underskrifter. Det vanligaste är dock att surrogatmodern skriver under ett avtal om att mannen ska ha ensam vårdnad, ett avtal som inte rättsligen kan vara giltigt förrän han har blivit folkbokförd som barnets förälder i Sverige.

Trots detta har jag inte funnit några rättsfall rörande surrogatarrangemang där barnets svenska medborgarskap ifrågasätts, även när det framstår som uppenbart att Migrationsverket nödvändigtvis måste ha frångått sina krav för att kunna bevilja det. I en artikel i Helsingborgs Dagblad bekräftade också Migrationsverkets expert på medborgarskapsfrågor att de ofta sänker sina krav, speciellt för Indien⁸⁶.

Detta framstår som extra anmärkningsvärt i ljuset av att det finns ett mycket begränsat utrymme för att frånta någon deras medborgarskap när det väl har beviljats. Samtidigt är det svårt att uppamma alltför mycket oro över detta, när det i praktiken innebär att barnet slipper vara statslöst och att det blir möjligt för de sociala föräldrarna att få med sig sitt barn hem till Sverige. Familjen har en lång och komplicerad väg framför sig ändå innan de har uppnått sitt mål.

⁸⁴ <http://www.migrationsverket.se/Privatpersoner/Bli-svensk-medborgare/Medborgarskap-for-barn/Barn-fott-utomlands-med-svensk-pappa.html>

⁸⁵ <http://www.migrationsverket.se/Privatpersoner/Bli-svensk-medborgare/Medborgarskap-for-barn/Barn-fott-utomlands-med-svensk-pappa.html>

⁸⁶ <http://hd.se/skane/2013/06/07/vaxande-antal-surrogatbarn-reser/>.

3.4 Sociala förmåner eller beslut som är beroende av vårdnad, folkbokföring, medborgarskap eller rättsligt föräldraskap

Jag kommer nu att redogöra för olika sociala förmåner som är beroende av beslut om vårdnad, folkbokföring eller medborgarskap, och i förlängningen rättsligt föräldraskap. Detta utgör inte en uttömmande lista över sådana sociala förmåner. Det är istället en avgränsning jag har valt att göra, och urvalet baseras främst på tillgången till rättsfall på området.

3.4.1 Namnlagen

Generellt vill föräldrar att deras barn ska ha samma efternamn som de har. Enligt 1§ i Namnlagen (1982:670) förvärvar barn till föräldrar med gemensamt efternamn det namnet genom födseln. Om föräldrarna har olika efternamn anses barnet genom födseln ha förvärvat det av föräldrarnas efternamn som anmäls till Skatteverket inom tre månader efter födseln. Görs inte någon anmälan anses barnet genom födseln ha fått moderns efternamn. Om faderskapet inte fastställs inom tre månader efter födseln får barnet moderns efternamn. Förnamn skall enligt den 30§ anmälas till Skatteverket inom tre månader efter barnets födsel. Enligt den 48§ är det barnets vårdnadshavare som ska göra anmälan – det räcker alltså inte att vara barnets rättsliga förälder.

Den empiriska studien av rättsfall som utgör nästa kapitel verkar dock peka på att detta inte nödvändigtvis utgör ett problem i praktiken, eftersom barnen uteslutande har den sociala faderns efternamn även i mål gällande fastställande av faderskap.

3.4.2 Reglerna för föräldraledighet

I 3§ föräldraledighetslagen (1995:584) stadgas bland annat att en kvinnlig arbetstagare har rätt till en hel ledighet i samband med hennes barns födelse och för amning. Mer specifikt regleras frågan i den 4§, som handlar om mammaledighet, där det står att en hel ledighet innebär en sammanhängande tid om minst sju veckor före den beräknade tidpunkten för förlossningen och sju veckor efter förlossningen. Den kvinnliga arbetstagaren har också rätt att vara ledig för att amma barnet.

Denna bestämmelse kan uppenbarligen endast gälla för biologiska föräldrar eftersom den specifikt relaterar till förlossning och amning. Det framgår dock av den 5§ att en arbetstagare som har blivit förälder har rätt till hel ledighet för vård av barn till dess att barnet är arton månader. Detta gäller även för arbetstagare som har adopterat eller tagit emot ett barn i avsikt att

adoptera det, vilket gör att de jämställs med biologiska föräldrar på just denna punkt.

Ett krav för att arbetstagaren ska ha rätt till att vara ledig från sin anställning enligt föräldraledighetslagen är att han eller hon är förälder. Undantaget utgörs av regeln om mammaledighet som har att göra med en stundande förlossning. Enligt 1 § utsträcks dock samma rätt bland annat till den arbetstagare som stadigvarande sammanbor med en förälder under förutsättning att arbetstagaren är eller har varit gift med eller har eller har haft barn med denne förälder.

Det kan i vissa situationer ge en del kvinnor rätten att ta ut föräldraledighet för ett barn som de har fått genom surrogatarrangemang trots att de ännu inte har adopterat barnet. Kravet är att deras make har fastställts som barnets pappa. (Eftersom par som redan har barn ytterst sällan torde skaffa ett genom surrogatarrangemang så räknar jag bort denna möjlighet). Har mannen ännu inte fastställts som barnets pappa är det dock så att varken den sociala mamman eller pappan har någon rätt att ta ut föräldraledighet för barnet enligt föräldraledighetslagen. Det är uppenbarligen ett bekymmersamt inslag eftersom det kan kompromissa barnets behov av omvårdnad. Själva kostnaden av ett surrogatarrangemang kan leda till att man utgår ifrån att det beställande paret är i besittning av ett visst välbestånd vilket gör att de kan välja att låta en av dem vara hemma. I brist på en utredning som kartlägger hur de sociala föräldrarnas ekonomiska och sociala status ser ut kan det leda till oönskade konsekvenser att anta sådana saker. Om de inte har den ekonomiska möjligheten att avstå från betald föräldraledighet så kommer det att drabba barnet.

3.4.3 EU-rättsliga avgöranden om föräldraledighet vid surrogatmoderskap

Med tanke på det svenska förbudet av surrogatmoderskap så finns det ingen möjlighet att i Sverige åberopa sociala förmåner som mammaledighet. Det är dock inte likadant i alla delar av EU, och den 18 mars 2014 prövade EU-domstolen målen C-167/12 C.D mot S.T, och C-363/12 Z mot Government department och Board of management of a community school, som rörde just betald ledighet för den sociala modern med anledning av att hennes barn föddes. Begäran om förhandsavgörande framställdes av domstolar i Storbritannien respektive Irland, två länder med olika lagstiftningar gällande surrogatmoderskap. Jag kommer att gå igenom deras respektive regleringar i närmare detalj längre ner, men i korthet kan nämnas att Storbritannien har ett system som tillåter att det rättsliga föräldraskapet överförs till de sociala föräldrarna snart efter barnets födelse. Irland saknar reglering för surrogatmoderskap, även om det inte är uttryckligt förbjudet. Som sig bör så kom domstolen fram till samma resultat i båda målen men eftersom omständigheterna i sak var lika så återger jag endast det ena, C-167/12.

Begäran om förhandsavgörande framställdes av en domstol i Storbritannien i ett mål mellan A, en kvinna som fått barn genom ett surrogatarrangemang, och hennes arbetsgivare B, som hade nekat henne betald ledighet med anledning av barnets födelse.⁸⁷

Begäran gällde tolkningar av vissa artiklar i rådets direktiv 92/85 EEG om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen fött barn eller ammar samt vissa artiklar i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet.⁸⁸

Domstolen hade att besvara följande frågor:

- Har en beställande mor som får barn genom surrogatavtal rätt till mammaledighet?
- Har en beställande mor som får barn genom surrogatavtal enligt direktiv 92/85 rätt till mammaledighet om hon: a) avser amma barnet efter förlossningen och/eller b) faktiskt ammar barnet efter förlossningen?
- Utgör den omständigheten att en arbetsgivare nekar en beställande mor som får barn genom surrogatavtal mammaledighet könsdiskriminering på grund av denne arbetstagers anknytning till surrogatmodern?
- Om ja, är den beställande moderns ställning som blivande mor tillräcklig för att hon ska tillerkännas rätt till mammaledighet på grund av sin anknytning till barnets surrogatmoder?⁸⁹

I direktiv 92/85 anges att gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn och ammar i flera avseenden anses vara en särskilt utsatt riskgrupp som måste skyddas. Med hänsyn till att gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn är särskilt känsliga krävs det en rättighet till minst 14 veckors sammanhängande barnledighet.⁹⁰

Lagstiftningen i Storbritannien tillåter surrogatmoderskap under vissa förutsättningar, och A ingick ett surrogatavtal i enlighet med bestämmelserna i lagen om befruktning och mänsklig embryologi (Human Fertilisation and Embryology Act 2008). Det innebar att engelsk domstol skulle kunna bevilja henne och hennes partner vårdnaden om barnet när det väl föddes, och att barnet skulle komma att juridiskt likställas med ett biologiskt barn.⁹¹

Domstolen prövade den första och andra frågan ihop, och menade att rätten till mammaledighet för en kvinnlig arbetstagare hade till syfte att säkerställa dels skyddet av kvinnans fysiska tillstånd under och efter graviditeten, dels

⁸⁷ C-167/12 C.D mot S.T, ännu ej publicerat, p. 2.

⁸⁸ C-167/12, p. 1.

⁸⁹ C-167-12, p. 27.

⁹⁰ C-167-12, p. 3.

⁹¹ C-167-12, p. 24.

skyddet av det särskilda förhållandet mellan en moder och hennes barn under tiden som följer efter förlossningen. Att även behöva arbeta under denna tid skulle utgöra en ökad belastning som skulle störa förhållandet. Målsättningen att skydda det speciella förhållandet mellan mor och barn gäller endast den tid som följer efter graviditet och förlossning och således krävs att den berörda arbetstagaren har varit gravid och fött barnet för att hon skall beviljas mammaledighet.⁹²

En arbetstagare som får barn genom surrogatavtal omfattas därmed inte av tillämpningsområdet för direktiv 92/85 och detta gäller även om hon kan eller faktiskt ammar barnet efter förlossningen. Direktivet ska därför tolkas så att medlemsstaterna inte är skyldiga att bevilja mammaledighet enligt direktivet. Eftersom det syftar till att införa vissa minimikrav finns det dock inget som hindrar att de stater som vill införa en mer långtgående lagstiftning som låter även mödrar som fått barn genom surrogatavtal få mammaledighet gör så.⁹³

Generaladvokat Kokott författade ett förslag till avgörande för C-167/12, och ansåg att domstolens svar på tolkningsfrågorna borde bli att en social mor som får barn genom surrogatavtal efter barnets födsel har rätt till barnledighet om vissa rekvisit är uppfyllda. Surrogatmoderskap måste vara tillåtet i den berörda medlemsstaten och de nationella villkoren uppfyllda, och kvinnan måste faktiskt ha tagit hand om barnet efter dess födsel. Under dessa omständigheter skulle den sociala modern ha rätt till minst två veckors ledighet, även om hon inte ammar barnet, och eventuell barnledighet som surrogatmodern har tagit ut innan ska räknas av.⁹⁴

Generaladvokat Wahl, som skrev förslaget till avgörande för C-363/12, kommer fram till ett motsatt resultat. Han ansåg att det inte är diskriminerande att en kvinna, som lider av en sjukdom som innebär att hon inte kan få barn biologiskt och vars barn fötts genom surrogatmoderskap, inte har beviljats betald tjänstledighet motsvarande adoptionsledighet eller mammaledighet.⁹⁵ Han framhöll också att han förvisso känner stor sympati för de svårigheter som beställande föräldrar ställs inför, men inte ansåg att det är domstolen ska träda i lagstiftarens ställe genom att göra en konstruktiv tolkning som gav direktiven en innebörd de inte har.⁹⁶

Vid första anblick kan det tyckas märkligt att de två generaladvokaterna har kommit fram till så annorlunda slutsatser i två snarlika mål, men en närmare undersökning placerar de två yttrandena närmare varandra. Även om generaladvokat Kokott anser att den beställande modern under vissa omständigheter ska ha rätt till mammaledighet när hon får barn genom

⁹² C-167-12, p. 34 – 37.

⁹³ C-167-12, p. 40 – 43.

⁹⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott av den 26 september 2013 i mål C-167/12, p. 90.

⁹⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Nils Wahl av den 26 september 2013 i mål C-363/12, p. 119.

⁹⁶ Ibid, p. 120.

surrogatmoderskap så är det ett försiktigt uttalande. Det skulle endast vara begränsat till länder som tillät surrogatmoderskap; om EU-domstolen hade följt denna tolkning i mål C-167/12 hade domen ändå inte påverkat utfallet i C-363/12 eftersom surrogatmoderskap inte är reglerat på Irland.

EU-rätten och den svenska föräldraledighetslagen överensstämmer därmed fortfarande vad det gäller den sociala moderns rätt till mammaledighet, och det hade den gjorts även om generaladvokat Kokotts förslag hade följts. Det är inte självklart att det kommer att vara så i framtiden, och det är ur det perspektivet som båda generaladvokaternas yttranden är desto intressantare. Det finns uppenbarligen en medvetenhet om, och förståelse för, de svårigheter som de sociala föräldrarna upplever på grund av den rättsosäkerhet som föreligger när det gäller surrogatmoderskap.

Det kan anses vara rättfärdigat att en kvinna som har skaffat ett barn genom en surrogatmoder inte har rätt till den första tiden av betald barnledighet då det främsta syftet är att tillåta den kvinna som just har fött barn att återhämta sig från födseln. Det rör sig då om en situation som är specifikt begränsad till en viss typ av arbetstagare. En man skulle inte kunna göra gällande att han har rätt att ta del av den mammaledighet som tillkommer den kvinna som fött ett barn. Om en kvinna som fått barn genom en surrogatmoder gavs rätt till mammaledighet skulle de män som fått barn på samma vis förfördelas. När det gäller mammaledighet, som till stor del finns för att ge kvinnan en chans att återhämta sig, kan det finnas anledning att göra skillnad mellan biologiska och icke-biologiska föräldrar. Frågan om det finns anledning att göra skillnad mellan personer som blivit föräldrar genom en surrogatmoder är dock svårare att besvara.

Samtidigt måste man fråga sig vad det får för konsekvenser i längden – om kvinnan hade adopterat ett barn istället för att använda sig av en surrogatmoder så hade hon enligt EU-direktivet haft rätt till föräldrapenning och föräldraledighet från det att hon fick barnet i sin vård. Skillnaden mellan adoption och surrogatmoderskap är stundtals hårfin - i båda fallen kan det biologiska och genetiska bandet mellan barn och förälder helt saknas. Varför ska situationerna då behandlas annorlunda?

3.4.4 Reglerna för barnbidrag

Det finns tre former av barnbidrag: allmänt barnbidrag, förlängt barnbidrag och flerbarnstillägg. Det allmänna barnbidraget lämnas en gång i månaden för varje barn från och med månaden efter barnets födelse fram till och med det kvartal som barnet fyller sexton år.⁹⁷ Ett krav för att barnet ska kunna få barnbidrag är att det är försäkrat för förmånen genom bosättning, vilket framkommer av 5 kap. 9§ Socialförsäkringsbalken (2010:110).

⁹⁷ DS 2013:42, *Utbetalning av barnbidrag och flerbarnstillägg*, s. 23.

Folkbokföringen ska vara vägledande för att bedöma om barnet är bosatt, men att vara folkbokförd på en adress räcker inte för att ha rätt till alla socialförsäkringsförmåner. Enligt förarbeten (prop. 1998/99:119, Socialförsäkringens personkrets) ska barnets bosättning avgöras av Försäkringskassan, även om folkbokföringens uppgifter är vägledande vid bedömningen.⁹⁸

För att barnbidraget ska betalas ut krävs även att det finns en behörig bidragsmottagare för barnet, och den personen eller personerna måste också vara försäkrade för barnbidrag. Den som har vårdnaden om barnet anses vara behörig mottagare av bidraget, och den eller de är försäkrade genom att vara bosatta i Sverige. Det finns endast två undantag från kravet på att bidragsmottagaren skall vara vårdnadshavaren – det ena avser det fallet att bidraget på begäran av socialnämnden betalas ut till någon annan, och det andra aktualiseras när en kommun uppbär barnbidraget för ett barn som vistas i ett hem för vård och boende inom socialtjänsten.⁹⁹

Socialnämnden kan begära att bidraget ska betalas ut till den andre föräldern, någon annan lämplig person eller nämnden själv att användas för barnets bästa, om det finns synnerliga skäl. Ett sådant skäl skulle kunna vara att det är utrett att barnets bidrag används för att finansiera missbruk av olika slag, ex. narkotika, spel eller dylikt.¹⁰⁰

Det kan därmed finnas barn i Sverige som har rätt till barnbidrag, men som inte kan få det eftersom det inte finns någon som har rätt att ta emot bidraget. Barn födda av surrogatmoderskap är ett exempel på sådana, eftersom deras sociala föräldrar inte får ta emot barnbidraget förrän de har registrerats som vårdnadshavare. Det är dock i skrivande stund något oklart om det skulle kunna finnas en möjlighet att göra ett undantag när föräldern som *de facto* har barnet i sin vårdnad inte har den rättsliga vårdnaden om barnet.

Det finns två rättsfall från Försäkringsöverdomstolen (FÖD) som gör det svårt att avgöra saken. Det första är FÖD 1984:16, vilket gällde två barn som efter att ha invandrat till Sverige placerades som fosterbarn hos ett gift par. Makarna ämnade inte adoptera barnen, och förordnades inte till vårdnadshavare, och FÖD fann att de därmed inte hade rätt att ta emot barnbidrag för barnen.¹⁰¹ Det andra rättsfallet är FÖD 1993:17, vilket rörde ett barn vars mamma hade ensam vårdnad. Den faktiska vårdnaden utövades dock av pappan, eftersom modern bodde utomlands. FÖD ansåg att det fanns grund för att betala ut barnbidraget till fadern trots att han inte var behörig bidragsmottagare.¹⁰²

⁹⁸ Vägledning (Försäkringskassan), 2002:10, s. 10 f.

⁹⁹ Hessmark, Lars-Göran m. fl.: *Socialförsäkringsbalken: en kommentar*, Avd. B, *Familjeförmåner*, 2012, s. 137 f.

¹⁰⁰ Hessmark, 2012, s. 145.

¹⁰¹ Hessmark, 2012, s. 147.

¹⁰² Hessmark, 2012, s. 140.

Detta är dock en fråga som vi kommer att få besvarad i framtiden – den 7 mars 2014 meddelade Högsta förvaltningsdomstolen prövningstillstånd i ett mål där den sociala föräldern hävdar sin rätt till barnbidrag baserat på just FÖD 1993:17¹⁰³. Därmed kommer det också bli klarlagt vilka möjligheter det finns att betala ut barnbidrag till annan person än den som är barnets vårdnadshavare.

3.5 Sammanfattning

Det rättsliga föräldraskapet är knutet till en lång rad av olika rättsverkningar, varav den främsta kanske är rätten att företräda barnet. De flesta surrogatarrangemang sker utomlands, och det första steget för den eller de blivande föräldrarna är därför att ansöka om svenskt medborgarskap för barnet. För att barnet ska kunna bli svensk medborgare kan pappan ansöka om det, men det krävs att han är fastställd som barnets far och att surrogatmodern samtycker till det, eftersom hon räknas som barnets mamma. Mycket pekar dock på att Migrationsverket inte upprätthåller de kraven i situationer som rör surrogatarrangemang, förmodligen eftersom det inte finns möjlighet att göra så. Det är inte säkert att det går att få faderskapet fastställt i landet ifråga, eller så kan det vara ett land vars domar inte vinner verkställighet i Sverige. Alternativet till att Migrationsverket sänker kraven är att barnet nekas svenskt medborgarskap och därmed blir statslöst.

Ofta har surrogatmodern efter barnets födsel skrivit på ett avtal om ensam vårdnad för den sociala pappan, men det kan inte vinna laga kraft i Sverige förrän han har fått sitt faderskap fastställt. Fram till den tidpunkten står barnet utan rättslig vårdnadshavare som kan företräda det. Detta är mycket olyckligt eftersom det finns en risk att de svenska föräldrarna kommer att anses vara rättsliga föräldrar i barnets födelseland, samtidigt som surrogatmodern anses vara den rättsliga föräldern i Sverige.

Även om surrogatmodern har vårdnaden om barnet så befinner sig barnet i en prekär situation eftersom det tas om hand av en förälder som inte är dess förälder ännu. De sociala föräldrarna får inte teckna en försäkring för barnet, folkbokföra det i Sverige, eller samtycka till olika åtgärder inom sjukvården om barnet skulle bli sjukt. Utan att vara vårdnadshavare har den sociala pappan inte heller någon laglig rätt till föräldraledighet, och är inte behörig att ta emot barnbidrag för barnet. Barnet kan då inte få barnbidrag, trots att det kan vara berättigat till det. Ett något mindre problem torde vara att det enligt Namnlagen är vårdnadshavaren som ska anmäla barnets namn och efternamn till Skatteverket.

Eftersom folkbokföringen är knuten till en rad sociala förmåner, som t.ex. barnbidrag, så är det givetvis angeläget att pappan och barnets relation till varandra kan folkbokföras. Att åstadkomma folkbokföringen genom att först

¹⁰³ HFD protokollbeslut, 210-14.

få faderskapet fastställt genom dom är också det enda sättet att undvika det dödläge som annars skulle uppstå – socialnämnden i den kommun där barnet är folkbokfört ska godkänna vårdnadsavtalet upprättat mellan pappan och surrogatmamman, men det är vanligtvis vårdnadshavaren som folkbokför barnet på en viss adress.

4 Illustrerande domstolsbeslut som följer av ett avtal om surrogatmoderskap

Syftet med den följande framställningen är att använda ett antal rättsfall för att konkretisera en del av de situationer som jag just har redogjort för, och att påvisa hur svårigheter med att fastställa det rättsliga föräldraskapet har en dominoeffekt. Rättsfallen i framställningen ska inte uppfattas som ett uttryck för gällande rätt eftersom det inte är i det avseendet de används. Alla rättsfallen kommer ifrån Karnovs och Infotorgs juridiska databaser. Jag har inte använt mig av alla rättsfall jag har funnit; för vidare läsning finns det som bilaga till uppsatsen en sammanställning över de domar jag kunde finna som behandlar surrogatmoderskap.

4.1 Folkbokföring

4.1.1 Förvaltningsrätten

A fick barnen B och C genom ett surrogatarrangemang. Det framkommer av Skatteverkets beslut att han har tagit hand om barnen sedan de föddes i Indien, och att han cirka en månad senare lämnade in en anmälan om flyttning till Sverige.¹⁰⁴

Den 31 augusti 2012 beslutade Skatteverket att D. och E skulle registreras som föräldrar och vårdnadshavare för B. och C. Genom ombud överklagade barnen beslutet och yrkade på att A, som var deras genetiska och sociala far, skulle registreras som den rättsliga fadern. Skatteverket anförde att det förvisso fanns födelsebevis som angav A som barnens far, samt DNA-test som visade att han med 99,998% säkerhet var den biologiska pappan, men att det är deras uppgift att registrera det rättsliga faderskapet och att det inte går att fastställa eller påverka på biologiska grunder.¹⁰⁵

Faderskap kan endast fastställas genom dom eller bekräftelse, och i brist på närmare bestämmelser om tillvägagångssättet för hur fastställelse går till i Indien har Skatteverket att förlita sig på svensk lag. Den biologiska moderns make ansågs därför vara den rättsliga fadern till barnen, trots att ett intyg från honom som sade motsatsen hade inkluderats bland handlingarna. Intyget levde inte upp till formkraven för en bekräftelse, vilken man ansåg skulle i vart fall vara en handling som undertecknats av båda föräldrarna och som klart gav uttryck för att den äkta mannen inte var barnets far.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Förvaltningsrätten i Stockholm, mål 20516-12, s. 2.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid..

Den sak förvaltningsrätten i Stockholm prövade i målet var huruvida Skatteverket hade gjort fel när de registrerade den indiska surrogatmodern och hennes man som barnens föräldrar; alltså inte föräldraskaps- eller vårdnadsfrågan i sig. Rätten började med att konstatera att frågan om faderskap främst regleras i FB, men även i IFL där man i 2§ kan hitta en faderskapspresumtion: Om det följer av lagen i den stat där barnet vid födseln fick hemvist ska en man som är eller har varit gift med barnets mor anses som barnets far. Om inte någon ska anses som barnets far enligt den lagen skall det istället följa av lagen i en stat där barnet vid födelsen blev medborgare.¹⁰⁷

I det föreliggande fallet var alla parter överens om att svensk lag skulle tillämpas, och förvaltningsrätten hade därför att utgå ifrån gällande nationella regler. Eftersom surrogatmoderskap inte är tillåtet i Sverige fanns det inga specifika nationella rättsregler för att reglera den speciella situation som uppstår när ett par skaffat barn med hjälp av en surrogatmoder. Moderskapspresumtionen, och därigenom faderskapspresumtionen, skulle därför gälla och då det saknades underlag som gav vid handen att A enligt indisk rätt ansågs vara barnens far så hade Skatteverket gjort en korrekt bedömning.¹⁰⁸

4.1.2 Kammarrätten

Skatteverket beslöt den 3 juni 2009 att registrera A som biologisk mor och vårdnadshavare för barnet B och motiverade sitt beslut med att en kvinna som föder ett barn som tillkommit genom att en annan kvinnas ägg befruktats och förts in i den förstnämnda kvinnans kropp ska anses som barnets rättsliga mor enligt svensk rätt. Det vårdnadsbeslut från Ryssland som de sociala föräldrarna C och D grundade sin ansökan om att registreras som vårdnadshavare för barnet på saknade rättslig verkan i Sverige då Ryssland inte har tillträtt 1980 års Europarådskonvention om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn. På grund av detta registrerades vårdnaden i enlighet med svensk lag och A fick som ogift mor ensam vårdnad.¹⁰⁹

Kammarrätten i Sundsvall avslög överklagandet från C och D med denna motivation: av artikel 21.1 i Bryssel II-förordningen framgår att en dom som har meddelats i en EU-medlemsstat ska erkännas i de andra medlemstaterna utan att något särskilt förfarande behöver anlitas. Om ett avgörande om vårdnaden om barn, om umgänge med barn eller om rätten att ta vård om barn meddelats i en stat som tillträtt Europarådskonventionen gäller avgörandet också i Sverige (5§ LUV). Utländska avgöranden om vårdnad

¹⁰⁷ Förvaltningsrätten i Stockholm, mål 20516-12, s. 3.

¹⁰⁸ Förvaltningsrätten i Stockholm, mål 20516-12, s. 4 f.

¹⁰⁹ Kammarrätten i Sundsvall, mål 3153-09, s. 5.

om barn kan inte erkännas eller verkställas i Sverige utan stöd av svensk lag (jfr NJA 1974 s. 629).¹¹⁰

Ryssland har inte tillträtt Europarådskonventionen, och den ryska myndighetens avgörande kan därför inte erkännas i Sverige med stöd av LUV. Mot bakgrund av att Bryssel II-förordningen inte heller är tillämplig i målet saknas förutsättningar för skatteverket att registrera C och D som vårdnadshavare till B baserat på avgörandet från Ryssland. Den som vill bli registrerad som vårdnadshavare med stöd av ett beslut som inte omfattas av ovan beskrivna bestämmelser bör hänvisas till tingsrätten för att få vårdnadsförhållandet fastställt.

4.2 Barnbidrag

4.2.1 Förvaltningsrätten

A ansökte hos Försäkringskassan om barnbidrag för sitt barn B. Myndigheten beslutade att bevilja barnbidrag från och med november 2011, med motivationen att det för barnbidrag krävdes att A inte var bara faktisk utan även rättslig vårdnadshavare för B. A:s rättsliga vårdnadshavandeskap fastställdes i dom den 12 oktober 2011.¹¹¹

B, som föddes i Indien av en surrogatmoder den 11 mars 2011, hade dock varit i A:s faktiska vårdnad sedan sin födsel och var sedan den 20 april 2011 mantalsskriven hemma hos A och A:s fru C. Dessa två vuxna fungerade som hans sociala föräldrar och faktiska vårdnadshavare trots att modern i Indien hade ensam rättslig vårdnad om B. A överklagade därför beslutet och yrkade på att retroaktivt få barnbidrag även för månaderna maj, juni, juli, augusti, september och oktober samma år.¹¹²

Av relevanta bestämmelser i socialförsäkringsbalken (SFB) framgår det att den som är bosatt i Sverige är försäkrad för barnbidrag, tillika att både barnet och bidragsmottagaren ska vara försäkrade för att barnbidraget ska kunna beviljas. Den som har ensam vårdnad om ett barn får barnbidraget men om det finns synnerliga skäl kan barnbidraget på begäran av socialnämnden betalas ut till den andre av föräldrarna, någon annan lämplig person eller socialnämnden.¹¹³

Förvaltningsrätten i Falun ansåg det ostridigt att både A och B genom att bosätta sig i Sverige var försäkrade för barnbidrag från maj 2011, och frågan gällde enligt dem därför från vilken tidpunkt som A kunde anses vara behörig betalningsmottagare för B:s barnbidrag.¹¹⁴

¹¹⁰ Kammarrätten i Sundsvall, mål 3153-09, s. 3 f.

¹¹¹ Förvaltningsrätten i Falun, mål 5395-11, s. 2.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Förvaltningsrätten i Falun, mål 5395-11, s. 3.

¹¹⁴ Ibid.

Rätten fann att det saknades uttryckligt stöd i SFB för att betrakta A som behörig betalningsmottagare innan han blev vårdnadshavare för B i oktober. Undantagsregeln i 16 kap. 18§ SFB var inte heller tillämplig eftersom det endast kunde ske på begäran av socialnämnden. Dock framgick det av praxis att det kan finnas förutsättningar för att medge en förälder rätten till barnbidraget även om den andra föräldern är bosatt utanför Sverige och har ensam vårdnad om barnet.¹¹⁵

I avgörandet FÖD 1993:17 konstateras att det framgår av uttalanden i förarbeten (se prop. 1947:220 s. 92 och 103) att avsikten har varit att rätten att uppbära barnbidrag vanligtvis skall tillkomma den som faktiskt fostrar barnet när det tas om hand av någon annan än den som har den rättsliga vårdnaden om det.¹¹⁶

Mot bakgrund av det ansåg förvaltningsrätten att det fanns förutsättningar för att medge A rätt till barnbidrag från och med maj 2011 obehindrat av att surrogatmodern fram till oktober 2011 hade den rättsliga vårdnaden om barnet.¹¹⁷

Mål nr 2345-12 avgjordes av förvaltningsrätten i Växjö, och även det rörde barnbidrag. I slutet av oktober 2011 föddes barnen A och B i Indien av en kvinna som åtagit sig att vara surrogatmoder. Den biologiska fadern, C, var svensk medborgare och den 25 november blev även barnen svenska medborgare. Dessförinnan, den 10 november, hade C träffat ett avtal med surrogatmodern om att han skulle ha ensam vårdnad om A och B. C:s faderskap fastställdes i svensk dom den 28 februari 2012 och han registrerades som vårdnadshavare för barnen från och med den dagen.¹¹⁸

Försäkringskassan beslutade att C hade rätt till barnbidrag för A och B från och med mars 2012, ett beslut som C överklagade. Förvaltningsdomstolen dömde till Försäkringskassans fördel och avslag överklagandet.¹¹⁹

De motiverade sitt beslut med att det enligt gällande rätt är föräldrar och inte barn som i förekommande fall har rätt till barnbidrag, och för att få uppbära barnbidrag måste föräldern uppfylla två krav: dels vara försäkrad för bosättningsbaserade förmåner, dels vara vårdnadshavare. Barnbidraget lämnas månaden efter det att behörigheten att vara bidragsmottagare har fastställts.¹²⁰

C blev inte en behörig bidragsmottagare förrän han av svenska myndigheter registrerades som vårdnadshavare för A och B den 28 februari, och enligt huvudregeln saknade han därför rätt till barnbidrag före den tiden. C var enligt egen uppgift biologisk förälder till A och B och kunde således inte

¹¹⁵ Förvaltningsrätten i Falun, mål 5395-11, s. 4.

¹¹⁶ FÖD 1993:17.

¹¹⁷ Förvaltningsrätten i Falun, mål 5395-11, s. 4.

¹¹⁸ Förvaltningsrätten i Växjö, mål 2345-12, s. 2.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid.

jämställas med en adoptivförälder. Därför kunde inte heller den bestämmelse han åberopade om adoptivföräldrars rätt att få barnbidrag från och med månaden de får barnet i sin vård, 16 kap. 11§ SFB, vara tillämplig i målet.¹²¹

I dessa två domar kan vi notera radikalt olika utfall. Omständigheterna var snarlika: en mans sperma användes för att befrukta ett ägg som inplanterades i en surrogatmamma i Indien; mannen och surrogatmodern hade ett avtal om att han efter barnets födelse skulle ha ensam vårdnad om barnet; han tog det med sig hem till Sverige där det blev svensk medborgare, och efter en fastställsetalan i svensk domstol blev han registrerad som barnets far och fick sedermera problem med Försäkringskassan.

I det första fallet kommer förvaltningsrätten fram till att det trots brist på stöd i SFB finns möjlighet för mannen att vara en behörig betalningsmottagare eftersom syftet med barnbidrag är att det ska komma den som har den faktiska vårdnaden till godo. I det andra målet förs fram till en viss punkt samma resonemang som i det första, och sedan stannar förvaltningsrätten där. Att C i den andra domen har haft *de facto* vårdnad om barnen förändrar inte bedömningen, och det är problematiskt att det som förändrar hela situationen i det första fallet inte har någon påverkan alls i det andra fallet.

Förvaltningsrättens poäng om att personer som har skaffat barn genom surrogatmoderskap inte kan jämföras med adoptivföräldrar är dock intressant eftersom det i förlängningen understryker det limbo som surrogatbarnens sociala föräldrar befinner sig i till dess att deras föräldraskap fastställs genom dom. De kan varken jämföras med adoptivföräldrar eller biologiska föräldrar ur en rättslig synpunkt, även när det som i de här fallen är så att mannen *de facto* är en biologisk förälder.

4.2.2 Kammarrätten

Mål nr 5395-11 i förvaltningsrätten rörde A:s rätt att retroaktivt få barnbidrag för sin son B rörande tiden innan A fastställdes som rättslig vårdnadshavare. Förvaltningsrätten gav A rätt i frågan, men domen överklagades av Försäkringskassan då myndigheten menade att det fanns skäl för högre rätt att pröva frågan eftersom det saknades uttryckligt stöd i SFB för ett förfarande där barnbidrag beviljas för tid före bidragsmottagaren blivit rättslig vårdnadshavare.¹²²

I mål nr 1465-13 provade kammarrätten i Sundsvall frågan om från vilken tidpunkt som A kunde anses vara behörig betalningsmottagare av barnbidrag för B. Rätten konstaterade att införandet av SFB inte innebar

¹²¹ Förvaltningsrätten i Växjö, mål 2345-12, s. 3.

¹²² Förvaltningsrätten i Falun, mål 5395-11, s. 4.

någon förändring i sak avseende de aktuella bestämmelserna och att förarbetena till den tidigare gällande lagen (1947:529) om allmänna barnbidrag därför fortfarande var av intresse. Det var också med stöd av uttalanden i de förarbetena som Försäkringsöverdomstolen i rättsfallet FÖD 1993:17 ansåg att barnbidrag kunde utbetalas till en förälder som hade den faktiska men inte den rättsliga vårdnaden om barnet utan hinder av att den andre föräldern var bosatt utomlands.¹²³

Rätten ansåg att det genom förarbetena och rättsfallet var klarlagt att syftet med bestämmelserna om barnbidrag har varit att det ska utbetalas till den som har den faktiska vårdnaden om barnet, även när någon annan är vårdnadshavare i rättslig mening, och avsåg därför Försäkringskassans överklagande.¹²⁴

I mål nr 2345-12 i förvaltningsrätten ansåg C att han borde ha rätt till barnbidrag i första hand från det datum som hans barn A och B folkbokfördes i Sverige, och i andra hand från den dag som avtalet om ensam vårdnad undertecknades av honom och den kvinna som varit surrogatmoder åt barnen. Försäkringskassan ansåg att han var berättigad till barnbidrag först från den dag då han registrerades som barnens vårdnadshavare i folkbokföringen, och förvaltningsrätten dömde till deras fördel.¹²⁵

Kammarrätten i Jönköping tog upp målet och konstaterade att det följer av 16 kap. 2-8§§ SFB att barnbidrag betalas ut till den som är försäkrad för barnbidrag samt har vårdnad om barnet. Av 6 kap. 6§ FB framgår att föräldrarna får avtala om att vårdnaden ska vara gemensam eller att en av dem ska ha vårdnaden. För att ett sådant avtal ska gälla måste det vara skriftligt och godkänt av socialnämnden, men det krävs även att de som skriver på är barnens föräldrar. Avtalet om vårdnad kunde därför inte bli gällande mellan C och surrogatmodern förrän den sista februari 2012, när det fastställdes i dom att C var far till barnen A och B. Eftersom det dessförinnan saknades laglig möjlighet att betrakta C som vårdnadshavare kunde det inte ha uppkommit någon rätt att uppbära barnbidrag för barnen. Överklagandet avsågs därför, och Försäkringskassans beslut upprätthölls.¹²⁶

Bestämmelsen som likställer blivande adoptivföräldrar med föräldrar gällande rätten att få barnbidrag ansågs inte vara tillämplig i det andra målet. Kammarrätten motiverade inte varför de ansåg detta, men det torde vara så att de instämmer i underrättens tolkning att den inte kan tillämpas eftersom C var biologisk far till barnen och därför inte kunde jämföras med en adoptivförälder.

¹²³ Kammarrätten i Sundsvall, mål 1465-13, s. 3 f.

¹²⁴ Kammarrätten i Sundsvall, mål 1465-13, s. 4.

¹²⁵ Förvaltningsrätten i Växjö, mål 2345-12, s. 3.

¹²⁶ Kammarrätten i Jönköping, mål 1406-13, s. 3.

Kammarrätterna upprätthöll de domslut som förvaltningsrätterna hade kommit fram till, baserat på samma resonemang, något som känns problematiskt med likhetsprincipen i åtanke. Fall där de sakliga förutsättningarna är lika skall bedömas på samma sätt, och det är svårt att finna någon saklig olikhet mellan målen som ska föranleda någon annan bedömning.

Det bör dock noteras att de underrätter som stödjer sig på rättsfallet FÖD 1993:17 därigenom har gjort bedömningen att de äldre förarbetena till den tidigare gällande lagen fortfarande är av intresse. Det är förvisso sant att införandet av SFB inte har förändrat de aktuella bestämmelserna i sak, men det är långtifrån självklart att HFD kommer att göra samma tolkning av rättsläget¹²⁷.

4.3 Vårdnad och faderskap

Vad det gäller mål som rör vårdnadsavtal och fastställande av faderskap så har jag valt att inte referera något av dem utförligt, eftersom de alla är så pass lika att till och med domsluten är summariskt formulerade. Det kan vara intressant att notera att varje dom förlitar sig på en genetisk utredning som visar att den sociala fadern är genetiskt relaterad till barnet.

Rätten har givetvis att förhålla sig till lagen, och det är viktigt att komma ihåg att det i 1 kap. 5§ FB tydligt står att faderskap kan fastställas genom dom endast om en genetisk undersökning har utrett att han är barnets far. Undantagen från regeln kan inte tillämpas när det gäller surrogatarrangemang, eftersom rätten också får förklara en man vara far om det är utrett att han har haft samlag med barnets mor eller att en insemination eller befruktning utanför kroppen har skett med hans spermier och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att han är barnets genetiska far. Det innebär att ”vanliga” sätt att fastställa faderskapet inte torde vara tillgängliga för den sociala förälder vars sperma inte har använts för att avla barnet – för honom återstår istället adoptionsinstitutet.

En av de intressanta detaljerna med de domar som rör just fastställande av faderskap är att barnen, som är den part som väcker talan, uteslutande redan bär den tilltänkta faderns efternamn. Med tanke på att han utan att vara fastställd som far inte ska kunna anmäla något annat efternamn än surrogatmoderns så är det anmärkningsvärt att barnen bär hans efternamn. Förvisso skulle surrogatmodern ha kunnat skriva under anmälan innan den lämnades in vid den svenska ambassaden, men eftersom den sociala fadern vid den tidpunkten rättsligt är en främling för barnet skall det enligt lagen ändå inte godkännas. Ur ett mer pragmatiskt synsätt kan det dock anses vara en fördel att åtminstone denna del av processen inte utgör ett problem.

¹²⁷ Hessmark, 2012, s. 138.

4.4 Adoption och moderskapstalan

NJA 2006 s. 505 är unikt då det är det enda mål baserat på surrogatmoderskap (notera dock att det egentligen rör sig om en adoption) som har prövats av Högsta domstolen, och domslutet har därför också varit föremål för ett antal analyser. Detta avgörande är ett exempel både på den sociala moderns och barnets prekära situation om modern inte får rätt att adoptera barnet, vilket i sig är en stark motivation för att moderskapspresumtionen borde kunna hävas, och exempel på att en negativ moderskapstalan inte kan användas. Omständigheterna i målet var följande:

Kvinnan A ansökte om att få adoptera barnet B, dotter till kvinnans make C. Han hade ensam vårdnad om B och godkände adoptionen men återtog sitt samtycke en tid efter att tingsrätten hade lämnat tillstånd till A att adoptera B. Makar får endast adoptera gemensamt, men den ena maken kan med den andres samtycke adoptera dennes barn.¹²⁸

Utan samtycke från C saknades lagliga förutsättningar för att bifalla adoptionsansökan och hovrätten upphävde tingsrättens beslut. A överklagade domen och yrkade att HD skulle bifalla hennes adoption av B. Barnet B var frukten av ett fullständigt surrogatmoderskap där äggceller från A hade befruktats av spermier från C och sedan förts in i kvinnan D, syster till C. Faderskapet bekräftades av C och han registrerades i folkbokföringen som pappa till B.¹²⁹

HD avvisade överklagandet med hänvisning till att det även med beaktande av de speciella omständigheterna i detta fall inte fanns förutsättningar för att frånga principen att samtycke måste föreligga från den förälder som har vårdnaden om barnet. Domstolen förklarade också att de inte kunde pröva yrkandet att A skulle förklaras vara mor till B.¹³⁰

Själva domslutet är tämligen summariskt – anförandet skrivet av de två skiljaktiga justitieråden Lundius och Calissendorff är både utförligare och intressantare. De resonerar såsom följer:

I FB uttrycks inte barnperspektivet direkt i kapitel 4 som handlar om adoption, men i det sjätte kapitlet som rör vårdnad, boende och umgänge framgår att barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut i det kapitlet. Om A inte tilläts adoptera B skulle hon inte heller kunna registreras som vårdnadshavare till barnet och B skulle inte kunna medges rätt till umgänge med A.¹³¹

¹²⁸ NJA 2006 s. 505.

¹²⁹ NJA 2006 s. 505, s. 506.

¹³⁰ NJA 2006 s. 505, s. 508.

¹³¹ NJA 2006 s. 505, s. 509.

Med beaktande av artikel 8 Europakonventionen om rätt till skydd för privat- och familjeliv och artikel 3 i barnkonventionen¹³² vore det högst tveksamt att avskära B möjligheten att, om tvist uppstår mellan A och C, få prövat om A även i fortsättningen skall ha vårdnaden om henne. A är hennes genetiska moder och har också varit barnets sociala mor då hon under hela Bs levnadstid i alla bemärkelser utom den rättsliga har varit att betraktas som hennes mamma.¹³³

Kravet på samtycke som föreligger gällande makar gäller den ene makens adoption av den andre makens barn samt vid en makes adoption av eget barn (då den samtyckande maken inte förvärvar en ställning av förälder genom adoptionen). A önskar adoptera det barn som är hennes eget i genetisk mening och hennes make C:s och därför gör ändamålen för kravet på samtycke sig inte gällande. Avsikten med adoptionen är att uppnå en överensstämmelse mellan det genetiska tillika sociala föräldraskapet och det rättsliga föräldraskapet, och C:s samtycke skulle inte innebära att han förlorar sin ställning som rättslig förälder till B eftersom makarna fortfarande är gifta. Hans återkallelse av sitt samtycke bör därför inte utgöra ett hinder för adoptionen, men precis som D:s återkallade samtycke bör det beaktas vid bedömningen av om det är lämpligt att adoptionen äger rum. Med hänsyn till de faktiska förhållandena vid B:s tillkomst bör adoptionsansökan bifallas.¹³⁴

Då jag i kapitel två har redogjort för vad som troligtvis gäller för en moderskapstalan vill jag här lägga till en kort kommentar rörande HD:s beslut att inte pröva yrkandet. Detta mål avgjordes före NJA 2007 s. 684, och även om vi kan utröna från det senare målet varför en sådan talan inte kan tas upp så hade en tydligare motivering i NJA 2006 s. 505 varit önskvärt. Det är också värt att ha i åtanke att barnet ifråga föddes år 2002, när regeln om moderskapet vid äggdonation ännu ej hade trätt i kraft. Hade målet tagits upp då hade rättsfallet kunnat få ett mycket annorlunda utfall.

Saldeen håller det för troligt att det i ett sådant läge skulle ha varit möjligt för A att jämlikt 13 kap. 2§ RB föra en talan om att hon, och inte surrogatmodern, var barnets mamma. Han anser också att yrkandet sannolikt skulle ha bifallits om HD hade haft möjlighet att ta upp det till prövning.¹³⁵

Singer, som har analyserat ovanstående rättsfall i sin artikel "*Mater semper certa est*"?, är också av åsikten att kvinnan i det här fallet skulle kunna ha getts ställning som rättslig mor till barnet. Hon grundar sitt resonemang bland annat på Artikel 8 i Europakonventionen, som fastslår att var och en har rätt till respekt för sitt familjeliv. Europadomstolen har i flera fall konstaterat att om en familjerelation till ett barn har etablerats, som den

¹³² Artikel 3: "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."

¹³³ NJA 2006 s. 505, s. 509.

¹³⁴ NJA 2006 s. 505, s. 510.

¹³⁵ Saldeen, 2009, s. 54.

onekligen har i detta rättsfall, så ska staten handla på ett sådant sätt att denna relation skyddas. Domstolen har också slagit fast att respekten för familjeliv innebär att biologiska och sociala realiteter ska tillmätas större betydelse än legala presumtioner.¹³⁶

4.5 Sammanfattning

I detta kapitel framträder skillnaderna mellan de teoretiska och de praktiska problemen tydligare. Bristen på överklaganden av Migrationsverkets beslut bekräftar att det inte utgör en svårighet för barn födda utomlands att få ett svenskt medborgarskap, även när de föds av en surrogatmoder. Det verkar inte heller föreligga några problem när de sociala föräldrarna anmäler barnets namn och efternamn till folkbokföringen.

Det som uppenbarligen är problematiskt är barnets familjerelaterade folkbokföringsuppgifter – den sociala pappans faderskap registreras inte av Skatteverket om det inte tidigare har fastställts i dom. Även det undantagsfallet att den sociala fadern redan har den rättsliga vårdnaden om barnet¹³⁷ föranleder inte någon annan bedömning. En del av besväret härrör sig från att Sverige inte har möjlighet att erkänna beslut om faderskap eller beslut om vårdnad i vissa länder eftersom dessa länder inte har tillträtt t.ex. Haag-konventionen eller Europarådskonventionen.

En konsekvens av att den sociala pappan inte kan folkbokföras som barnets rättslige far (vilket leder till att han inte kan godkänna ett avtal om vårdnad) är att han inte kan ta emot barnbidrag för barnets räkning. Barnbidraget är en bosättningsbaserad förmån som betalas ut till barnets vårdnadshavare. Huruvida det finns en möjlighet att betala ut barnbidraget till någon som inte är barnets vårdnadshavare är ännu oklart. Jag har redogjort för fyra rättsfall rörande barnbidrag och två av dem fastställer att utbetalning inte får ske till någon annan än vårdnadshavaren. De två andra fastställer att det är möjligt att betala ut barnbidraget till den person som har den faktiska vårdnaden, även om den personen inte är barnets vårdnadshavare. Eftersom prövningstillstånd har beviljats i det senare fallet kommer HFD förhoppningsvis att klargöra saken.

Slutligen illustreras den sociala moderns utsatta situation klart och tydligt. Det finns ingen möjlighet för henne att föra en talan om fastställande av moderskap, eftersom moderskapspresumtionen inte går att häva. Det finns inte heller någon möjlighet för domstolen att bevilja en adoption av makes barn om den förälder som har vårdnaden om barnet inte godkänner eller tar tillbaka sitt godkännande av adoptionen. Även när den förälder som har vårdnaden inte skulle förlora sin rättsliga ställning som förälder är kravet på deras samtycke absolut. Vid en eventuell skilsmässa kan det därför leda till att barnet och den sociala modern separeras, utan någon rätt till varandra.

¹³⁶Singer, 2006, s. 429 f.

¹³⁷Se ovan, 3.1- Reglerna om vårdnadshavandeskap.

Deras umgänge i framtiden beror då på att den förälder som har vårdnaden väljer att låta dem träffas.

När talan om att fastställa faderskap prövas av domstol verkar det generellt få det tänkta utfallet. Jag har inte kunnat finna något rättsfall där faderskapet för den sociala pappan inte fastställdes, vilket ledde till att han sedan som rättslig förälder kunde ingå ett avtal om vårdnaden om barnet och få det godkänt. Det är dock viktigt att komma ihåg att denna möjlighet endast är öppen för de sociala fäder som är genetiskt relaterade till sina barn eftersom hävandet och fastställandet av faderskap grundas på en genetisk undersökning.

5 Andra rättsordningar

De problem som har illustrerats i tidigare delar av uppsatsen har alla gemensamt att de uppstår på grund av svårigheten i svensk rätt att bli erkänd som rättslig förälder till barnet född av en surrogatmor. Genom att ändra på sättet som det rättsliga föräldraskapet registreras eller överförs skulle vi också kunna åtgärda problemen mer eller mindre effektivt. I denna del kommer jag att gå igenom ett antal olika modeller och jämföra dem med den svenska.

I huvudsak kan man dela upp förfarandet i två kategorier: *ex ante* och *ex post facto*. *Ex ante* betyder ”före händelsen”, och sådana lagstiftningsmodeller innebär att det rättsliga föräldraskapet kan avtalas om eller överföras innan barnets födelse. *Ex post facto* betyder ”i efterhand”, och innebär att det rättsliga föräldraskapet tas ställning till efter barnets födelse, vilket oftast innebär större svårigheter för de tilltänkta föräldrarna att erkännas som just föräldrar.

Modellen kan sedan delas upp ytterligare i underkategorier såsom altruistiska, kommersiella eller till och med oreglerat. Att det är oreglerat kan innebära att det, som i Sverige, är implicit förbjudet genom att andra lagar förhindrar det, eller att det som på Irland inte är explicit tillåtet, då surrogatavtal inte är juridiskt giltiga, men inte heller förbjudet. Jag har valt att inkludera Irland i denna framställning eftersom deras situation på många sätt liknar den i Sverige samtidigt som den skiljer sig på ett avgörande sätt, d.v.s. det faktum att surrogatmoderskap inte är uttryckligt förbjudet, vilket gör att en jämförelse kan vara mycket givande. Jag kommer inte att redogöra för ett system uppbyggt kring kommersiella *ex post facto*-förfaranden, eftersom jag tyvärr inte har kunnat finna ett exempel på ett land som tillämpar detta.

Jag har hittills diskuterat de områden som påverkas av det rättsliga föräldraskapet utförligare än det rättsliga föräldraskapet i sig, men i den fortsatta komparationen är det just denna frågan jag kommer att fokusera på. Det är givetvis möjligt att åtgärda problemen på varje enskilt område, men då rättsverkningarna ursprungligen härrör sig ifrån det rättsliga föräldraskapet ter det sig lämpligare att finna alternativa lösningar att fastställa de sociala föräldrarna som rättsliga föräldrar.

5.1 Ex ante

5.1.1 Altruistiska surrogatmoderskap

Enligt grekisk lagstiftning är surrogatavtal lagliga och verkställbara om de uppfyller vissa krav. Avtalet måste vara skriftligt, och undertecknat innan surrogatmodern blir gravid. Alla inblandade i surrogatarrangemanget (d.v.s.

den beställande förälders partner, eller surrogatmoderns partner) måste ge sitt godkännande. Det måste vara uppenbart att surrogatmoderskapet inte är av en kommersiell karaktär. Avtalet måste godkännas, innan befruktningen av surrogatmodern, av domstolen.¹³⁸

Om dessa krav är uppfyllda är avtalet juridiskt giltigt, och det rättsliga föräldraskapet för barnet kan överföras till de tilltänkta föräldrarna innan barnet föds. Det är därmed inte nödvändigt att adoptera eller driva en domstolsprocess för att bli erkänd som barnets förälder, vilket skiljer regleringen från den i exempelvis Storbritannien.¹³⁹

Endast altruistiska surrogatarrangemang är tillåtna, eftersom lagen kräver att det befruktade ägget kommer antingen ifrån den som ska bli barnets rättsliga moder, eller från en tredje kvinna som donerat sitt ägg. Det finns därmed inget krav på att ett genetiskt band måste finnas mellan barnet och de blivande föräldrarna. Juridiskt bindande surrogatavtal är dock inte tillgängliga för samkönade par. Regleringen tillåter ensamstående föräldrar, men eftersom det uttryckligen står i lagtexten att det är den blivande modern som ska ansöka hos domstolen om att få avtalet godkänt så är möjligheten för ensamstående män eller homosexuella manliga par att göra detsamma mycket liten. I några fall har domstolen godkänt avtalet ändå, men eftersom besluten i första instans inte är bindande för andra domstolar så är det ännu oklart om den möjligheten finns eller ej.¹⁴⁰

En viktig sak att komma ihåg är att alla parter inblandade i arrangemanget (d.v.s. både de blivande föräldrarna och surrogatmodern) måste ha sin hemvist i Grekland.¹⁴¹ Hade regleringen varit tillgänglig för t.ex. svenska medborgare hade Sverige utan omsvep kunnat erkänna de blivande föräldrarna som föräldrar. Av artikel 21.1 i Bryssel II-förordningen (som både Sverige och Grekland har tillträtt) framgår det att en dom som har meddelats i en EU-medlemsstat ska erkännas i de andra medlemsstaterna utan att något särskilt förfarande behöver anlitas.

5.1.2 Kommersiella surrogatmoderskap

5.1.2.1 Ryssland

Vad det gäller surrogatarrangemang har Ryssland ett väldigt tolerant regelverk. Det behöver inte finnas en genetisk koppling mellan barnet och de tilltänkta föräldrarna, och föräldrarna behöver inte vara gifta. De behöver inte ens vara ryska medborgare eller ha sin hemvist i Ryssland. Det finns inga lagliga hinder för att kompensera surrogatmodern för mer än kostnader

¹³⁸ Directorate-general for internal policies, Policy department C: Directorate for Citizens Rights and Constitutional affairs, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, s.42.

¹³⁹ A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s.43.

¹⁴⁰ A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s.44.

¹⁴¹ Ibid.

relaterade till graviditeten, vilket är vad som är brukligt vid altruistiska surrogatmoderskap. Vid barnets födelse är det också möjligt för föräldrarna att registreras som barnets rättsliga föräldrar på födelseattesten, varvid surrogatmodern inte behöver registreras som barnets mor.¹⁴²

Sammantaget är det inte svårt att se varför Ryssland kan te sig mycket attraktivt för de som av olika skäl vill skaffa barn genom surrogatmoderskap. Det faktum att kommersiella sådana tillåts gör det lättare för tilltänkta föräldrar att hitta kvinnor som vill bära deras barn. Möjligheten att upprätta ett avtal som kan upprätthållas i landet där barnet föds minskar risken för att surrogatmodern senare ska ändra sig, något som är mindre vanligt men ändå kan hända. Slutligen är det också troligt att många uppfattar bristen på formkrav för avtalet som en fördel, eftersom det gör dem lättare att upprätta. Avtalen behöver inte registreras någonstans, eller godkännas i förväg av myndighet.¹⁴³

Samtidigt så är den ryska regleringen inte helt utan krav. Kvinnan som bär barnet måste vara mellan tjugo och trettiofem år gammal, ha åtminstone ett friskt barn sedan innan och ha ett medicinskt intyg som bekräftar att hon är vid god hälsa. Surrogatmoderskapet måste bero på ett medicinskt behov, och det är endast vid fullständiga surrogatmoderskap som föräldrarna kan registreras direkt vid födseln. Om surrogatmodern också har donerat ägget anses hon vara barnets moder.¹⁴⁴

Det är även så att erkännandet av de tilltänkta föräldrarna som rättsliga föräldrar beror på surrogatmoderns medgivande; hon har med andra ord en möjlighet att ändra sig, och behålla barnet som sitt eget om hon så önskar. Detta faktum gör att det ryska systemet får drag av en ex-post facto lagstiftning, där föräldraskapet överförs i efterhand, även om det finns möjlighet att överföra det innan. Om surrogatmodern inte har ändrat sig registreras dock de blivande föräldrarna automatiskt, utan att hon först registreras som förälder.¹⁴⁵

Det är en intressant lösning som får anses vara nödvändig i en reglering som tillåter kommersiella surrogatavtal; med den möjligheten finns också risken för att surrogatmodern exploateras. Det är självklart inte en given sak, men i ett system som tillåter att surrogatmoderskap köps som en tjänst bör man åtminstone ha i åtanke att surrogatmodern t.ex. kan ändra sig och vilja behålla barnet. Att då ge henne rätten att registreras som barnets mor om hon vill det kan ses som ett sätt att ge henne ett visst skydd utan krav på att hon ska vara barnets rättsliga mor. Det är också något som skiljer den ryska regleringen från ex-post facto modeller; surrogatmoderns rätt till barnet kan beaktas utan att hon tidigare har fastställts som mor.

¹⁴²A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States s. 53.

¹⁴³Ibid.

¹⁴⁴Ibid.

¹⁴⁵A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s. 54.

5.1.2.2 Illinois, USA

Tillsammans med Kalifornien får Illinois anses vara en av de mest surrogatvänliga staterna i USA. År 2004 infördes the Gestational Surrogacy Act (GSA), vilken endast är avsedd att reglera fullständiga surrogatmoderskap, och det främsta syftet med lagstiftningen är att kunna garantera rättssäkerhet gällande föräldraskapet för surrogatbarn.

I likhet med den grekiska lagstiftningen så baseras överföringen av föräldraskapet på ett surrogatavtal på vilket vissa krav ställs. Till skillnad från den grekiska så är inte domstol eller någon annan myndighet inblandad i den juridiska processen före befruktningen. Det faller istället på de anlitade juristerna att säkerställa att avtalet lever upp till de krav som ställs i lagen. När bestämmelserna i GSA är uppfyllda antas avtalet vara verkställbart, och det blir möjligt för de sociala föräldrarna att registreras som rättsliga föräldrar vid barnets födelse.¹⁴⁶ Om avtalet inte skulle uppfylla rekvisiten i lagen är det inte juridiskt giltigt, och det faller då på domstolen att ta ställning till vem som skall tilldelas det rättsliga föräldraskapet. Bedömningen ska då baseras på de olika parternas avsikt med att ingå avtalet.¹⁴⁷

En annan sak som skiljer de två systemen åt är att det enligt GSA inte är förbjudet att ersätta surrogatmodern för mer än skäligen kostnader som hon kan ha haft i samband med graviditeten. Hon kan även få en skälig kompensation, vilket definieras i GSA som vederlag för tjänster utöver skäliga medicinska och tillhörande kostnader.¹⁴⁸

Slutligen finns det ett annat rekvisit som måste uppfyllas även om avtalet skulle vara giltigt: en läkare som är licenserad i staten måste intyga att barnet inte är surrogatmoderns biologiska barn. Det måste också finnas ett genetiskt band mellan åtminstone en av de blivande föräldrarna och barnet. Skulle fel embryo ha planterats in under den assisterade befruktningen, vilket då skulle resultera i ett barn som inte är genetiskt besläktat med de sociala föräldrarna, ska de ändå anses vara barnets rättsliga föräldrar om inte domstolen fastställer något annat. Avtalet och föräldraskapet kan inte bestridas när ett år har gått sedan barnet föddes.¹⁴⁹

¹⁴⁶ A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s. 49.

¹⁴⁷ A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s. 51.

¹⁴⁸ A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s. 49.

¹⁴⁹ A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s. 52.

5.2 Ex post facto

5.2.1 Altruistiska surrogatmoderskap

5.2.1.1 Storbritannien

I den engelska lagstiftningen finns det två regleringar som är viktiga att känna till. Den första är the Surrogacy Arrangements Act 1985, vars främsta syfte är att förbjuda och kriminalisera kommersiell aktivitet i relation till surrogatmoderskap, till exempel att en tredje part annonserar för eller tar betalt för att ordna sådana arrangemang. Den förbjöd inte surrogatmoderskap eller surrogatavtal, men den tillhandahöll inte heller något specifikt rättsligt ramverk för att överföra det rättsliga föräldraskapet från surrogatmodern.¹⁵⁰

Den andra är the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFEA 1990), i vilken man införde vad som kallas ”the Parental Order”. Det är en bestämmelse som gör det möjligt att efter barnets födelse överföra det rättsliga föräldraskapet till de sociala föräldrarna, och beskrivs som en ”fast-track adoption”. I princip är det en adoptionsansökan som behandlas snabbare än sådana vanligen skulle göra, och kräver att den biologiska modern ger sitt samtycke.¹⁵¹

HFEA 1990 ersattes senare av HFEA 2008, som uppdaterade föregångaren bland annat genom att ändra kriterierna för att få ansöka om en Parental Order. Under HFEA 1990 begränsades möjligheten till gifta par, och genom HFEA 2008 utvidgades den till att även omfatta även ogifta och samkönade par. Ensamstående kan fortfarande inte ansöka om en Parental Order, utan måste använda sig av en vanlig adoptionsprocedur.¹⁵²

I likhet med den svenska lagstiftningen är varken den tilltänkta modern eller fadern att anse som barnets rättsliga förälder vid barnets födelse. Istället är det surrogatmodern och hennes make som registreras som barnets mor och far. Om hon inte är gift men har en partner blir han eller hon barnets förälder om de samtycker. Det öppnar också för ett märkligt undantag som inte återfinns i svensk rätt: även om den man vars sperma har befruktat ägget är den sociala pappan så måste han ha registrerat sig som spermagivare. En givare som donerar sperma med syftet att den ska användas i ett surrogatarrangemang har inte någon rätt till barnet under HFEA.¹⁵³ Däremot skulle mannens partner, om han är i ett samkönat förhållande, kunna registreras som barnets pappa vid födseln om surrogatmodern inte är gift, och partnern inte har donerat sperma. På samma sätt som surrogatmoderns

¹⁵⁰ A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s.58.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s. 59.

¹⁵³ Stoll, Jane: *Surrogacy arrangements and legal parenthood – Swedish law in a comparative context*, 2013, s. 182.

partner skulle kunna registreras så kan mannen genom att ge sitt samtycke bli barnets rättsliga pappa.¹⁵⁴

5.2.1.2 Israel

1996 antogs the Surrogate Motherhood Agreements Act (the SMA Act) av det israeliska parlamentet, och därmed blev Israel det första landet som legaliserade surrogatmoderskap med kravet att surrogatavtal skulle godkännas av en speciell myndighet, ”the Approvals Committee”.¹⁵⁵ Myndigheten har som uppgift att se till att alla ansökningar uppfyller kraven som ställs i lagen. Surrogatavtal som ingås utan att godkännas av myndigheten är förbjudna och kan leda till fängelse i upp till ett år.¹⁵⁶

Kraven som ställs är bland annat att surrogatmodern inte får vara gift.¹⁵⁷ Hon får inte heller ha ett genetiskt band med barnet, och hennes ägg får därmed inte användas vid befruktningen. Slutligen får surrogatmodern inte ha en annan religion än den kvinna som ska bli barnets rättsliga mamma. Det finns en möjlighet för icke-judar att få tillstånd att göra ett undantag för detta, men det är något som måste godkännas av myndigheten.¹⁵⁸ Sperman som används för att befrukta ägget måste ha donerats av den som ska bli barnets pappa och, till skillnad från äggdonation, finns det inga undantag från denna regel.¹⁵⁹

De avtal som godkänns är inte bara juridiskt giltiga, utan även verkställbara, såvitt det gäller det rättsliga föräldraskapet. Det finns dock ingen möjlighet för de sociala föräldrarna att med avtalet som grund försöka kontrollera surrogatmoderns uppförande under graviditeten, eller ställa krav på att hon ska befinna sig på en klinik eller dylikt.¹⁶⁰ I praktiken fungerar avtalet så att det särskiljer vårdnad, föräldraskap och överlämning av barnet. Enligt avtalet ska de sociala föräldrarna efter barnets födelse så snart som möjligt få barnet överlämnat till sig av surrogatmodern. En s.k. ”welfare officer”, en slags socialarbetare, måste vara närvarande vid tillfället. De tilltänka föräldrarna har ifrån barnets födelse rätten till vårdnad om barnet, men det är inte förrän denna socialarbetare utfärdar en ”parentage order” som det rättsliga föräldraskapet överförs. Barnet upphör då att vara surrogatmoderns barn, och blir istället de sociala föräldrarnas barn.¹⁶¹

¹⁵⁴ Stoll, 2013, s. 184.

¹⁵⁵ Stoll, 2013, s. 198.

¹⁵⁶ Stoll, 2013, s. 209.

¹⁵⁷ Stoll, 2013, s. 209.

¹⁵⁸ Stoll, 2013, s. 211.

¹⁵⁹ Stoll, 2013, s. 212.

¹⁶⁰ Stoll, 2013, s. 214.

¹⁶¹ Stoll, 2013, s. 215.

5.3 Irland, ett oreglerat land

I brist på uttrycklig lagstiftning om surrogatmoderskap (vilket inte är reglerat i Irland) har den irländska regeringen publicerat formella riktlinjer rörande gränsöverskridande surrogatarrangemang, immigration och regler för medborgarskap. Det är dock viktigt att komma ihåg att riktlinjerna inte ska ses som en handbok för hur det rättsliga föräldraskapet hanteras; snarare utgör de en vägledning för vad myndigheterna ska ta hänsyn till när de fattar sina beslut om t.ex. medborgarskap eller pass. Det framgår också att utländska födelseattester eller domstolsbeslut inte är bindande för myndigheterna.¹⁶²

Att återvända till Irland med ett surrogatbarn är lättare om den sociala fadern också är barnets genetiska fader, samt om surrogatmamman inte är gift. I likhet med svensk lagstiftning följer det av irländsk sådan att surrogatmoderns make är barnets rättsliga far, något som innebär att den tilltänkta fadern måste få sitt faderskap fastställt i domstol innan han är behörig att ansöka om de dokument som behövs för att barnet ska få resa in i landet. I de irländska riktlinjerna finns det inte heller någon redogörelse för hur de tilltänkta föräldrarna ska agera när det genetiska bandet mellan barnet och fadern saknas, vilket innebär att det i praktiken verkar vara mycket svårt att etablera ett rättsligt familjeband mellan barn och förälder om donerad sperma har använts.¹⁶³

Det är också svårt för den tilltänkta modern att ansöka om medborgarskap eller inresevisum. Även om surrogatmodern skriver under ett avtal där hon avstår från moderskapet kan det inte beaktas förrän i ett senare läge, när det rättsliga föräldraskapet överförs efter ett domstolsbeslut. Det innebär att det kan finnas ett genetiskt band mellan den tilltänkta modern och barnet, men att modern ändå inte har någon rätt att ansöka om medborgarskap för barnet.¹⁶⁴

Det finns dock ett rättsfall från 2013 som kan innebära att den tilltänkta modern får en starkare position. Den irländska högsta domstolen dömde i ett mål där surrogatmodern hade registrerats som barnens mor, och de tilltänkta föräldrarna överklagade detta. Högsta domstolen gav föräldrarna rätt i frågan eftersom den kom fram till att *mater semper certa est* förvisso är en vägledande rättsprincip men att det inte fanns något i irländsk lag som bekräftade den. Dessutom konstaterade den att principen sedd i ljuset av nya former av assisterad befruktning, måste gå att motbevisa på samma sätt som faderskapspresumtionen kan motbevisas och hävas. För att uppnå jämlikhet och rättvisa skulle faderskap och moderskap därför prövas på samma sätt.¹⁶⁵

¹⁶²A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s. 69.

¹⁶³A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s. 70.

¹⁶⁴A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, s. 70.

¹⁶⁵MR & Anor v An tArd Chlaraitheoir & Ors [2013] IEHC 91, p. 104.

Det är en slutsats som är mycket intressant att kontrastera med det svenska systemet. Moderskapspresumtionen som rättsprincip är av den naturen att den inte får motbevisas, något som inom bevisläran benämns *praesumptio juris et de jure*¹⁶⁶. Den är också befäst i svensk lag. Möjligheterna för svenska högsta domstolen att föra samma resonemang är därför troligtvis små. En negativ moderskapstalan har förvisso tillåtits inom svensk rätt men det rörde sig då om en kvinna och en man som flytt till Sverige med flera barn och registrerat dem som sina egna – det fanns därmed inget genetiskt eller biologiskt band mellan barn och förälder. Jag har tidigare förklarat varför det är svårt att föreställa sig att svensk rätt skulle tillåta en negativ moderskapstalan med syfte att häva bandet mellan barnet och dess biologiska mor.

Den stora skillnaden mellan det irländska och det svenska systemet är att *mater semper certa est* är lagfäst i Sverige medan det i Irland endast är en rättsprincip. Det är troligtvis en tillräckligt stor skillnad för att det inte ska gå att argumentera för att moderskap, likaväl som faderskap, ska kunna hävas för att uppnå jämlikhet.

Slutligen vill jag poängtera några omständigheter här: för det första rörde det sig om ett inhemskt surrogatarrangemang, vilket innebär att det är svårt att säga med säkerhet att gränsöverskridande surrogatbarn kommer att påverkas av det. För det andra öppnar det förvisso en möjlighet för sociala mammor att fastställas som rättsliga mammor men, precis som för papporna, det gäller bara för de som har en genetisk koppling till barnet. Har föräldern inte donerat sperma eller ägg så måste han eller hon ansöka om att få adoptera barnet.

5.4 Sammanfattning

Det finns olika möjliga modeller som kan delas upp två huvudkategorier (*ex ante* eller *ex post facto*), vilka sedan kan delas upp i ytterligare underkategorier (altruistiska, kommersiella, sådana som inte har uttryckligt förbjudit eller tillåtit surrogatarrangemang). Sverige har ett indirekt inhemskt förbud, med en möjlighet för föräldrar att *ex post facto* överföra vårdnaden. I och med det ligger vi ganska nära den brittiska versionen, som egentligen endast är en adoptionsansökan som ges företräde för att processas snabbare. Den stora skillnaden är dock att inga surrogatavtal av något slag är tillåtna eller kan upprätthållas i Sverige. Altruistiska surrogatavtal kan upprätthållas i England. Vi står också nära Irland, som inte har ett uttryckligt förbud mot surrogatavtal men inte heller har något ramverk för att överföra det rättsliga föräldraskapet innan barnets födsel.

Det är viktigt att hålla i åtanke att alla de olika modeller som jag har redogjort för har en sak gemensamt – de avser inhemska surrogatarrangemang, och är inte nödvändigtvis typiska för hur landet skulle

¹⁶⁶ NJA 1986 s. 489.

hantera det rättsliga föräldrskapet vid ett gränsöverskridande surrogatarrangemang. Det är dock inte detsamma som att säga att det inte går att jämföra med Sveriges situation; oaktat om vi i framtiden vill tillåta surrogatmoderskap eller ej i Sverige finns det lösningar som vi kan inspireras av.

6 Analys

Syftet med uppsatsen har varit att redogöra för hur det rättsliga föräldraskapet fastställs i svensk rätt, och belysa hur det påverkar andra rättsområden, samt vad det får för konsekvenser för barn som tillkommit genom surrogatarrangemang.

- Hur fastställs det rättsliga föräldraskapet i Sverige?

6.1 Det rättsliga föräldraskapets begränsningar

De nuvarande svenska reglerna som påverkar surrogatmoderskap leder till att det är en lång och omständlig process för de sociala föräldrarna att bli registrerade som föräldrar i Sverige. När föräldraskapet väl är fastställt ska de få vårdnaden fastställd, vilket kan innebära att de får genomgå ännu en rättsprocess. Det finns också ett antal faktorer som påverkar utfallet, vilket gör att det för vissa av dem inte ens är möjligt att registreras som föräldrar till barnet.

Lagen om genetisk integritet reglerar när insemination och befruktning utanför kroppen får utföras i Sverige, vilket endast får ske om kvinnan som bär barnet är gift, sambo eller har en registrerad partner. Med anledning av att äggdonation tilläts blev det angeläget att klargöra vem som, i lagens ögon, ska anses vara barnets förälder. Resultatet av detta är att det i den nuvarande svenska regleringen gällande föräldraskap finns en moderskapspresumtion som innebär att kvinnan som föder barnet skall anses vara barnets moder oavsett om det finns en genetisk koppling mellan dem eller ej. Regeln infördes för att säkerställa att en äggdonator inte skulle kunna fastställas som barnets mor, och ur det perspektivet uppfyller den sitt syfte. För surrogatmoderskap har regeln den konsekvensen att det är surrogatmodern som är barnets rättsliga mor i svensk rätt, trots att hon inte ska behålla eller uppfostra barnet. Eftersom det saknas lagregler om hävandet av moderskap, och det troligtvis inte är möjligt att föra en negativ moderskapstalan när kvinnan som har fött barnet har registrerats som barnets moder (jfr NJA 2007 s. 684), så är presumtionen omöjlig att motbevisa. För den kvinna som ska vara barnets mor finns det då endast en möjlighet att skapa ett rättsförhållande mellan henne och barnet, vilket är att adoptera det. Det är dock inte helt självklart att det kan ske, utan beror på omständigheterna i det enskilda fallet.

Om den adopterande kvinnan är gift, och hennes make redan har fastställts som barnets far, kan hon genom en så kallad ”styvbarnsadoption” adoptera barnet. För att det ska ske krävs hennes makes samtycke, men om den har getts förvärvar de båda status som barnets rättsliga förälder, och gemensam

vårdnad om barnet. Vid en eventuell skilsmässa har de då båda möjligheter att begära umgänge med barnet, eller yrka på gemensam eller ensam vårdnad.

Adoptionen ska godkännas av domstol som prövar lämpligheten. Tillstånd får endast ges om det är till fördel för barnet, om den som vill adoptera har uppfostrat eller ämnar uppfostra barnet eller om det med hänsyn till det personliga förhållandet mellan sökanden och barnet är lämpligt att adoptionen äger rum. Det torde kunna hållas för troligt att domstolen i fråga om en adoption på grund av surrogatmoderskap skulle anse det lämpligt att den godkändes. Vi vet dock att domstolen inte har någon möjlighet att godkänna en adoption om den förälder som har vårdnaden om barnet inte ger sitt samtycke, även om det skulle vara så att barnet har ett genetiskt band med den förälder som vill adoptera.

Detta i sig utgör ett problem, eftersom det ger en av föräldrarna möjligheten att bestämma över den andre förälderns tillgång till det barn som de har skaffat gemensamt. Oavsett hur lagen ser på det så är den sociala verkligheten att det är ett barn som de båda har ansett sig vara föräldrar till, och att den ene då kan neka den andre är skadligt även för barnet. Effektivt leder det till att barnet berövas en förälder eftersom de inte kommer ha någon laglig rätt till varandra. Det, sett tillsammans med det faktum att gemensam adoption av ett barn endast är tillgänglig för gifta, leder till att jag måste ifrågasätta om adoptionsinstitutet är det lämpligaste verktyget för att lösa detta problem.

Jag återkommer nu till mitt uttalande om att det endast är s.k. styvbarnsadoptioner som kan användas när det gäller barn födda genom surrogatarrangemang. Sådana adoptioner prövas i en svensk domstol eftersom det gäller ett barn med svenskt medborgarskap som bor i Sverige. Detta svenska medborgarskap tillkommer förvisso barnet automatiskt när den sociala pappan har blivit fastställd som rättslig förälder, men barnet har redan innan fått ett svenskt medborgarskap på grund av Migrationsverket i dessa speciella situationer gör undantag från reglerna. Migrationsverket grund för att bevilja medborgarskap är dock den genetiska relationen, bevisat genom ett DNA-test, mellan barnet och den sociala pappan. Om detta band saknas är det möjligt att ett svenskt medborgarskap inte skulle beviljas för barnet. Det är oklart om det skulle vara möjligt för Migrationsverket att bevilja ett medborgarskap baserat på det genetiska bandet mellan barnet och den sociala modern.

Därmed finns det tre grupper som med säkerhet kan använda sig av detta förfarande: ensamstående män vars sperma används för att befrukta ägget; gifta par om maken donerar sin sperma; eller registrerade partners, förutsatt att man använder sperma från en av dem för att befrukta ägget. Om barnet inte kan få ett svenskt medborgarskap är det inte längre en nationell adoption, eftersom det inte är ett svenskt barn som adopteras av en svensk medborgare. Det är dock inte heller en utländsk adoption, eftersom det rör sig om ett statslöst barn. Trots att jag har undersökt saken har jag inte

kunnat finna något konkret svar på hur en sådan adoptionsprocess skulle gå till, eftersom internationella adoptioner kräver att ett annat land står som motpart och adopterar bort barnet. Såvitt jag kan finna reglerar svensk lagstiftning de situationerna att ett statslöst barn föds i Sverige, eller att ett statslöst barn anländer till Sverige under sin uppväxt. Barnet kan då få svenskt medborgarskap om barnets vårdnadshavare anmäler det, och det har botten i Sverige i tre år. Det torde dock vara omöjligt för barnets sociala föräldrar att bli erkända som barnets rättsliga vårdnadshavare under dessa omständigheter.

De barn som föds genom surrogatarrangemang i Sverige (se t.ex. NJA 2006 s. 505) är i en unik position att få åtminstone sin far registrerad som förälder vid födseln eller relativt snart därefter. Om surrogatmodern finns i Sverige kan den man som ska bli barnets pappa bekräfta att han är barnets far, och surrogatmodern kan godkänna bekräftelsen. Skulle kvinnan vara gift får även hennes man bekräfta den genetiska pappans faderskap. Det är en intressant aspekt, eftersom det effektivt föreligger ett veto för surrogatmoderns man. Rent teoretiskt har surrogatmodern och hennes man därigenom en chans att behålla barnet, om de skulle vilja det. Rent praktiskt torde detta dock hända ytterst sällan då större delen av alla surrogatarrangemang utförs utomlands, och då få surrogatmödrar ändrar sig och vill behålla barnet.

Bekräftelsen kan därefter godkännas av socialnämnden, och mannen kan registreras som barnets far. I teorin borde samma möjlighet föreligga även för barn födda genom surrogatmoderskap utomlands, men rättsfall pekar på att bekräftelser och vårdnadsavtal undertecknade utomlands överlag inte accepteras i Sverige. Det beror givetvis på att surrogatarrangemangen har utförts i länder vars myndighetsbeslut om t.ex. vårdnad inte vinner rättsverkan i Sverige (exempelvis Ryssland och Indien). Anledningen är troligtvis att dessa länder inte har tillträtt sådana konventioner rörande verkställighet och avgörande som Sverige har.

Att fastställa faderskapet genom en bekräftelse torde också vara det enda sättet för män som inte är genetiskt relaterade till sitt barn att registreras som pappa. Om faderskapet ska fastställas genom dom kan det endast göras om en genetisk undersökning visar att mannen ifråga är barnets far. Kravet på ett genetiskt band mellan barnet och mannen gäller inte i de fall där en kvinna har inseminerats med makens eller sambons samtycke – den som har lämnat samtycket ska då räknas som barnets far. Det är ett undantag från huvudregeln, och man har säkerligen valt att tillåta detta för att faderskap inte ska kunna fastställas för den som donerade sperman. Det finns uppenbara likheter mellan detta och surrogatmoderskap – genom att ägg- eller spermadonatorn inte kan registreras som föräldrar till barnet undviker man att rättsligt fastställa felaktiga familjeförhållanden. Surrogatmodern, precis som donatorn, är inte barnets tilltänkta förälder och det är inte till barnets fördel om han eller hon registreras som pappa eller mamma. Sedan föreligger det givetvis en stor skillnad mellan de två situationerna, även om

de är lika – att ”donera” en bebis är inte detsamma som att donera sperma eller ägg som eventuellt kommer att utvecklas till ett embryo.

Det är intressant att notera att man verkar bedöma föräldraskap olika för de två könen. Det är ganska naturligt att man för mannen väljer att basera faderskap på genetik, även om det är en något daterad syn på vad en familj är, men för kvinnan så trumfas genetik av biologi. Förklaringen är givetvis att det länge inte förelåg någon skillnad mellan de två, något som äggdonation har förändrat. Det är också ganska naturligt att man därför har valt biologi över genetik – det är onekligen troligare att den kvinna som föder ett barn som kommer ifrån ett donerat ägg ska agera som barnets mor snarare än den kvinna som donerade ägget. Genom att välja biologi över genetik i det fallet tillgodoser man barnets intresse av att ha en förälder, och beaktar den sociala realiteten framför den genetiska.

Idén om att man alltid vet vem som är moder, och att en möjlighet att fastställa någon annan som mor därför inte behövs, är vanligt förekommande även i andra rättskulturer. Fram till att äggdonation och surrogatmoderskap blev teknologiskt möjliga har det inte heller varit en konstig rättsprincip – för kvinnor som bär barnet själva men inte har fertila ägg är det en bra rättsprincip. Det fastställer det biologiska bandet framför det genetiska bandet. Det är surrogatmoderskapen som avviker från ”normala” moderskap eftersom det inte är den kvinna som föder barnet som ska vara barnets mor i framtiden. Vi kan dock se, baserat på ett antal olika rättssystem, att det finns sätt för Sverige att lösa denna problematik. Vi kan hjälpa minoriteten utan att påverka eller förfördela majoriteten.

6.2 Det rättsliga föräldraskapets följder

- Hur ser den svenska lagstiftningen ut rörande folkbokföring, medborgarskap och vårdnadshavandeskap?
- Hur relaterar dessa områden till det rättsliga föräldraskapet, och vilka följder får det för surrogatmoderskap?

Som jag har påvisat så finns det ett antal rättsverkningar kopplade till det rättsliga föräldraskapet som gör det önskvärt att barnets *de facto*-föräldrar så snart som möjligt också kan registreras som rättsliga föräldrar. I väntan på att det sker kan de sociala föräldrarna inte göra mycket.

Det svenska medborgarskapet är beroende av det rättsliga föräldraskapet eftersom det tilldelas utifrån ett slags härstamningsprincip. Om barnets mor är svensk medborgare får barnet automatiskt ett svenskt medborgarskap även om det är fött utomlands. Om endast barnets far är svensk medborgare kan barnet få ett medborgarskap om pappan ansöker om det. Utan ett svenskt medborgarskap riskerar ett barn fött av en surrogatmoder att bli statslöst – det finns en stor risk att landet det har fötts i inte betraktar det som sin medborgare. Om de tillämpar samma princip som Sverige, d.v.s. att medborgarskap tilldelas baserat på föräldrarnas medborgarskap, och landet

anser att de svenska medborgarna är barnets rättsliga föräldrar, så riskerar barnet att fastna i ett slags limbo. Det är givetvis inte önskvärt, och det är en av de följder som tydligast illustrerar nödvändigheten av att dessa problem uppmärksammas och åtgärdas.

Barn i Sverige måste ha en vårdnadshavare eller annan legal ställföreträdare. Att ha den rättsliga vårdnaden om barnet innebär inte bara en kompetens att beslut för barnets räkning eller föra dess talan. Det medför också en rätt och en skyldighet att uppfostra barnet och sörja för barnets personliga omvårdnad. Det är tillåtet för föräldrarna att avtala om vårdnaden som de vill, men det är just föräldrarna som ska göra det. Ett avtal som surrogatmodern och den sociala pappan har ingått innan han har fastställts som barnets far är inte giltigt, och kan inte verkställas. När hans rättsliga föräldraskap är fastställt ska vårdnadsavtalet godkännas av socialnämnden. Det framgår dock att socialnämnderna inte är alltför vana vid att hantera ärenden som har med surrogatmoderskap att göra, och det finns indikationer på att vissa av dem kan frångå regleringen för att hjälpa familjerna. Socialnämnden i Helsingborg kritiserades av JO för att de, utan att faderskapet var fastställt i dom, godkände ett avtal om fördelningen av vårdnaden. Beslutet grundades på det vårdnadsavtal och DNA-test som den sociala pappan medförde sig ifrån barnens födelseland, och Skatteverket registrerade den sociala fadern som vårdnadshavare (vilket de var tvungna till då socialnämnden godkänt avtalet) men inte som barnets rättslige far. JO riktade (helt korrekt) kritik mot socialnämnden eftersom de saknade laglig grund för sitt beslut. Det är inte möjligt för någon som inte är rättslig förälder att ingå ett avtal om vårdnad. Samtidigt har socialnämndens agerande baserats på att de ser, och erkänner, familjens sociala band till varandra, och har verkat för att dessa band ska få rättslig effekt.

Mycket talar för att de områden där det rent praktiskt föreligger problem är folkbokföringen och möjligheten att få den rättsliga vårdnaden om barnet. Det är förvisso inte tillrådligt att dra några generella slutsatser utifrån en handfull rättsfall från olika underrätter, men bristen på överklagande av Migrationsverkets beslut tyder starkt på att det inte utgör ett problem att erhålla ett svenskt medborgarskap. Det verkar inte heller vara något problem för de sociala föräldrarna att ge barnet samma efternamn som de har, även innan ett rättsligt föräldraskap har fastställts. Det är desto mer anmärkningsvärt med tanke på att det är Skatteverket som sköter folkbokföringsregistret, och att Skatteverket rent formellt inte accepterar den sociala faderns föräldraskap förrän det har fastställts i dom. Generellt verkar det inte heller föreligga några problem för den sociala pappan att få vårdnadsavtalet godkänt när han väl är barnets rättslige förälder.

Eftersom det bara finns ett känt rättsfall rörande adoption av makes barn (vid surrogatmoderskap) så är det svårt att säga hur utbrett detta problem är. Domstolen, som är den som godkänner nationella adoptioner, kan givetvis inte tumma på reglerna på samma sätt som en annan myndighet. Den är bunden att följa praxis, vilket innebär att den sociala modern inte får adoptera barnet om fadern (som är rättslig förälder och har den rättsliga

vårnaden om barnet) inte godkänner det eller tar tillbaka sitt godkännande. Bristen på rättsfall kan ju därför, till skillnad från bristen på rättsfall rörande medborgarskap, bero på att det är ytterst få gånger som en sådan situation som i NJA 2006 s. 505 uppstår. Även sådana situationer skulle dock kunna motverkas genom att tillåta att en moderskapstalan förs när surrogatarrangemang har använts.

Det är viktigt att barnet kan folkbokföras i Sverige, att föräldrarna kan avtala om vårnaden, och att det kan få svenskt medborgarskap. Ur en viss synvinkel kan det till och med te sig så viktigt att till exempel Skatteverkets vägran att acceptera genetiska undersökningar som underlag för att folkbokföra ett faderskap verkar onödigt byråkratiskt, med tanke på att DNA-test utgör grunden för fastställande av faderskap genom dom. Migrationsverkets motivering för att frångå reglerna och bevilja barnet svenskt medborgarskap är bland annat att föräldrarna har rätt att få hem sina barn, även om de inte formellt sett är deras barn än. Både barn och föräldrar skulle hamna i en ohållbar situation om de inte kunde resa tillbaka till Sverige.

Samtidigt är det inte praktiskt eller önskvärt att föräldrarna ska behöva förlita sig på en myndighets välvilja eller medlidande. En sådan ojämn tillämpning av rättsreglerna kan knappast vara till godo i längden i en rättsstat, där just frihet från godtycke är ett definierande drag. Migrationsverket har utarbetat en egen modell för att kunna hjälpa de barn födda genom surrogatmoderskap, men det betyder inte att andra myndigheter har eller kommer att göra det. De ska inte heller behöva frångå reglerna för att kunna hjälpa en familj att uppnå en rättslig verklighet som motsvarar deras sociala realitet. De svenska medborgare som får barn genom surrogatarrangemang använder sig av ett förfarande som den svenska lagstiftningen anser vara oetiskt. Om endast de vuxna inblandade hade fått stå för risken att inte kunna uppnå de önskade rättsliga effekterna hade det kunnat debatteras om en stat är moraliskt skyldig att hjälpa sina medborgare när de medvetet bryter mot reglerna. Eftersom det dock i alla högsta grad går ut över barnet så bör något slags undantag införas. Det blir också en märklig situation om, innan föräldraskapet har fastställts, barnet kan få svenskt medborgarskap, och pappan kan ges den rättsliga vårnaden om barnet, men den rättsliga familjerelationen inte kan folkbokföras.

6.3 Möjliga lagtekniska lösningar

- Vilka lösningsmodeller finns i andra länder, där surrogatmoderskap tillåts i olika former, som skulle kunna användas i svensk rätt för att lösa problemet med det rättsliga föräldraskapet?

Om Sverige även fortsättningsvis inte tillåter surrogatmoderskap finns det ett antal olika lösningar som skulle kunna användas för att åtgärda situationen. Ett specifikt undantag från moderskapspresumtionen skulle kunna införas för barn födda genom surrogatmoderskap. Antingen skulle det

kunna innebära att det finns en möjlighet att istället för surrogatmodern registrera den sociala modern som rättslig mor, eller så skulle det kunna låta sig göras genom att hävningsregler liknande de för hävandet av faderskap infördes.

Det senare alternativet är mycket försiktigare, och skulle behöva begränsas till att endast gälla vid surrogatmoderskap. Eftersom hävandet av faderskap bygger på det genetiska bandet mellan den sociala fadern och barnet innebär det i förlängningen att även motsvarande regler för hävandet av moderskap skulle behöva göra det. Då regeln om moderskapet till barn som tillkommit genom äggdonation införts specifikt för att ge det biologiska bandet större vikt än det genetiska skulle ett sådant undantag behöva vara skarpt avgränsat. Samtidigt har samhället ambitionen att rätt man registreras som barnets far, vilket i sammanhanget betyder den genetiskt besläktade fadern. Det är märkligt att inte samma intresse finns för att se till att rätt moder registreras, speciellt med tanke på att konsekvensen vid fullständiga surrogatmoderskap blir att surrogatmodern, som inte har några genetiska band med barnet, ändå anses vara barnets moder.

Det är också viktigt att komma ihåg att man genom att införa möjligheten att häva moderskap på samma villkor som faderskap inte hotar moderskapspresumtionen. Det är endast barnet eller den registrerade modern som skulle kunna föra en sådan talan. Det innebär att exempelvis den kvinna som donerat ett ägg som befruktats och burits av en annan kvinna endast skulle kunna häva presumtionen om hon har barnet i sin faktiska vårdnad, d.v.s. om det har rört sig om ett surrogatmoderskap. Vi skulle därmed närma oss Irland något, där den genetiska (och sociala) modern åtminstone vid inhemska surrogatmoderskap har en möjlighet att få sitt moderskap fastställt. Detta skulle dock tyvärr innebära att den situationen att situationen att ingen av de sociala föräldrarnas genetiska material har använts lämnas utanför. De sociala föräldrarna skulle inte ha någon möjlighet (utöver adoption) att få sitt föräldraskap rättsligt fastställt.

Det första förslaget skulle innebära att gå direkt emot moderskapspresumtionen, vilket förvisso skulle låta sig göras men kanske inte är strukturellt lämpligt. Om vi skulle införa möjligheten att redan från början registrera de sociala föräldrarna som barnets rättsliga föräldrar anser jag att det bör ske inom ramen för ett system som liknar det som finns i Israel.

Vid internationella adoptioner i Sverige måste adoptanterna först bli godkända av socialnämnden, och vi har ett speciellt organ som reglerar processen. Israel har en speciell myndighet som är till för att godkänna avtal om surrogatmoderskap innan de utförs, och utan det godkännandet blir det inte juridiskt giltigt. Jag föreslår en blandning av dessa system: en speciell myndighet, eller socialnämnden, ges uppgiften att godkänna från ansökningar svenska medborgare om att skaffa barn genom surrogatarrangemang. Det ger samhället mer kontroll över processen, och socialarbetare kan ställa vissa krav på de blivande föräldrarna för att avgöra

om de är lämpliga eller ej. Som i det israeliska systemet skulle det då innebära att de sociala föräldrarna inte får den rättsliga vårdnaden överförd förrän efter barnets födelse, när socialarbetaren godkänner det. Det är inte ett främmande koncept för oss – vi accepterar att faderskap kan fastställas genom en bekräftelse som godkänns av socialnämnden, och att socialnämnden kan bedöma om människor som önskar adoptera är lämpliga föräldrar. Fördelen med ett sådant förfarande är att vi möjliggör för sociala föräldrar utan genetiskt band till barnet att få statusen som rättslig förälder. Att vid surrogatmoderskap basera föräldraskapet på avsikt snarare än ett genetiskt band anser jag skulle tjäna barnets intresse; vid adoption av barn används redan detta tankesätt. Att jämföra surrogatmoderskap och adoption inom ramen för detta system skulle endast leda till att barnets faktiska föräldrar snabbare kan bli barnets rättsliga föräldrar. Det skulle också låta oss behålla vårt nuvarande system, där statusen som rättslig förälder överförs efter barnets födsel.

Det är tämligen osannolikt att samhällets åsikter har förändrats så mycket att en ändring från förbud till att tillåta kommersiellt surrogatmoderskap skulle vara motiverad. Om den tillsatta utredningen kommer fram till att någon form av surrogatmoderskap borde tillåtas i Sverige bör det bli den altruistiska formen av förfarandet. Det är min åsikt att det finns två olika regleringar som vi skulle kunna låta oss inspireras av i sådana fall. Om vi även i fortsättningen vill ha ett *ex post facto*-förfarande, vilket har avgörande fördelar när det gäller samhällets möjligheter att utöva kontroll över processen och bedöma de tilltänkta föräldrarnas lämplighet, bör det brittiska systemet övervägas. Det är i princip en ”fast-track adoption”, en adoptionsansökan som behandlas snabbare än en sådan vanligen skulle göra, och det kräver den biologiska moderns samtycke. Om altruistiska surrogatmoderskap skulle tillåtas i Sverige är det också lämpligt eftersom det inte bygger på att själva surrogatavtalet är giltigt, vilket ger myndigheterna en möjlighet att tillgodose även surrogatmoderns rätt. Om hon skulle ångra sig och välja att inte ge upp barnet finns det inget som kan göra avtalet verkställbart.

Den andra möjligheten är att se till Greklands system där surrogatavtal måste godkännas av domstolen innan surrogatmoderskapet inleds. Det finns två viktiga skillnader som gör att det är några steg längre ifrån vår position än det brittiska. Den första är att det rättsliga föräldraskapet inte överförs efter födseln. De sociala föräldrarna registreras som rättsliga föräldrar när barnet föds, om avtalet godkänns, och surrogatmodern anses aldrig vara barnets mor. Denna lösning innebär därmed att vi skulle skifta från ett *ex post facto*-förfarande till ett *ex ante*-förfarande. Den andra är att surrogatavtalet, när det har godkänts av domstolen, är giltigt och verkställbart. Surrogatmodern har därmed ingen rätt till barnet, något som är viktigt att beakta om nationella surrogatmoderskap ska tillåtas. En fördel är att själva kravet på en domstolsprocess för att avtalet ska tillåtas ger samhället en stor kontroll över hur surrogatmoderskapen går till, och en chans att bedöma de tilltänkta föräldrarnas lämplighet. Fördelarna med att det rättsliga föräldraskapet redan från födseln tillkommer de sociala

föräldrarna är avsevärda, eftersom de då redan från början likställs med vanliga föräldrar. Problemen med folkbokföring, barnbidrag och andra sociala förmåner skulle försvinna, eftersom de alla i förlängningen är konsekvenser av att det rättsliga föräldraskapet inte kunde överföras eller tog lång tid att överföra. Det liknar också förfarandet vid en adoption, eftersom det är domstolens godkännande av kontraktet som gör överföringen av det rättsliga föräldraskapet giltigt. Sammantaget anser jag dock att den engelska regleringen, som är mer försiktig, rimmar bättre med den svenska rättens syn på rättsligt föräldraskap.

Det är givetvis så att meningar kan gå isär rörande detta, eftersom en del säkert anser att det inte nödvändigtvis är dåligt om surrogatmodern kan tvingas att ge upp barnet, samtidigt som en del anser det motsatta. Det handlar då om moraliska ställningstaganden, eftersom båda sidor av diskussionen ser att en av parterna drabbas. Antingen tvingas surrogatmodern att ge upp det barn som hon har fött (men inte nödvändigtvis är genetiskt besläktad med), eller så tvingas de sociala föräldrarna att ge upp det barn som de sedan det blev till har sett som sitt. Det kan till och med vara deras genetiska barn som surrogatmodern eventuellt får behålla. Hur man i ett svenskt lagstiftningssammanhang ska ställa sig till detta om vi i framtiden skulle vilja tillåta surrogatmoderskap är en fråga som närmast får avgöras av våra samhälleliga värderingar. Oavsett vilken sida man menar har bäst rätt till barnet så anser jag att det som saknas, och det som bör vara avgörande för ett sådant beslut, är ett perspektiv om barnets bästa. Det är därför min åsikt att en lösning som tillåter altruistiskt eller kommersiellt surrogatmoderskap även bör innehålla en möjlighet för både de sociala föräldrarna och surrogatmodern att hävda en rätt till barnet. Därmed blir det upp till domstol att sedan pröva på vilket sätt barnets behov bäst skulle tillgodoses.

Vid valet av en lösning bör även den EU-rättsliga utvecklingen beaktas. EU-domstolen är mycket försiktiga på området, och valde att inte följa yttrandet av generaladvokat Kokott som föreslog att surrogatmodern och den beställande modern skulle jämföras vad gäller rätten till mammaledighet. Även om de hade dömt i enlighet med förslaget till avgörande så hade det enligt de uppställda rekvisiten endast utsträckt sig till sådana länder inom EU som redan tillät surrogatmoderskap. Det verkar finnas sympatier för de sociala föräldrarnas situation (se yttrandet av generaladvokat Wahl), men det leder inte till att EU-domstolen kommer att döma till deras fördel när det gäller rätten till sociala förmåner som härrör sig till föräldraskap. Det finns därmed goda möjligheter för Sverige att även i framtiden behålla förbudet mot surrogatmoderskap utan att hamna i konflikt med EU-rätten. Det faktum att det finns länder inom EU som tillåter surrogatmoderskap utgör i sig inget problem för ett fortsatt förbud: för att kunna skaffa barn genom ett surrogatarrangemang krävs att de sociala föräldrarna är medborgare i det landet. Det är inte heller surrogatmoderskap inom EU som är problematiskt i svensk rätt, eftersom t.ex. faderskaps- och vårdnadsbeslut tagna inom EU gäller i Sverige.

6.4 Sammanfattande reflektioner

Givetvis finns det annat som måste beaktas när lösningarna till dessa frågor diskuteras. Utöver EU-rätt får vi också ta hänsyn till eventuella internationella konventioner som kan påverkas, t.ex. barnkonventionen. Det finns även moraliska aspekter att uppmärksamma, som relaterar till alla inblandade. Ska man kunna beställa ett barn, och hur långtgående ska denna rätt vara? Möjligheten kan till exempel begränsas till endast de som av medicinska skäl inte kan skaffa biologiska barn, eller utvidgas till att omfatta kvinnor som väljer att inte genomgå en graviditet. Är det rätt att använda en annan kvinna för att få ett barn? Hur ska hon ersättas? Att bära ett barn innebär ju inte bara att surrogatmodern utsätter sin kropp för allt som en graviditet medför (t.ex. olika komplikationer som risken för förlossningsdepression, eller ärr efter kejsarsnitt), utan även att hon ger upp inkomst och tid.

En brännande fråga är hur man ska agera om de sociala föräldrarna skulle ångra sig efter att barnet har kommit till – det kan ju vara så att det visar sig att barnet har någon medfödd defekt eller sjukdom. I en sådan situation är det mycket möjligt att de sociala föräldrarna inte vill ta hand om barnet, samtidigt som surrogatmodern aldrig har haft för avsikt att vara barnets mor och därför inte vill behålla det. Barnet löper då en stor risk att vårdnaden om det tillfaller någon som inte önskade det.

Det är inte självklart vilket sätt som bäst skulle lösa de problem som jag i uppsatsen har visat på, men separat från frågan om surrogatmoderskapets vara eller icke vara finns det ett tydligt behov att ge de barn födda genom surrogatmoderskap rättsliga band som motsvarar deras sociala familjeband. Det är därför mycket upplyftande att utredningen om surrogatmoderskap i Sverige kommer att ta ställning till om det ska krävas en genetisk koppling mellan barnet och de tilltänkta föräldrarna vid assisterad befruktning, och om det behövs särskilda regler för de barn som tillkommit genom surrogatmoderskap utomlands. Som jag har påvisat med denna uppsats så är det frågor som behöver belysas och besvaras. Det är min förhoppning att denna framställning kan användas för vidare forskning, och i framtiden bidra med någon del av dessa svar.

Käll- och litteraturlförteckning

Källor

Tryckta källor

Kommittédirektiv

Dir. 2013:70 Utökade möjligheter till behandling av ofrivillig barnlöshet

Departementsserien

Ds. 2013:42 Utbetalning av barnbidrag och flerbarnstillägg

Statens offentliga utredningar

SOU 1997:116 Barnets bästa i främsta rummet

SOU 2011:51 Fortsatt föräldrar

Propositioner

Prop. 1987/88:160 Om befruktning utanför kroppen

Prop. 1997/98:7 Vårdnad, boende och umgänge

Prop. 2001/02:89 Ofrivillig barnlöshet

Prop. 2012/13:120 Folkbokföringen i framtiden

Övrigt offentligt material

2013/14:JO1, Justitieombudsmännens ämbetsberättelse

SMER rapport 2013:1, Assisterad befruktning – etiska aspekter

SÖ 1990:20, FN:s konvention om barnets rättigheter

Vägledning (Försäkringskassan), 2002:10

EU-rättsligt material

Generaldirektoratet för EU-intern politik, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, 2013

Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott av den 26 september 2013 i mål C-167/12

Förslag till avgörande av generaladvokat Nils Wahl av den 26 september 2013 i mål C-363/12

Hänvisade lagar och förordningar

Folkbokföringslag (1991:481)
Föräldrabalken (1949:381)
Föräldraledighetslagen (1995:584)
Lag (2001:182) om behandling av personuppgifter i Skatteverkets folkbokföringsverksamhet
Lag (2006:351) om genetisk integritet
Lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor
Lag (2001:82) om svenskt medborgarskap
Namnlagen (1982:670)
Socialförsäkringsbalken (2010:110)
Socialtjänstlagen (1980:620)

Elektroniska källor

http://www.svd.se/nyheter/inrikes/hagglund-inga-juridiska-problem-for-surrogatbarn_6921227.svd, hämtat den 11 april 2014
<http://www.migrationsverket.se/Privatpersoner/Bli-svensk-medborgare/Medborgarskap-for-barn/Barn-fott-utomlands-med-svensk-pappa.html>, hämtat den 23 april 2014
<http://hd.se/skane/2013/06/07/vaxande-antal-surrogatbarn-reser/>, hämtat den 23 april 2014

Litteratur

Bogdan, Michael: *Concise Introduction to Comparative Law*, Groningen 2013

Hessmark, Lars-Göran m. fl.: *Socialförsäkringsbalken: en kommentar, Avd. B, Familjeförmåner*, upplaga 2:1, Visby 2012

Kleineman, Jan: ”Rättsdogmatiskt metod”. I: *Juridisk metodlära* (red. Fredric Korling och Mauro Zamboni), Lund 2013

Ryrstedt, Eva: *Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar?*, Lund 2002

Saldeen, Åke: *Barn- och föräldrarätt*, 6:e upplagan, Uppsala 2009

Schiratzki, Johanna: *Barnrättens grunder*, Lund 2002

Singer, Anna: ”Mater semper certa est?”. I: JT 2006/07 nr 2, s. 424-431, 2006

Stoll, Jane: *Surrogacy arrangements and legal parenthood – Swedish law in a comparative context*, Uppsala 2013

Sverne Arvill, Ebba: *Adoption*, 2:a upplagan, Stockholm 2008

Wickström, Anita: *Familjerätten – en introduktion*, 3:e upplagan, Stockholm 2011

Rättsfallsförteckning

Förvaltningsrättsdomar

Faluns förvaltningsrätt, mål 5395-11

Stockholms förvaltningsrätt, mål 20516-12

Växjös förvaltningsrätt, mål 2345-12

Kammarrättsdomar

Kammarrätten i Jönköping, mål 1406-13

Kammarrätten i Sundsvall, mål 1465-13

Kammarrätten i Sundsvall, mål 3153-09

Försäkringsöverdomstolen

FÖD 1993:17

Regeringsrätten

RÅ 2006 ref. 73

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD protokollbeslut, 210-14

HFD 2012 ref. 31

Högsta domstolen

NJA 1986 s. 489

NJA 1995 s. 770

NJA 1997 s. 154

NJA 2006 s. 505

NJA 2007 s. 684

Internationella och utländska domstolar

High Court of Ireland Decisions

MR & Anor v An tArd Chlaraitheoir & Ors [2013] IEHC 91

Europeiska unionens domstol (EU-domstolen)

C-167/12 C.D mot S.T, ännu ej publicerat

C-363/12 Z mot Government department och Board of management of a community school, ännu ej publicerat

Bilaga A

Fullständig förteckning över de rättsfall jag har funnit, sammanställd från Karnovs och Infotorgs databaser. Alla har inte använts i uppsatsen.

1. T 14285-13, Södertörns tingsrätt, faderskapstalan. Bifalles.
2. T 7804-13, Södertörns tingsrättfaderskapstalan. Bifalles.
3. T 5479-13, Södertörns tingsrätt, faderskapstalan. Bifalles.
4. T 8999-12, Södertörns tingsrätt, faderskapstalan. Bifalles.
5. T 3770-11, Linköpings tingsrätt, vårdnadsmål. Fadern får ensam vårdnad.
6. T 2531-12, Västmanlands tingsrätt, vårdnadsmål. Fadern får ensam vårdnad.
7. T 6813-11, Nacka tingsrätt, vårdnadsmål. Fadern får ensam vårdnad.
8. T 5285-12, Stockholms tingsrätt, vårdnadsmål. Fadern får ensam vårdnad.
9. T 12624-12, Malmö tingsrätt, vårdnadsmål. Fadern får ensam vårdnad.
10. T 5214-13, Malmö tingsrätt, vårdnadsmål. Fadern får ensam vårdnad.
11. 17890-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, folkbokföring.
12. 20518-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, folkbokföring.
13. 20516-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, folkbokföring.
14. 11297-12, Förvaltningsrätten i Malmö, barnbidrag.
15. 5395-11, Förvaltningsrätten i Falun, barnbidrag.
16. 3153-09, Kammarrätten i Sundsvall, folkbokföring.
17. 1406-13, Kammarrätten i Jönköping, barnbidrag.
18. 1465-13, Kammarrätten i Sundsvall, barnbidrag.
19. NJA 2006 s. 505.
20. C-167/12 C.D mot S.T, ännu ej publicerat.
21. C-363/12 Z mot Government department och Board of management of a community school, ännu ej publicerat.