



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Sara Willman

Föräldraskapsregleringen vid insemination  
utanför den svenska vården  
Är den diskriminerande?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Jesper Blomberg

Termin: HT 2015

## Innehållsförteckning

Summary .....	4
Sammanfattning .....	5
Förkortningar.....	6
1 Inledning.....	7
1.1 Bakgrund .....	7
1.2 Syfte.....	7
1.3 Frågeställning .....	7
1.4 Avgränsningar .....	8
1.5 Metod.....	8
1.6 Material och forskningsläge .....	9
1.7 Disposition.....	10
2 Föräldraskapsregleringen i Sverige såvitt avser insemination utomlands eller i hemmet 11	
2.1 Föräldraskapets innebörd.....	11
2.1.1 Föräldraledighet och jämställdhetsbonus .....	11
2.1.2 Föräldrars underhållsskyldighet .....	11
2.2 Bakgrund till den ursprungliga regleringen av insemination .....	11
2.3 Faderskapspresumtionen .....	12
2.4 Fastställande av faderskap eller föräldraskap .....	12
2.5 Föräldraskap vid insemination vid svenskt sjukhus .....	13
2.6 Föräldraskap för heterosexuella par vid insemination utomlands eller i hemmet.....	13
2.7 Föräldraskap för samkönade par vid insemination utomlands eller i hemmet .....	13
2.7.1 Föräldraskap för homosexuella vid insemination i hemmet .....	13
2.7.2 Föräldraskap för homosexuella vid insemination utomlands.....	14
3 Barnets bästa .....	15
3.1 Allmänt om barnets bästa i svensk rätt .....	15
3.2 Barnets rätt till kunskap om sitt ursprung.....	15
3.3 Barnets rätt till två föräldrar .....	16
4 Diskrimineringsförbudet i 2 kap 12 § RF.....	17
5 Regleringen i EKMR.....	18
5.1 Margin of appreciation .....	18
5.2 Rätten till familjeliv enligt art. 8 EKMR.....	18
5.3 Diskrimineringsförbudet enligt art. 14 EKMR.....	18
5.3.1 Jämförbara situationer .....	18
5.3.2 Sexuell läggning som diskrimineringsgrund.....	19
5.3.3 Objektiv grund.....	21
5.4 Legitimt syfte.....	21

5.5	Proportionalitet .....	21
6	Analys.....	22
6.1	Analys av svensk rätt i förhållande till RF .....	22
6.2	Analys av svensk rätt i förhållande till EKMR.....	23
6.2.1	Jämförbara situationer .....	24
6.2.2	Konsekvenserna av den rättsliga regleringen.....	24
6.2.3	Margin of appreciation .....	25
6.2.4	Legitimitet, proportionalitet och objektiv grund .....	25
6.3	De lege ferenda.....	27
7	Slutsats .....	29
8	Käll- och litteraturförteckning.....	30

## SUMMARY

---

The purpose of the essay is to examine whether the Swedish regulation of parenthood through insemination outside of Swedish care is subject to the prohibition against discrimination in the instrument of government or European Convention on Human Rights (ECHR). As of now, regulations of parenthood differ based on the couple's sexuality when an insemination has taken place outside of Swedish care. Insemination is defined as the artificial introduction of semen in a woman with the aim to get pregnant. The insemination takes place either within Swedish care, foreign care or at home. When an insemination is carried out within Swedish care the partner of the mother can consent, thus being recognized as a parent to the child, regardless of the couple's sexuality.

However, should the insemination take place within foreign care or at home, only heterosexual couples have the possibility of consenting to parenthood. Homosexual couples are required to apply for adoption after the baby's birth in order for both partners to be recognized as parents. Since adopting a child is a lengthy process, homosexual couples lose both the opportunity of getting an equality-bonus and the security of knowing that the child has a second parent should complications occur during labor.

The prohibition against discrimination in the instrument of government does not apply retroactively. Since the regulation of parenthood was established prior to the regulation in the instrument of government, it does not fall within the prohibition's application.

In ECHR there is a margin of appreciation, making it possible to take nation interests into account. If a Swedish regulation is deemed discriminatory, the state has to justify the regulation by proving it is based on an objective ground and protects a legitimate interest.

The conclusion of the essay is that the regulation is likely to fall within the prohibition of discrimination in ECHR, but not in the instrument of government.

## SAMMANFATTNING

---

Syftet med uppsatsen är att utreda ifall föräldraskapsregleringen vid insemination utanför den svenska vården omfattas av diskrimineringsförbuden i regeringsformen (RF) respektive Europeiska Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). I dagsläget gäller olika föräldraskapsregleringar för hetero- och homosexuella par när en insemination skett utanför den svenska vården. Insemination innebär att en kvinna insemineras med spermier för att bli gravid. Antingen sker inseminationen inom den svenska vården, inom utländsk vård eller i privat regi. När den sker vid svenskt sjukhus kan partnern som inte insemineras, i såväl hetero- som homosexuella par, samtycka och därmed anses vara förälder.

Sker inseminationen utanför den svenska vården, alltså inom utländsk vård eller i hemmet, kan heterosexuella par samtycka. Homosexuella par kan istället bli föräldrar via adoption efter att barnet fötts. Eftersom adoptionen tar tid går paren miste om jämställdhetsbonus och tryggheten att veta att båda är föräldrar ifall något skulle hända den födande modern.

Diskrimineringsförbudet mot sexuell läggning i RF gäller inte retroaktivt. Då regleringen av föräldraskapet är äldre än bestämmelsen i RF faller den utanför diskrimineringsförbudets tillämpningsområde.

I EKMR finns det utrymme för de anslutna staterna att ta hänsyn till nationella intressen. Om en svensk reglering visar sig vara diskriminerande är det upp till staten att motivera att regleringen bygger på en objektiv grund och skyddar ett legitimt intresse.

Slutsatsen är att regleringen troligtvis faller inom diskrimineringsförbudet i EKMR, men inte i RF.

# FÖRKORTNINGAR

---

Art. – Artikel

EKMR – Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

FB – Föräldrabalken

HUDOC – Human Rights Documentation

Para. – paragraf

RF – Regeringsformen

SCB – Statistiska Centralbyrån

SOU – Statens offentliga utredningar

# 1 INLEDNING

---

## 1.1 BAKGRUND

En bekant delade med sig av att hon och hennes fru inte kunde bli vårdnadshavare till barnet de väntade efter en insemination i Danmark. De var oroliga för vem som skulle få vårdnaden ifall förlossningen slutade olyckligt och vad det skulle innebära för process för den kvarlevande maken att lyckas få vårdnaden. Problematiken väckte omedelbart mitt intresse. Jag insåg att det fanns fler situationer som kunde bli komplicerade för ett lesbiskt par som gör insemination utanför den svenska vården.

Med ”insemination utomlands” eller ”insemination i utländsk vård” menas att inseminationen sker inom vården i ett annat land än Sverige. En ”privat insemination”, ”insemination i privat regi” eller ”i hemmet” innebär att föräldern eller föräldrarna själva hittar en donator och genomför inseminationen, oftast med en spruta. Termen assisterad befruktning är en bredare term som omfattar flera behandlingar varav en av dem är insemination.

## 1.2 SYFTE

Syftet med uppsatsen är att utreda den rättsliga regleringen kring föräldraskap vid insemination utomlands eller i hemmet samt undersöka en eventuell diskrimineringsaspekt. Genom att kartlägga Sveriges lagstiftning på området vill jag undersöka lagstiftningens överensstämmelse med förbudet mot diskriminering i 2 kap 12 § Regeringsformen (RF) samt artikel 14 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter.

## 1.3 FRÅGESTÄLLNING

- Hur regleras föräldraskapet vid insemination på utländskt sjukhus respektive vid privat insemination i svensk rätt?
- Hur ser regleringen av diskrimineringsförbudet i 2 kap 12 § RF respektive artikel 14 Europeiska Konventionen om skydd för de Mänskliga Rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) ut?
- Är den rättsliga regleringen av föräldraskap vid insemination utomlands och i hemmet förenligt med diskrimineringsförbudet i 2 kap 12 § RF?
- Är svensk rätt kring föräldraskap vid insemination utomlands och i hemmet förenligt med diskrimineringsförbudet i art. 14 EKMR?

## 1.4 AVGRÄNSNINGAR

Jag kommer att ta avstamp i 1 kap 6 och 9 §§ Föräldrabalken (FB). Uppsatsen kommer att fokusera på homosexuella par bestående av två juridiska kvinnor<sup>1</sup> där den ena insemineras utomlands eller i hemmet. Av utrymmesskäl kommer uppsatsen varken att utreda alternativ till föräldraskap för homosexuella par bestående av två juridiska män eller andra former av assisterad befruktning.

Av samma anledning kommer jag i min redogörelse av föräldraskapets innebörd inte redogöra för de undantagsfall där föräldraskap inte motsvarar vårdnad om barnet.

Jag kommer inte heller att grundligt utreda vilka handlingar som omfattas av art. 8 EKMR, rätten till familjeliv, utan nöjer mig med att fastställa huruvida de relationer som är aktuella i min uppsats omfattas eller ej.

## 1.5 METOD

Min metod kommer inledningsvis att vara rättsdogmatisk, vilket innebär ett fastställande av hur en regel är utformad och hur den ska tillämpas.<sup>2</sup> Metoden lämpar sig väl till mina två första frågeställningar eftersom de syftar till att utreda en regels utformning och tillämplighet. De två andra frågeställningarna berör snarare huruvida en regel är bör utformas på ett annat sätt, men det finns i den rättsdogmatiska metoden ett utrymme för fristående argumentation och om nödvändigt en rättspolitisk bedömning. Den rättsdogmatiska metoden är alltså inte lika rigid som namnet antyder utan ställer höga krav på analytisk förmåga.<sup>3</sup> Av denna anledning fungerar den rättsdogmatiska metoden bra också för mina två sista frågeställningar.

Vid användningen av en rättsdogmatisk metod ska språkbruket visserligen vara vägledande, men det kan vara vilseledande varför tolkningsinstrument såsom förarbeten är viktiga.<sup>4</sup>

Den rättsdogmatiska metoden kommer att blandas med genusrättsvetenskap eftersom diskrimineringsförbuden måste ses i ett socialt sammanhang, inte minst i EKMR där utrymmet för nationella bedömningar och implementeringar är stort. Genusrättsvetenskapens utgångspunkt är att rätten ska ses i ett sammanhang och att den är socialt konstruerad.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Med juridiska kvinnor avses människor varför juridiska status är kvinna, begreppet inkluderar inte de som har man som juridiskt kön, men som identifierar sig med det kvinnliga könet.

<sup>2</sup> Kleineman, Jan: "Rättsdogmatisk metod". I: *Juridisk metodlära*, Lund 2013, s. 29.

<sup>3</sup> Kleineman a.a. s. 30.

<sup>4</sup> Kleineman a.a. s. 30.

<sup>5</sup> Svensson, Eva-Maria: "Genusrättsvetenskap och juridiska metoder". I: *Juridisk metodlära*, s. 281.



Genusrättsvetenskapen ser rätten som ett styrmedel, oavsett om det anges explicit i förarbetena eller inte, och en tolkning blir per automatik rättsskapande.<sup>6</sup>

Vid användandet av doktrin är källkritik av yttersta vikt. Uppsatsämnet jag har valt är ett debatterat ämne där många tydligt tar ställning varför det blir extra viktigt att undersöka källornas egenintressen.

## 1.6 MATERIAL OCH FORSKNINGSLÄGE

Utöver själva lagtexten kommer jag att använda mig av förarbeten, europadomstolsfall och doktrin. Aktuella förarbeten är dels de som behandlar föräldraskapet vid insemination av en kvinna i ett heterosexuellt par, det vill säga SOU 1983:42 och prop. 1984/5:2. Dels de förarbeten som behandlar frågan om insemination av en kvinna i ett homosexuellt förhållande, prop. 2004/5:137 och ds. 2004:19. I dessa förarbeten hänvisas till lagen (1984:1140) om insemination, en lag som blivit upphävd och till stor del ersatt med lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m. Min utgångspunkt kommer därför att vara att de hänvisningarna till lag om insemination numera också gäller lag om genetisk integritet m.m. Det är också den senare av de lagar jag kommer att hänvisa till.

På Hudoc har jag hämtat alla rättsfall jag har hittat angående homosexuellas rätt att bli föräldrar som rör art. 14 EKMR, diskrimineringsförbudet. Jag har därefter valt ut de som har haft närmst anknytning till mitt ämnesområde. Det innebär att jag uteslutit rättsfall om rätten till sitt biologiska barn och fokuserat på adoption i största allmänhet samt adoption av partners barn i synnerhet. Det är naturligtvis inte så att de fallen kan appliceras rakt av på frågan om föräldraskap för homosexuella vid insemination, men det går att göra analog tolkning.

Det finns omfattande doktrin i fråga om föräldraskap, vårdnad och diskriminering. Samtidigt saknas det doktrin som diskuterar skillnaderna i förutsättningarna för att bli förälder efter att ens partner blivit inseminerad utomlands eller i hemmet. En del av den doktrin som handlar om föräldraskap och vårdnad har ett par år på nacken och det är viktigt att ha i åtanke att såväl rätten som samhällsliga strukturer förändras. Trots detta tror jag att det finns många användbara delar av doktrinen, inte minst innebörden av föräldraskap och vårdnad. Även om det av litteraturen framgår att synen på barnets plats i samhället är under utveckling.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Svensson a.a. s. 282.

<sup>7</sup> Singer, Anna: *Föräldraskap i rättslig belysning*, Uppsala 2000, s. 26.

Under arbetets gång har jag hittat en handbok från socialstyrelsen som bygger på socialstyrelsens föreskrifter och allmänna råd i fråga om fastställande av faderskap. Den är en trovärdig källa som används i praktiken.

Det finns en artikel av Caroline Sörgjerd där hon ställer frågan om det finns en rätt att bli förälder. Sörgjerd är jurist på Familjens jurist och en trovärdig källa. De delar av hennes artiklar som är intressanta handlar främst om lagmotiven. Hon behandlar också frågan om ensamståendes rätt till insemination något jag inte kommer att beröra i min uppsats.

Det finns också flera debattartiklar på ämnet, men då de ofta behandlar den moraliska och inte den juridiska aspekten måste jag vara otroligt försiktigt ifall jag vill använda mig av dem.

## **1.7 DISPOSITION**

Uppsatsen inleds med en presentation av ämnet och varför ämnet är juridiskt intressant.

I avhandlingen kommer jag att klarlägga det aktuella rättsläget i Sverige. Jag kommer att redogöra för delar av föräldraledighetsregleringen, jämställdhetsbonus och föräldraskap eftersom det är områden där den gällande regleringen kan ha olika utfall beroende på det rör sig om ett hetero- eller homosexuellt par.

I kapitel 4 och 5 följer en presentation av diskrimineringsförbudet i 2 kap 12 § RF respektive art. 14 EKMR.

I analysen sammankopplas empirin från rättsläget i Sverige med de två diskrimineringsförbuden för att kunna analysera huruvida den svenska lagstiftningen är förenlig med diskrimineringsförbuden.

Slutsatsen får avrunda uppsatsen.

## **2 FÖRÄLDRASKAPSREGLERINGEN I SVERIGE SÅVITT AVSER INSEMINATION UTOMLANDS ELLER I HEMMET**

---

### **2.1 FÖRÄLDRASKAPETS INNEBÖRD**

Att vara juridisk förälder innebär i regel att man i enlighet med 6 kap 2 § FB är barnets vårdnadshavare och förmyndare. Att ha vårdnaden om ett barn innebär både skyldigheten och rätten att vårda samt uppfostra barnet. Vårdnadshavaren ansvarar för den dagliga omsorgen av barnets såväl psykiska som materiella behov.<sup>8</sup>

#### **2.1.1 Föräldraledighet och jämställdhetsbonus**

Enligt 1 § föräldraledighetslagen (1995:584) är det möjligt för både den som är vårdnadshavare och den som stadigvarande sammanbor samt är eller har varit gift med vårdnadshavaren att ta ut föräldraledighet. Det gör det är möjligt för gifta par som bor tillsammans att dela upp föräldraledigheten även om inte båda föräldrarna är vårdnadshavare.

Jämställdhetsbonusen regleras i lag (2008:313) om jämställdhetsbonus. Kortfattat innebär bonusen att Försäkringskassan betalar ut 50 kr extra per bonusdag, se 5 § lagen om jämställdhetsbonus. Bonusdagar är enligt 7 § lagen om jämställdhetsbonus dagar som tas ut av den förälder som tagit ut lägst antal dagar alternativt, om båda föräldrarna tagit ut lika många dagar, antalet dagar den ena föräldern har tagit ut. Av 3 § lagen om jämställdhetsbonus framgår att rätten till jämställdhetsbonus endast omfattar föräldrar som har gemensam vårdnad om barnet.

#### **2.1.2 Föräldrars underhållsskyldighet**

En del av ett fastställande av föräldraskap är att föräldern blir underhållsskyldig enligt 7 kap 1 § FB. Underhållsskyldigheten gäller också då föräldraskapet är fastställt, men föräldern inte är vårdnadshavare, se 7 kap 2 § FB. Det innebär att en förälder som inte är vårdnadshavare ändå har ekonomiskt ansvar för barnet och kan få betala underhållsbidrag.

### **2.2 BAKGRUND TILL DEN URSPRUNGLIGA REGLERINGEN AV INSEMINATION**

I 1 kap 5 § lag om genetisk integritet m.m. beskrivs insemination som införandet av spermier i en kvinna på konstlad väg. När insemination reglerades för första gången i Sverige identifierade den särskilda utredaren, bemyndigad av regeringen, två typer av insemination;

---

<sup>8</sup> Saldeen, Åke: *Barn- och föräldrarätt*, Uppsala 2005, s. 145.

makeinsemination och givarinsemination. I det förstnämnda fallet är det maken eller sambon som donerar spermier och i det sistnämnda är det annan donator.<sup>9</sup>

Anledningen till införandet av möjlighet till insemination är att andelen ofrivilligt barnlösa ökade samtidigt som möjligheterna till adoption minskade till följd av att ensamstående kvinnor fick ekonomin att ta själva ta hand om barn och användandet av preventivmedel ökade.<sup>10</sup>

Enligt den särskilda utredaren användes insemination inte i någon större utsträckning av ensamstående eller kvinnor i lesbiska parförhållande. Slutsatsen var att insemination skulle vara ett hjälpmedel för ofrivilligt barnlösa heterosexuella par och inte ett alternativ till naturlig befruktning. Detta motiverades bland annat med Europarådets bedömning att givarinsemination var en metod för att hjälpa en man och en kvinna som på grund av ofruktsamhet eller ärftlig sjukdom hos mannen inte kan eller bör få barn på ett naturligt sätt.<sup>11</sup>

### **2.3 FADERSKAPSPRESUMTIONEN**

Enligt 1 kap 1 § FB inträder en faderskapspresumtion om modern är gift med en man. Presumtionen innebär att maken ska anses vara far till barnet om presumtionen inte omkullkastats av att faderskapet hävs av domstol enligt 1 kap 2 § FB eller ifrågasätts enligt 2 kap 9 § FB.<sup>12</sup>

I praktiken innebär detta att det endast i undantagsfall krävs en faderskapsutredning för gifta heterosexuella par.

### **2.4 FASTSTÄLLANDE AV FADERSKAP ELLER FÖRÄLDRASKAP**

Faderskapet ska däremot utredas och fastställas om det inte följer av 1 kap 1 § FB, faderskapspresumtionen.<sup>13</sup> Det finns ett par regler för vad som ska läggas till grund för fastställande samt vem som kan fastställas som förälder. Dessa följer av 1 kap 2-9 §§ FB.

---

<sup>9</sup> SOU 1983:42 s. 63ff.

<sup>10</sup> SOU 1983:42 s. 55.

<sup>11</sup> SOU 1983:42 s. 68.

<sup>12</sup> Socialstyrelsen: *Att fastställa faderskap*, Stockholm 2005, s. 17f.

<sup>13</sup> Socialstyrelsen a.a. s. 17.

## **2.5 FÖRÄLDRASKAP VID INSEMINATION VID SVENSKT SJUKHUS**

Enligt lag om genetisk integritet m.m. ska en sambo, make eller maka samtycka till insemination av sin partner, se 6 kap 1 § lag om genetisk integritet m.m. I och med samtycket anses, enligt 1 kap 6 & 9 §§ FB, båda i relationen vara föräldrar.

En insemination enligt lag om genetisk integritet m.m. sker inom den svenska vården.

## **2.6 FÖRÄLDRASKAP FÖR HETEROSEXUELLA PAR VID INSEMINATION UTOMLANDS ELLER I HEMMET**

Oavsett om insemination skett inom den svenska vården, utomlands eller i hemmet har maken möjlighet att samtycka innan inseminationen i enlighet med 1 kap 6 § FB. Ett sådant samtycke innebär att mannen jämställs med en biologisk far när faderskapet fastställs. Det är inte möjligt för den som samtyckt att föra talan om att han inte är barnets far efter att barnet fötts.<sup>14</sup>

För heterosexuella sambor gäller vid samtycke samma regler som om barnet tillkommit vid samlag, se 1 kap 6 § FB. Det vill säga att faderskapet fastställs genom dom eller en bekräftelse som godkänns av Socialnämnden. Inte heller för sambor finns några krav på att inseminationen ska vara utförd på svenskt sjukhus, utan grunden för fastställelsen är mannens samtycke.<sup>15</sup>

## **2.7 FÖRÄLDRASKAP FÖR SAMKÖNADE PAR VID INSEMINATION UTOMLANDS ELLER I HEMMET**

Om två kvinnor som är gifta, har ingått partnerskap eller är sambor väljer att den ena ska bli gravid genom insemination är det bara kvinnan som bär på barnet som anses vara förälder i juridisk mening i Sverige. För båda kvinnorna ska bli föräldrar i juridisk mening krävs att partnern till den gravida kvinnan adopterar barnet efter det att barnet har fötts. En adoption kräver att paret har registrerat partnerskap eller ingått äktenskap.<sup>16</sup>

I detta fall är det möjligt både för den födande modern och hennes partner att välja att inte samtycka till respektive ansöka om adoption efter att barnet fötts.

### **2.7.1 Föräldraskap för homosexuella vid insemination i hemmet**

Anledningen till att regeringen har valt att det inte ska vara möjligt för en lesbisk partner att samtycka till en insemination som sker i hemmet och därmed bli förälder i juridisk mening vid

---

<sup>14</sup> Socialstyrelsen a.a. s. 48.

<sup>15</sup> Socialstyrelsen a.a. s. 49.

<sup>16</sup> Prop. 2004/05:137 s. 41ff.

barnets födsel är en undersökning från Statistiska Centralbyrån (hädanefter inseminationsformsundersökningen). Inseminationsformsundersökningen visar att 28 % av de som svarade att de ville ha barn helst ville genomföra inseminationen i egen regi. Enligt propositionen är donatorn ofta en bekant som ska en nära kontakt med barnet vilket skulle försvåra för homosexuella män att bli föräldrar.<sup>17</sup> Vidare menar regeringen att det skulle försvåra för barnet att få veta sitt ursprung.<sup>18</sup>

### **2.7.2 Föräldraskap för homosexuella vid insemination utomlands**

I propositionen framgår att regeringen varit mindre tveksam till att tillåta samtycke vid insemination utomlands, men slutsatsen blir att regeringen inte anser att sjukvården utomlands är lika reglerad som den i Sverige. Det kan bli svårt att avgöra vilka inseminationer som skett inom eller utanför ett annat lands sjukvård vilket skulle minska förutsebarheten och försvåra bedömningarna för Socialnämnden och domstolar.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> I min mening är det argument inte välmotiverat i förarbetena och jag är inte säker på vilket sätt regeringen menar att det skulle försvåra för homosexuella män att bli föräldrar.

<sup>18</sup> Prop. 2004/05:137 s. 44.

<sup>19</sup> Prop. 2004/05:137 s. 44.

## 3 BARNETS BÄSTA

---

### 3.1 ALLMÄNT OM BARNETS BÄSTA I SVENSK RÄTT

I FB har begreppet barnets bästa, som härstammar från art. 3 FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen), införlivats. Begreppet är luddigt, i förarbeten delas begreppet upp i en objektiv och en subjektiv del. Den objektiva delen rör vetenskap och beprövad erfarenhet medan den subjektiva innebär att barnet självt får redogöra för vad hen anser vara sitt bästa. Vilken del som har haft störst betydelse har varierat med tiden, men Europadomstolen har slagit fast att båda delarna ska beaktas.<sup>20</sup>

### 3.2 BARNETS RÄTT TILL KUNSKAP OM SITT URSPRUNG

I barnkonventionen finns i art. 7 en rätt för barn att så långt som det är möjligt få veta sitt ursprung. Barnkonventionen är inte antagen som svensk lag, men tankarna om barnets rätt till kunskap om sitt ursprung finns också i lagmotiven till föräldraskapsregleringen, t.ex. i prop. 1984/85:2.<sup>21</sup>

Om insemination sker enligt lag om genetisk integritet m.m. finns det ingen möjlighet att föra talan om faderskap mot spermadonatorn. När möjligheten till assisterad befruktning infördes 1984 var det inte självklart att en sådan talan inte skulle kunna föras. Å ena sidan kunde en möjlighet att föra talan om faderskap minska risken för okontrollerad verksamhet, å andra sidan skulle en okontrollerad verksamhet kunna bedrivas på ett sådant sätt att det inte skulle gå att spåra spermadonatorn. Slutsatsen blev att talan inte skulle kunna föras emot en spermadonator eftersom möjligheten till en sådan talan inte skulle ha någon verkan på den okontrollerade verksamheten.<sup>22</sup> Vidare ansåg regeringen att det inte kunde vara en fördel för barnet att en givare skulle kunna påtvingas ett faderskap.<sup>23</sup>

Den möjlighet till assisterad befruktning som infördes 1984 omfattade endast heterosexuella par varför frågan om talan om faderskap på nytt väcktes när möjligheten till assisterad befruktning utvidgades till att omfatta bland annat lesbiska par. Diskussionen omfattade också insemination av kvinna med sambo eller make som ej samtyckt, insemination enligt lag om genetisk integritet utan giltigt samtycke eller insemination av ensamstående kvinna i privat regi.

---

<sup>20</sup> Schiratzki, Johanna: *Barnrättens grunder*, Lund 2010, s. 30f.

<sup>21</sup> Prop. 1984/85:2 s. 15ff.

<sup>22</sup> Prop. 2004/05:137 s. 53.

<sup>23</sup> Prop. 1984/85:2 s. 14.

I dessa fall ansågs barnets bästa och barnets rätt till kunskap om sitt ursprung väga tyngre. Slutsatsen blev att om faderskap inte bekräftas och insemination inte har skett i enlighet med lag om genetisk integritet m.m. ska det fortfarande vara möjligt att föra talan om faderskap mot spermadonatorn.<sup>24</sup>

I 6 kap 5 § lag om genetisk integritet m.m. finns en rätt för barnet att ta del av en särskild journal som innehåller spermadonatorns uppgifter när det når tillräcklig mognad.

### **3.3 BARNETS RÄTT TILL TVÅ FÖRÄLDRAR**

Barnets rätt till två föräldrar är något som betonas i samband med regleringen av föräldraskap vid assisterad befruktning. Barnet kan inte efter insemination vid svenskt sjukhus föra talan om faderskap mot givaren och det har funnits ett motstånd mot att tillåta insemination av ensamstående. Anledningen till att detta betonas är att staten vill ge barnet en social och ekonomisk trygghet genom en princip om två föräldrar.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Prop. 2004/05:137 s. 53.

<sup>25</sup> Sörgjerd, Caroline: "Rätten att bli förälder – analys av reglerna om assisterad befruktning och adoption". I: *Svensk Juristtidning* 2012 s. 681ff.



## 4 DISKRIMINERINGSFÖRBUDET I 2 KAP 12 § RF

---

Det finns ett diskrimineringsförbud i RF som innebär att ett missgynnande av en minoritet i lag eller föreskrift är grundlagsstridigt. Varje form av särbehandling innebär inte ett missgynnande och gränsdragningen häremellan kan bli komplicerad.<sup>26</sup>

När sexuell läggning infördes som en diskrimineringsgrund i RF diskuterades huruvida det skulle läggas till ett undantag eftersom det inte kunde uteslutas att det redan fanns missgynnande bestämmelser i befintlig lag. Ett sådant undantag ansågs kunna urholka bestämmelsen varför övergångsbestämmelser infördes.<sup>27</sup> Övergångsbestämmelserna innebar att diskrimineringsförbudet i RF angående sexuell läggning endast skulle omfatta framtida regleringar.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Prop. 2009/10:80 s. 155.

<sup>27</sup> Prop. 2009/10:80 s. 156.

<sup>28</sup> Prop. 2009/10:80 s. 301f.

## 5 REGLERINGEN I EKMR

---

### 5.1 MARGIN OF APPRECIATION

*Margin of appreciation* handlar om att det inte går att identifiera ett uniformt Europa och att varje ansluten stat ska ha utrymme till att ta hänsyn till sociala och kulturella faktorer.<sup>29</sup> I praktiken innebär det att en stat måste ge adekvata skäl för att inskränka de mänskliga rättigheterna. Europadomstolen menar att den inte ska inta rollen som överinstans utan att utvärdera huruvida inskränkningen varit proportionell i förhållande till en legitim sak samt om åtgärderna varit relevanta och tillräckliga. De nationella domstolarna anses ha bättre underlag och Europadomstolen prövar bara konventionsenlighet.<sup>30</sup>

Något som ger en vidare *margin of appreciation* är om det inte finns någon konsensus bland de anslutna staterna. Om många stater har liknande lagstiftningar och har ratificerat samma dokument minskar det staternas utrymme för egna tolkningar.<sup>31</sup>

Vid tolkning av konventionen ska den ses som ett levande instrument vars innehåll utvecklas i takt med tiden och ska följa social utveckling.<sup>32</sup>

### 5.2 RÄTTEN TILL FAMILJELIV ENLIGT ART. 8 EKMR

För att diskrimineringsförbudet ska aktualiseras krävs att diskrimineringen rör en artikel i EKMR. Den artikel i EKMR som är aktuell är art. 8, rätten till familjeliv. En stabil parrelation mellan samlevande homosexuella faller inom rätten till familjeliv och kan vara fråga om diskriminering enligt art. 14 EKMR.<sup>33</sup> Det krävs inte att det föreligger något brott mot art. 8 EKMR för att diskrimineringsförbudet ska aktualiseras utan bara diskrimineringen rör en fråga som faller inom artikelns område.<sup>34</sup>

### 5.3 DISKRIMINERINGSFÖRBUDET ENLIGT ART. 14 EKMR

#### 5.3.1 Jämförbara situationer

Diskriminering kräver att det finns en jämförbar situation i vilken utgången blir olika till följd av en diskrimineringsgrund. Det innebär både att olikheterna ska vara jämförbara samt att det

---

<sup>29</sup> Cameron, Iain: *An introduction to the European Convention on Human Rights*, Uppsala 2001, s. 113.

<sup>30</sup> Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Stockholm, s. 56f.

<sup>31</sup> X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 149f.

<sup>32</sup> X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 139.

<sup>33</sup> X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 95.

<sup>34</sup> Danelius a.a. s. 549.

som efterfrågas ska vara samma sak.<sup>35</sup> I fråga om sexuell läggning kan det vara aktuellt att jämföra och se om olika läggningar innebär olika rättigheter. För att jämförbarhet ska föreligga så ska även relationens juridiska status vägas in. Att gifta par har andra rättigheter än sambor behöver inte vara diskriminerande, oavsett om homosexuella par får lov att gifta sig eller inte.<sup>36</sup>

### 5.3.2 Sexuell läggning som diskrimineringsgrund

För att det ska vara fråga om diskriminering, så som avses i art. 14 EKMR, måste det röra sig om en diskrimineringsgrund som omfattas av artikeln. Grunderna listade i artikeln är inte uttömmande. Europadomstolen har dömt i flera mål som handlar om diskriminering på grund av sexuell läggning.<sup>37</sup>

#### 5.3.2.1 *Gas and Dubois mot Frankrike*

Ett fall från Europadomstolen, *Gas och Dubois mot Frankrike*, rörde ett homosexuellt par där den ena partnern ville adoptera sin partners barn, efter att de fick avslag i Frankrike vände de sig till Europadomstolen.

Klaganden jämförde gifta heterosexuellas rätt att adoptera sin partners barn med sin egen situation. De menade att deras situation var likartad eftersom deras relation var jämförbar med att vara gifta även om homosexuella inte fick gifta sig i Frankrike. Domstolen konstaterade att det inte var jämförbart och att det var relationens rättsliga status som gjort att den ena partnern inte kunde adoptera partnerns barn.<sup>38</sup>

Det finns ingen skyldighet för anslutna stater att ha en nationell lagstiftning som tillåter äktenskap för homosexuella. Vidare finns det inget som hindrar att äktenskapet har en särskild status med särskilda rättigheter.<sup>39</sup> Om en stat inför registrerat partnerskap så åtnjuter den en *margin of appreciation* i fråga om partnerskapets rättsliga status.<sup>40</sup>

#### 5.3.2.2 *X m.fl. mot Österrike*

Även detta mål handlade om ett homosexuellt par där den ena partnern ville adoptera sin partners barn. Normalt krävde adoption att ett par var gifta, men adoption av partnerns barn var ett undantag där samboskap var tillräckligt. Problemet var att Österrikisk lag var konstruerad på så sätt att en sådan adoption skulle ha inneburit att den kvinnliga föräldern förlorade sitt rättsliga band till barnet. Enligt Österrikisk lag kunde inte en kvinna adoptera utan att barnet

---

<sup>35</sup> Danelius a.a. s. 550.

<sup>36</sup> Gas och Dubois mot Frankrike, no. 25951/07, ECHR 2012, para. 68.

<sup>37</sup> E.B. vs. Frankrike, Hudoc.

<sup>38</sup> Gas och Dubois mot Frankrike, no. 25951/07, ECHR 2012, para. 69.

<sup>39</sup> Gas och Dubois mot Frankrike, no. 25951/07, ECHR 2012, para. 68.

<sup>40</sup> Gas och Dubois mot Frankrike, no. 25951/07, ECHR 2012, para. 65.

förlorade sitt rättsliga band till sin mamma. Det var däremot möjligt för en förälder att behålla sitt rättsliga band till barnet om partnern var av motsatt kön.<sup>41</sup>

Österrike lutade sig till stor del på *Gas och Dubois mot Frankrike*, men europadomstolen kom fram till att det inte var fråga om samma omständigheter. Europadomstolen har fastslagit att ett gift par och ett ogift par inte befinner sig i jämförbara situationer och att det därför inte är diskriminerande att gifta har andra möjligheter än ogifta.<sup>42</sup> I *X m.fl. mot Österrike* var det däremot så att även ogifta heterosexuella par kunde adoptera sin partners barn. Det gick visserligen inte att jämföra klagandens situation med gifta pars situation, men den gick att jämföra med ogifta heterosexuella pars situation. Österrike hade inte heller argumenterat för att det fanns en särskild rättslig status för heterosexuella par, utan bekräftade att situationerna var jämförbara.<sup>43</sup>

Diskrimineringsförbudet hindrar nationella lagar från att vara diskriminerande om de inte har ett legitimt och objektiva syfte.<sup>44</sup> Det vill säga att lagstiftning som faller under någon av rättigheterna i EKMR endast i undantagsfall får vara diskriminerande även om den nationella lagstiftningen går längre än vad som krävs enligt EKMR.<sup>45</sup>

Den österrikiska lagstiftningen fick effekten att homosexuella par inte kunde adoptera sin partners barn utan att det rättsliga bandet till den andra partnern bröts. Medan heterosexuella par kunde adoptera sin partners barn utan att det rättsliga bandet till föräldern bröts. Detta berodde på att lagstiftningen bara tillät en mamma och en pappa per barn. Det krävdes visserligen en prövning för att en sådan adoption skulle kunna ske, men domstolen konstaterade att en sådan prövning inte skett eftersom de nationella domstolarna konstaterat att en sådan prövning skulle vara lönlös.<sup>46</sup>

Ensamstående homosexuella fick adoptera och ifall de ingått i registrerat partnerskap krävdes partnerns samtycke. Domstolen tyckte att det innebar att Österrike accepterade att ett barn växer upp i en familj med samkönade föräldrar.<sup>47</sup>

Återigen förtydligar europadomstolen att det inte nödvändigtvis är diskriminerande att ha en lagstiftning som innebär att homosexuella inte kan adoptera sin partners barn, men att Österrike

---

<sup>41</sup> X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 114.

<sup>42</sup> Gas and Dubois mot Frankrike, no. 25921/07, ECHR 2012, para. 68.

<sup>43</sup> X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 112.

<sup>44</sup> X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 98.

<sup>45</sup> X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 135.

<sup>46</sup> X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 122ff.

<sup>47</sup> X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 144.

har bevisbördan för att visa att den diskriminerande lagstiftningen är legitim, har ett objektivt syfte samt att åtgärden är proportionerlig.<sup>48</sup> *Margin of appreciation* blir större om det inte finns en konsensus bland medlemsstaterna. Någon konsensus i fråga om homosexuellas adoption av sin partners barn finns inte och det innebär att det inte finns någon generell rätt för homosexuella att adoptera sin partners barn. Däremot innebär det inte att alla former av diskriminerande lagstiftning i frågan är tillåten.<sup>49</sup>

### 5.3.3 Objektiv grund

Om det finns en objektiv och godtagbar grund innebär särbehandlingen inte att det är fråga om diskriminering. Det kan vara fråga om formella grunder eller att staten har en annan grund för sin handling. Bevisbördan för att beslutet vilar på en objektiv grund ligger på staten.<sup>50</sup>

## 5.4 LEGITIMT SYFTE

För att en diskriminerande lagstiftning ska vara tillåten enligt EKMR krävs att staten skyddar legitima syften. Europadomstolen har konstaterat att det är legitimt att skydda kärnfamiljen bestående av en mor och en far.<sup>51</sup> Samtidigt har europadomstolen upprepade gånger konstaterat att det krävs synnerliga skäl för att en stat ska kunna rättfärdiga missgynnande särbehandling på grund av sexuell läggning.<sup>52</sup>

## 5.5 PROPORTIONALITET

Proportionalitetsprincipen är något som genomsyrar hela EKMR. Åtgärder som i sig är konventionsenliga kan bli konventionsstridiga om de är för långtgående. Åtgärder ska vara rimliga i förhållande till intresset de försöker skydda.<sup>53</sup> Domstolen tittar då på vilka åtgärder som vidtagits, om det hade funnits alternativa åtgärder, hur de har implementerats och om det finns något skydd som kan kompensera för inskränkningen.<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 142.

<sup>49</sup> X. m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 149.

<sup>50</sup> Danelius a.a. s. 551.

<sup>51</sup> X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013, para. 138.

<sup>52</sup> Gas och Dubois mot Frankrike, no. 25951/07, ECHR 2012, para. 59.

<sup>53</sup> Danelius a.a. s. 57.

<sup>54</sup> Cameron a.a. s. 112.

## 6 ANALYS

---

Det är skillnad på att upplevd diskriminering och diskriminering i juridisk mening. Enligt gällande rätt i Sverige finns det former av särbehandling som är tillåtna och det är viktigt att särskilja gällande rätt och politisk ståndpunkt. Båda aspekterna kan givetvis vara av intresse, men det måste tydligt framgå när det är fråga om diskriminering i juridisk mening.

### 6.1 ANALYS AV SVENSK RÄTT I FÖRHÅLLANDE TILL RF

Eftersom särbehandling är tillåtet enligt 2:12 RF måste jag avgöra huruvida särbehandlingen innebär ett missgynnande av en minoritet. När det kommer till sexuell läggning får heterosexuella anses vara i majoritet, medan homosexualitet får anses vara i minoritet. Frågan om huruvida det rör sig om ett missgynnande är mer komplicerad.

I förevarande fall går homosexuella par som gör insemination utanför den svenska vården miste om såväl jämställdhetsbonus som tryggheten i att ge barnet två vårdnadshavare utifall till exempel förlossningen skulle sluta illa. Ett av skälen regeringen har angett för särbehandlingen är att sjukvården utomlands inte är lika kontrollerad som i Sverige. Det skulle då vara svårare för socialnämnden att avgöra huruvida insemination skett inom eller utom vården. Eftersom regeringens argument bygger på att det är viktigt att kunna avgöra när en insemination skett privat väljer jag att gå vidare med att analysera föräldraskapet vid privat insemination.

Vid insemination i hemmet är ett av argumenten att homosexuella skulle ha en annan livsstil och därför vara mer benägna att välja privat insemination med en givare som är tänkt vara involverad i barnets uppväxt. Detta baseras på inseminationsformsundersökningen där resultatet visar att 28 % av de deltagande skulle välja en privat insemination även om möjligheten till insemination fanns i den svenska sjukvården. Anledningen till att detta är av betydelse är att regeringen menar att det då kan finnas större anledning att bibehålla möjligheten för givaren att bli vårdnadshavare. Det framgår inte av propositionen ifall de deltagande fick ange varför de skulle välja privat insemination eller om det finns en motsvarande undersökning för heterosexuella.

Återigen innebär regleringen en stor nackdel för homosexuella par. Det finns i detta fall en undersökning och det är möjligt att inseminationsformsundersökningen utrett att fler homosexuella än heterosexuella par föredrar privat insemination. I fall det skulle visa sig att det inte finns någon reell skillnad i val av familjekonstellation mellan homo- och heterosexuella par finns det inte heller någon anledning att särbehandla. Skulle det däremot vara så att det finns

skillnader vid val av var insemination ska genomföras får man fråga sig om det rör sig om så pass stora skillnader att det rättfärdigar den nuvarande regleringen. Om procentsatsen från SCB stämmer innebär det att 72 % av alla homosexuella par som väljer insemination inte skulle föredra insemination i privat regi.

Frågan om regleringen kring föräldraskap vid insemination omfattas av diskrimineringsförbudet avgörs i dagsläget otvivelaktigt av att bestämmelsen i RF inte gäller retroaktivt. Reglerna om föräldraskap vid insemination är betydligt äldre än bestämmelsen om sexuell läggning som grund i diskrimineringsförbudet och att regleringen därför inte strider mot diskrimineringsförbudet. Vid införandet av sexuell läggning som diskrimineringsgrund i RF konstaterade regeringen att det var mycket möjligt att det redan fanns lagstiftning som missgynnade en minoritet. Eftersom lagstiftningen om homosexuella pars rätt till insemination kom bara ett par år tidigare skulle det vara anmärkningsvärt om regeringen inte hade bland annat denna lagstiftning i åtanke.

Min åsikt är också att en övergångsbestämmelse som gäller tills vidare egentligen inte är en övergångsbestämmelse eftersom regeringen inte har som mål att bestämmelsen ska upphöra. Jag tycker att detta urholkar utökningen av diskrimineringsförbudet. Det borde ha funnits ett slutdatum för övergångsbestämmelsen efter vilken diskriminerande lagstiftning skulle upphöra att gälla alternativt skulle gällande lagstiftning ha utretts för att i så stor utsträckning som möjligt eliminera diskriminerande effekter i samband med att diskrimineringsförbudet började omfatta sexuell läggning.

## **6.2 ANALYS AV SVENSK RÄTT I FÖRHÅLLANDE TILL EKMR**

I *Gas och Dubois mot Frankrike* rörde det sig om ett ogift homosexuellt som inte åtnjöt samma rättigheter som ett gift heterosexuellt par. En jämförelse med den svenska lagstiftningen ger att i Sverige gör lagstiftningen skillnad på såväl gifta hetero- och homosexuella par som sammanboende hetero- och homosexuella par. Det är alltså inte relationens juridiska status som är avgörande i fråga om föräldraskap utan endast parens sexuella läggning. Med det i åtanke kan domslutet i *Gas och Dubois mot Frankrike* inte legitimera särbehandlingen i svensk lagstiftning.

Omständigheterna i *X m.fl. mot Österrike* liknar till viss del den svenska lagstiftningen. En viktig likhet är att det även i den svenska lagstiftningen är tillåtet för sambor att samtycka till insemination och därmed bli vårdnadshavare båda två. Det finns dock flera skillnader, den mest

uppenbara är kanske att frågan i Sverige rör samtycke till insemination och möjligheten för båda i parrelationen att bli föräldrar vid barnets födsel istället för rätten till adoption.

Sverige har en lagstiftning som ger ett högre skydd för rätten till familjeliv än vad som krävs av EKMR, men det påverkar inte bedömningen av huruvida lagstiftningen omfattas av diskrimineringsförbudet.

### **6.2.1 Jämförbara situationer**

Det första som måste utredas är huruvida det finns jämförbara situationer. Inledningsvis kan jag konstatera att det inte är fråga om någon skillnad i relationens rättsliga status. Tvärtom föreligger skillnaden oavsett om ett homosexuellt par är gift eller ej. I praktiken innebär det att ett heterosexuellt sambopar har större rättigheter vid insemination utanför svensk vård än ett gift homosexuellt par.

I fråga om samlevande samt gifta homosexuella par får deras situation anses jämförbar med samlevande respektive gifta heterosexuella par. Svensk lagstiftning har inte gett heterosexuella samborelationer någon särskild rättslig status utan hetero- och homosexuella samborelationer får anses vara likvärdiga. Det är i Sverige möjligt för homosexuella att gifta sig, men det är inte på de formella kraven möjligheten att samtycka faller.

I min mening är situationerna jämförbara vilket jag tycker framgår tydligt av både *Gas och Dubois mot Frankrike* och *X m.fl. mot Österrike*.

### **6.2.2 Konsekvenserna av den rättsliga regleringen**

Den rättsliga regleringen av föräldraskap vid insemination vid utländskt sjukhus eller i hemmet innebär ett antal nackdelar för lesbiska par. En förlossning kan innebära komplikationer som den födande modern inte överlever. Ett sådant scenario innebär att barnet föds helt utan föräldrar. Den efterlevande partnern behöver då gå igenom en adoptionsprocess, och därmed en lämplighetsbedömning, samtidigt som det är troligt att en sorg ska bearbetas. Dessutom kan det vara så att den efterlevande partnern av olika anledningar väljer att inte adoptera barnet, barnet förblir då föräldralöst.

Även om lämplighetsbedömningen är till för att säkerställa att barnet får det bra så kan den upplevas som inkräktande, inte minst eftersom de flesta föräldrar kan ta sitt föräldraskap för givet. Skillnaden ligger i att staten har ett större ansvar när staten ska välja en förälder. Samtidigt finns det heterosexuella par som befinner sig i samma situation och som inte behöver genomgå en lämplighetsbedömning.



Dessutom kräver en adoption att paret är gifta. Det vill säga att det ställs högre rättsliga krav på homosexuellas relationer än på heterosexuellas.

När barnet sedan är fött har lesbiska par som gjort insemination utomlands eller i privat regi visserligen möjlighet att dela på föräldradagar, men endast om förutsättningarna i 1 § Föräldradighetslagen är uppfyllda. Dessutom tar en adoption så lång tid att de går miste om jämställdhetsbonusen.

Det finns möjlighet för både homo- och heterosexuella par att göra insemination vid svenskt sjukhus. Då gäller samma regler och partnern kan samtycka till insemination förutsatt att man är gift eller sambo. Regleringen ger alltså en möjlighet för lesbiska par att skaffa barn genom insemination utan att riskera någon av nackdelarna som följer med att inte båda anses vara föräldrar när barnet föds. Anledningarna till att par, hetero- såväl som homosexuella, ändå väljer insemination utomlands eller i hemmet är flera. Det kan vara så att ett par upplever väntetiden i Sverige som lång och insemination utomlands som dyrt, då kan en insemination i hemmet vara att föredra. Oavsett anledning har homosexuella inte samma möjligheter till föräldraskap vid insemination utanför den svenska vården som heterosexuella par.

### **6.2.3 Margin of appreciation**

*Margin of appreciation* är ett sätt att låta staterna implementera EKMR på sitt sätt, det innebär en frihet och flexibilitet. Hur stor *margin of appreciation* är påverkas av vilket intresse som ska skyddas. Det finns också visst utrymme för staterna att bestämma vilka intressen som är värda att skydda.

När det kommer till diskriminering på grund av sexuell läggning framgår av *X m.fl. mot Österrike* att *margin of appreciation* är liten. Det råder troligtvis inte någon konsensus i fråga om föräldraskap för homosexuella vid insemination, med tanke på att det inte råder någon angående adoption av sin partners barn. Det utökar *margin of appreciation* vilket innebär att Sverige inte har en skyldighet att tillåta samtycke vid insemination. Däremot innebär det inte att utrymmet för en diskriminerande lagstiftning utan objektiv grund ökar.

### **6.2.4 Legitimitet, proportionalitet och objektiv grund**

Det som kvarstår att utreda är huruvida den rättsliga regleringen har legitimitet, är proportionell och om särbehandlingen vilar på en objektiv grund. För att diskrimineringen ska kunna rättfärdigas krävs att det finns ett skyddsvärt intresse. Regleringen i Sverige rättfärdigas i förarbetena med att fler homosexuella än heterosexuella väljer en alternativ

familjekonstellation samt att utländsk vård inte är tillräckligt reglerad för att säkerställa barnets rätt till kunskap om sitt ursprung.

Bevarandet av kärnfamiljen är, enligt Europadomstolen, ett skyddsvärt intresse. Dessutom tror jag att en möjlighet för barnet att få ett rättsligt band till en biologisk pappa är ett skyddsvärt intresse framförallt i de fall där pappan är involverad i uppfostran. Det är dock så att bevisbördan ligger på staten.

Angående att vården inte skulle vara tillräckligt reglerad utomlands för att säkerställa barnets rätt till kunskap om sitt ursprung är det möjligt att det är riktigt. Även om det kanske är svårt att visa på kan Sverige argumentera att de åtminstone inte kan säkerställa att barnets rätt tillgodoses.

Det framgår inte av förarbetena att inseminationsformsundersökningen, som regeringen har till stöd för att inte tillåta samtycke vid insemination i hemmet för lesbiska par, även besvarats av heterosexuella par. Med det menar jag att staten inte visat att det föreligger någon skillnad i föredragna familjekonstellationer mellan homo- och heterosexuella par. Det är möjligt att en sådan skillnad finns, men det är ändå en väsentlig del (över 70 %) av de tillfrågade homosexuella paren som inte skulle föredra insemination i hemmet. Av förarbetena framgår inte heller hur stor andel av paren som skulle föredra insemination i hemmet som skulle vilja att spermagivaren var en involverad förälder. För att det ska finnas en objektiv grund krävs att det finns ett samband mellan inseminationsformen och den tänkta familjekonstellationen. Det är fullt möjligt att vilja att spermadonatorn är involverad förälder och ändå välja insemination utomlands.

Något att ta hänsyn till är om lagstiftningen erbjuder kompensation eller alternativ. Någon kompensation finns inte, men det är möjligt för den part som inte inseminerats att ansöka om adoption av sin partners barn. Det är alltså fullt möjligt för homosexuella par att bli föräldrar till barnet, men det tar längre tid. Å andra sidan vill jag jämföra detta med europadomstolens uttalande i *X m.fl. mot Österrike* där de menar att Österrike redan accepterar att barn växer upp i familjer med samkönade föräldrar och att det talar emot legitimiteten i den diskriminerande regleringen. Samma argument kan användas mot den svenska lagstiftningen. Dessutom har den nuvarande regleringen nackdelar som inte kompenseras av en senare möjlighet till föräldraskap samtidigt som de intressen staten vill skydda inte skyddas.

Vid en eventuell prövning i Europadomstolen är det möjligt att regeringen framför fler skäl, det är därför svårt att dra slutsatsen att regleringen omfattas av diskrimineringsförbudet i art. 14

EKMR. Utifrån de argument som regeringen hittills framfört framstår regleringen, enligt mig, sannolikt som diskriminerande.

### **6.3 DE LEGE FERENDA**

Det är fördelaktigt att ha samma regler för privat insemination och insemination utomlands då inseminationsformen inte nödvändigtvis hänger samman med den tänkta familjekonstellationen. Det kan finnas fler anledningar att homosexuella par ändå skulle föredra insemination i hemmet framför insemination i svensk sjukvård, till exempel att de slipper utredning och väntetid. Som jag konstaterat är det dessutom möjligt att göra en insemination utomlands och ändå ha en spermadonator som involverad förälder.

Regleringen av föräldraskap vid insemination utomlands eller i hemmet borde därför justeras så att den innebär en likabehandling av hetero- och homosexuella par, men förblir samma för privat insemination och insemination utomlands. Antingen innebär det att det blir möjligt för homosexuella par att samtycka eller att den möjligheten tas bort för heterosexuella par.

Det som talar för det första alternativet är att barnet säkerställs två föräldrar, något som också innebär en ekonomisk trygghet för barnet. Barnets rätt till kunskap om sitt ursprung minskar eftersom barnet inte kommer att ha samma möjlighet att få veta sitt ursprung som när inseminationen sker vid svenskt sjukhus. Samtidigt kan jag tycka att det vid insemination utanför den svenska vården alltid kommer att vara svårt att tillgodose barnets rätt till kunskap om sitt ursprung oavsett föräldraskapsreglering. Detta går att jämföra med regeringens lagmotiv vid införandet av assisterad befruktning där de konstaterade att den okontrollerade verksamheten inte skulle påverkas av en möjlighet att föra talan mot spermadonatorn.

Utan att ha utrett barnets bästa tror jag att det ligger i barnets intresse att säkerställas två föräldrar som båda har en underhållsskyldighet. Samtidigt skulle en ändring av regleringen kanske innebära att fler homosexuella skulle välja andra inseminationsformer än vid svenskt sjukhus eftersom det inte skulle innebära samma fördel längre. Därmed skulle barnets möjlighet till kunskap om sitt ursprung ytterligare minska, men sådan är situationen redan för barn till heterosexuella par.

Skulle lagstiftaren ändå vilja ha olika regler för föräldraskap vid privat insemination och insemination utomlands skulle lagstiftaren kunna lägga bevisbördan för hur inseminationen genomförts på paren.

Oavsett om den svenska regleringen strider mot EKMR eller inte tycker jag inte att regeringen motiverat att den fyller den tilltänkta funktionen. Det är tveksamt om regleringen innebär att barnets bästa tillgodoses och det finns inget som säkerställer att barnet har större möjligheter att få veta sitt ursprung. I min mening är lagstiftningen diskriminerande och det saknas skäl som rättfärdigar den.

## 7 SLUTSATS

---

Lagstiftningen innebär en tydlig nackdel för homosexuella par som gör insemination utomlands eller i privat regi. Att särbehandlingen inte omfattas av 2:12 RF får anses klart, men diskrimineringsförbudet i art. 14 EKMR lämnar mer utrymme för diskussion. Eftersom regeringen i sina förarbeten angett bristfälliga skäl måste jag ändå sluta mig till att regleringen är diskriminerande på ett sådant sätt att den omfattas av art. 14 EKMR. Slutsatsen drar jag med en liten reservation för att regeringen skulle kunna framföra fler skäl vid eventuell prövning i Europadomstolen.

## 8 KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

---

### Källor

#### Tryckta källor

*Sveriges författningssamling (SFS)*

SFS 1949:381 *Föräldrabalken*

SFS 1974:152 *Regeringsformen*

SFS 1995:584 *Föräldraledighetslag*

SFS 2006:351 *Lag om genetisk integritet m.m.*

SFS 2008:313 *Lag om jämställdhetsbonus*

*Statens offentliga utredningar*

SOU 1983: 42 *Barn genom insemination*

*Propositioner*

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

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

*Rättsfall*

Gas och Dubois mot Frankrike, no. 25951/07, ECHR 2012

X m.fl. mot Österrike, no. 19010/07, ECHR 2013

### Litteratur

Cameron, Iain: *Introduction to the European Convention on Human Rights*, Uppsala 2011

Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Stockholm 2015

Kleineman, Jan: "Rättsdogmatisk metod". I: *Juridisk metodlära*, Lund 2013

Saldeen, Åke: *Barn- och föräldrarätt*, Uppsala 2005

Schiratzki, Johanna: *Barnrättens grunder*, Lund 2010

Singer, Anna: *Föräldraskap i rättslig belysning*, Uppsala 2000

Socialstyrelsen: *Att fastställa faderskapet*, Stockholm 2005

Svensson, Eva-Maria: "Genusrättsvetenskap och juridiska metoder". I: *Juridisk metodlära*, Lund 2013

Sörgjerd, Caroline: ”Rätten att bli förälder – en analys av reglerna om assisterad befruktning och adoption”. I: *Svenskt juristtidning* 2012