



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Kristland

Föräldraskapet – en rätt för alla?

En queerteoretisk analys av föräldraskapslagstiftningens normativa strukturer

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Ryrstedt

Termin för examen: Period 1 VT19

Innehållsförteckning

ABSTRACT	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte	6
1.3 Frågeställningar	7
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Teori och perspektiv	8
1.5.1 Teorin om normativa grundmönster	8
1.5.1.1 Skydd för etablerad position	10
1.5.1.2 Det marknadsfunktionella mönstret	10
1.5.1.3 Rättvis fördelning	11
1.5.2 Ett genusperspektiv	11
1.5.2.1 Queerteori	12
1.5.2.2 Heteronormativitet	13
1.5.2.3 Sexualitetens värdehierarki	14
1.6 Metod	16
1.6.1 Rättsdogmatisk metod	16
1.6.2 Genusrättsvetenskaplig metod	16
1.7 Forskningsläge	17
1.8 Material	18
1.9 Terminologi	19
1.10 Disposition	20
2 RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER	22
2.1 Gällande rätt	22
2.1.1 Faderskapspresumtionen	22
2.1.2 Moderskapsbestämning	24
2.1.3 Samkönade makars föräldraskap	25
2.2 Tidigare lagändringar	26
2.3 Föräldraskapspresumtionen	28

3	NORMATIVA GRUNDMÖNSTER	32
3.1	Föräldraskapsregleringens normativa strukturer	32
3.2	Gällande rätt	35
3.2.1	Faderskapspresumtionen	35
3.2.1.1	Naturlig befruktning	35
3.2.1.2	Assisterad befruktning	37
3.2.1.3	Hävningsregler	38
3.2.2	Moderskapsregleringen	39
3.2.3	Föräldraskapbestämning för samkönade makar	40
3.2.4	Sammanfattning av gällande rätt	44
3.3	Föräldraskapspresumtionen	45
4	RÄTTEN UR ETT QUEERPERSPEKTIV	49
4.1	Queerteorins huvudpunkter	49
4.2	Gällande rätt	50
4.2.1	Heteronormativitet	50
4.2.2	Sexualitetens värdehierarki	54
4.2.3	Följder av binär köns kategorisering	57
4.3	Föräldraskapspresumtionen	58
5	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	62
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	65

Abstract

The Swedish Parental Code has undergone extensive changes during the last century. Different forms of cohabitation have been regarded at a higher extent through the legislative development. The legislator has aimed at a more equal parental legislation. The goal has been to avoid all discrimination on the basis of sex and sexual orientation unless there is an important reason for the discriminatory legal rule. Despite the aim, there are still vast differences in the possibility of being recognized as a parent depending on the constellation of marriage. When a woman gives birth to a child whilst being married to a man there is a presumption of fatherhood. There is no equal rule of presumption for same sex spouses. A woman giving birth to a child becomes a mother automatically. Her spouse has to be declared a parent through confirmation or court ruling. At the moment there is a bill proposing a presumption of parenthood for same sex spouses.

In an attempt to explain the differences at hand, the normative structures underlying the legislation have been analyzed. The analysis has its starting-point in Anna Christensen's theory of normative patterns. The theory discusses how legal rules relate to underlying norms in society and how norms influence the legislative development. The analysis is based on three normative patterns – the child's right to its parents, equality and the husband's entitlement to the child. All three normative patterns have had influence over the parenthood legislation. Depending on the degree of impact the different patterns have on the legal rules, the legal rules in turn protect different interests. Furthermore, the thesis includes an analysis aiming to explain why individuals, depending on sexual orientation and sex, are treated unequally by law. The analysis is based on queer theory with its main focus on heteronormativity. The analysis shows how heteronormativity excludes abnormal groups. The exclusion implies, among others, that homosexuality is considered an abnormal group that is treated as an exception from the general principle of heterosexuality.

Sammanfattning

Sveriges föräldraskapslagstiftning har undergått omfattande förändringar de senaste åren. Under rättsutvecklingens gång har större hänsyn tagits till variationer i samlevnadsformer och val av familjebildning. Lagstiftaren har strävat efter en mer jämlik lagstiftning; diskriminering mot sexuell läggning och kön får inte ske om det inte är befogat på grund av tungt vägande skäl. Trots strävan efter en mer jämlik lagstiftningen föreligger väsentliga skillnader mellan olikkönade och samkönade makar när de ska bli föräldrar. Olikkönade makar omfattas av en faderskapspresumtion. En motsvarande presumtion finns inte för samkönade makar utan det föräldraskapet måste fastställas genom bekräftelse eller dom. För närvarande är ett lagförslag om en föräldraskapspresumtion för samkönade makar under utredning.

I ett försök att förstå skillnaderna mellan samkönade och olikkönade makar har de normativa strukturerna till grund för lagstiftningen analyserats. Analysen har utgått från Anna Christensens teori om normativa grundmönster. Teorin behandlar rättsregler förhållningssätt till underliggande normer i samhället och hur normerna påverkar rättsutvecklingen. I analysen har tre olika grundmönster utretts; barnets rätt till föräldrar, makens äganderätt till barnet och jämlikhet. De är tre intressen som har influerat föräldraskapslagstiftningen till vad den är idag. Beroende på hur stort genomslag mönstren har fått på rättsreglerna skyddar reglerna olika intressen. Arbetet innehåller ytterligare en analys som strävar efter att ge förklaring till varför individer, beroende på sexuell läggning och kön, behandlas olika i lagstiftningen. Analysen har utgått från queerteori med fokus på heteronormativitet och sexualitetens värdehierarki. Analysen visar hur normen om heterosexualitet utesluter avvikande grupper. Uteslutandet innebär bland annat att de avvikande grupperna behandlas som undantag från huvudregeln om heterosexualitet i lagstiftningen.

Förord

Det var på en solig strand i Kambodja som tanken slog mig. Att sticka ut betraktas inte alltid som något bra. Helst ska alla ställa sig i ledet och följa livets alla normer. Vi är kvinnor eller män. Av det följer olika normer för hur vi ska vara, vad vi ska göra och vilka vi ska älska. Jag tog länge för givet att familjeliv var något för alla. Något som alla kunde få. Så är det tyvärr inte. Den här våren har gett mig många uppvaknanden. Jag har insett att lagstiftningen är långt ifrån perfekt och att fördomar och okunskap föder orättvisa. Jag har även insett att samhällets normer om familjer är under förändring. Med nya generationer följer unga, starka viljor med målet att förändra.

Först och främst vill jag tacka min handledare Eva Ryrstedt. Tack för dina ovärderliga råd, alla intressanta diskussioner och att du alltid har varit nära tillhands när jag behövt hjälp. Du är och förblir en stor inspiration för mig. Tack till hela min familj som har stått vid min sida i med- och motvind. Tack för att ni har funnits där när jag velat ge upp. Tack för er okuvliga övertygelse om min förmåga att klara av allt jag tar mig för. Tack för att ni har hjälpt mig se saker från den ljusa sidan. Tack för att ni har tagit er tiden att lyssna på mitt oändliga prat om världens orättvisor.

Ett särskilt tack riktar jag till dig morfar. Du har visat ett intresse för mitt arbete olikt andras och aldrig tvekat en sekund på att läsa en gång till och sedan ännu en gång. Jag har verkligen uppskattat att du tagit dig tid att hjälpa mig. Tack för dina råd och för våra diskussioner om allt mellan himmel och jord. Slutligen vill jag tacka mina vänner. Ni vet vilka ni är. Tack för att ni har hjälpt mig hålla modet uppe i ur och skur. Tack för att ni har påmint mig om allt jag kan när jag tvekat på mig själv. Ni har förgyllt min tillvaro något oerhört.

Anna Kristland, maj 2019.

Förkortningar

FB	Föräldrabalk (1949:381)
GenL	Lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m.
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
ÄB	Ärvdabalk (1958:637)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Sverige är globalt sett ett jämställt land.¹ World Economic Forum genomför årligen en rapport som syftar till att påvisa rådande könsskillnader i världen avseende utbildning, politik, ekonomi och hälsa. Enligt rapporten är Sverige det tredje mest jämställda landet i världen.² Rankingen riskerar dock att ge en missvisande bild. Jämställdhet kan delas upp i formell och materiell jämställdhet. Formell jämställdhet innebär i att lagstiftningen är utformad på ett sätt som ger sken av jämställdhet. Uppfattningen kan uppstå genom att svensk lag följer likhetsprincipen, det vill säga allas likhet inför lagen, eller att lagstiftning är könsneutral utformad. Materiell jämställdhet innebär att lagstiftningen resulterar i jämställda följder. Trots likhetsprincipen och en på många områden könsneutral lagstiftning, förekommer särbehandling av vissa personer och grupper. Följderna av lagstiftningen ger tecken på brister i den materiella jämställdheten.³

Ett exempel är reglerna om fastställande av föräldraskap. I 1 kap. 1 § FB stadgas att kvinnan som föder barnet är barnets moder. För det fall modern är gift presumeras maken vara fader. Om modern är gift med en kvinna är rättsläget annorlunda.⁴ Enligt 1 kap. 9 § FB måste maken till modern fastställas som förälder genom bekräftelse eller dom. Det råder ingen presumtion. Vilken av rättsreglerna som blir tillämplig beror på om det rör sig om ett olikkönat äktenskap eller ett samkönat äktenskap. Lagstiftningen är för närvarande inte jämlik. Olikkönade makar och samkönade makar har

¹ Nääv & Zamboni (2018) s. 275.

² World Economic Forum, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf (besökt 2019-01-31).

³ Nääv & Zamboni (2018) s. 275.

⁴ Walin, Vängby, Singer & Jänterä-Jareborg, *Föräldrabalken: en kommentar* (2018-06-05, Zeteo, www.wolterkluwer.se/zeteo) kommentaren till 1 kap. 1 §.

inte likadana förutsättningar för att bli föräldrar. En utredning från 2018 föreslår en presumtionsregel som omfattar samkönade makar som har fått barn genom assisterad befruktning. Regeln innebär att moderns maka ska presumeras vara förälder. Som skäl för utredningen anges målet om en mer jämlik föräldraskapsreglering.⁵

Uppsatsen innehåller en begränsad del av rättsligt underlag. Det rättsregler arbetet behandlar är relativt få. Arbetets fokus ligger istället på analyser utifrån teorin om normativa grundmönster och queerteorin. Anledningen till att utgå från ett begränsat område av rättsregler och fokusera på analyser är de olika infallsvinklar arbetet kan belysa. Att utgå från olika teorier är berikande eftersom det möjliggör för läsaren att urskilja hur samma lagtext kan förstås på flera olika sätt genom djupare analys och olika perspektiv. Sammanfattningsvis främjar tillvägagångssättet en mångsidig och nyanserad kritisk analys av det avgränsade området.

1.2 Syfte

Arbetets övergripande syfte är att utreda föräldraskapslagstiftningens normativa struktur. Gällande rätt skiljer olikkönade makar och samkönade makar åt genom att reglera familjekonstellationerna i olika paragrafer och i olika omfattning.⁶ Riksdagen lade fram en utredning 2018 avseende förändring av föräldraskapslagstiftningen. Det är intressant eftersom lagändringen antyder att det har skett en ändring i samhällsnormerna som påverkar rättsutvecklingen. Vidare syftar arbetet till att med hjälp av queerteori analysera om val av familjekonstellation har olika konsekvenser i gällande rätt och vid tillämpning av förslaget.

⁵ SOU 2018:68 s. 23 f.

⁶ Ibid.

1.3 Frågeställningar

För att uppnå arbetets syfte lyder frågeställningarna sålunda:

- Vilka konsekvenser får val av familjekonstellation för fastställande av föräldraskap enligt gällande rätt?
- Kan den i lagförslaget föreslagna föräldraskapspresumtionen innebära att konsekvenserna för olika val av familjekonstellation blir lika?
- Vilka normativa grundmönster kan urskiljas i regeln om faderskapspresumtionen?
- Vilka normativa grundmönster kan urskiljas i regeln om fastställande av föräldraskap avseende samkönade makar?
- Vilka normativa grundmönster kan urskiljas i lagförslaget om införandet av en föräldraskapspresumtion?

1.4 Avgränsningar

Arbetet har enbart behandlat svensk föräldraskapslagstiftning. Vidare har arbetet varit avgränsat till förhållandet mellan olikkönade makar och samkönade makar. Det samkönade äktenskapet har avgränsats till enbart kvinnliga makar. Samboskap och registrerat partnerskap har inte varit under utredning. Uppsatsen har avgränsats till att behandla dels faderskapspresumtionen i 1 kap. 1 § FB och moderskapsregleringen i 1 kap. 7 § FB, dels faderskap vid assisterad befruktning i 1 kap. 8 § FB och föräldraskapsfastställelse i 1 kap. 9 § FB. Av det följer att reglerna om fastställande av faderskap genom bekräftelse eller dom inte har diskuterats. Föräldraskapsregleringen för personer som har genomgått könskorrigering samt ensamstående kvinnor har också utelämnats. Avgränsningarna motiveras delvis av utrymmesskäl. Främst beror avgränsningen på att arbetet har analyserat faderskapspresumtionen och den motsvarande regleringen för samkönade makar. Faderskapspresumtionen aktualiseras endast på grund av äktenskap. För att ge en rättvisande bild av hur familjekonstellationerna skiljer sig åt har avgränsningen skett även vid samkönade äktenskap. Anledningen till att arbetet enbart har diskuterat kvinnliga makar under det

samkönade äktenskapet är att kvinnliga makar har tillgång till assisterad befruktning och kan bli fastställda som föräldrar enligt 1 kap. FB. Att kvinnliga makar har tillgång till föräldraskap genom assisterad befruktning kan i viss mån liknas vid möjligheterna olikkönade makar har till föräldraskap. Därför har kvinnliga makar och olikkönade makar varit lämpliga för komparation.

Den nuvarande regleringen om föräldraskapsfastställelse vid assisterad befruktning för samkönade makar regleras i 1 kap. 9 § FB. Den assisterade befruktningen ska ha skett i enlighet med 6 eller 7 kap. GenL. Det är en förutsättning för att kunna fastställa föräldraskapet. Ytterligare en förutsättning är att den blivande moderns maka har lämnat samtycke till behandlingen. Vidare är det en förutsättning att det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har tillkommit genom behandlingen. Arbetet har inte redovisat det föreskrivna tillvägagångssättet för assisterad befruktning eller samtyckets utformning eftersom det ligger utanför arbetets syfte att undersöka.

SOU 2018:68 utgör en central del av arbetet. Utredningen behandlar fler områden än föräldraskapspresumtion. Arbetet har enbart behandlat utredningen i den mån den berör föräldraskapspresumtionen.

1.5 Teori och perspektiv

1.5.1 Teorin om normativa grundmönster

För att urskilja normer bakom gällande och föreslagen föräldraskapslagstiftning har arbetet utgått från Anna Christensens⁷ teori om normativa grundmönster. Christensens teori förklarar hur rättsregler förhåller

⁷ Anna Christensen var professor i Juridik vid Lunds Universitet och författade bland annat teorin om normativa grundmönster. Christensen var med och grundade ett forskningsprogram, The Norma Research Programme, vid Lunds Universitet där forskningen inriktar sig på normativa grundmönster inom den sociala dimensionen.

sig till underliggande normer i samhället. Teorin poängterar att rättsregler dels skapar sociala normer, dels är produkten av normer. Det sistnämnda gäller särskilt i familjerätten.⁸

Teorin om normativa grundmönster behandlar hur värderingar och sociala normer påverkar rättsutvecklingen. Teorin har sitt ursprung i Hofstadters modell för mänskligt tänkande. Enligt modellen är människor känsliga för mönster. Christensen bygger vidare på modellen och applicerar den på rättssystemet. Enligt Christensen kan mönster urskiljas och beskrivas i juridiska normer. Rättsreglerna benämns ofta som moralbildande. Christensen anser att ett större fokus bör läggas på moralens rättsbildanden effekt.⁹ De familjerättsliga bestämmelserna reglerar förhållanden som berör människor i det dagliga livet. Det visar hur rättsregler får en moralbildande effekt. På det familjerättsliga området finns det dock tydliga inslag av moralens påverkan på rättsregler. Det beror på att de familjerättsliga reglerna i stort sätt är kodifieringar av sedvänjor och sociala normer som vuxit fram i relationer mellan människor och på olika livsområden.¹⁰

Grundmönstren benämns som normativa. Det betyder att de har sin utgångspunkt i föreställningar om hur vardagsrelationer mellan människor bör se ut.¹¹ De har sin grund i redan vedertagna handlingsmönster i samhället som kodifierats till rättsliga regleringar. Christensen har identifierat tre återkommande moralbilande handlingsmönster: skydd för etablerad position, det marknadsfunktionella mönstret och rättvis fördelning.¹²

Christensen talar om det normativa fältet där juridiken rör sig. Enligt författarinnan fungerar de normativa grundmönstren som poler, som drar till sig rättsreglerna. Var på fältet en rättsregel befinner sig beror på i vilken utsträckning de normativa grundmönstren har dragit till sig och påverkat

⁸ Christensen (1996) s. 574.

⁹ A.a. s. 526 f.

¹⁰ A.a. s. 522.

¹¹ A.a. s. 564.

¹² A.a. s. 527 ff.

bestämmelsen. Rättsregler är sällan påverkade av enbart ett normativt grundmönster. De rör sig hela tiden inom det normativa fältet genom att polerna utövar dragningskraft i olika grad. Exempelvis kan en rättsregel vara starkt influerad av rättvis fördelning och således vara placerad närmare den polen. Samtidigt kan rättsregeln vara delvis influerad av skydd för etablerad position och ha viss dragning dit. Konflikter kan uppkomma mellan de normativa grundmönstren när ett mönster, helt eller delvis, får ge vika för ett annat. Mönstren avser inte att tillgodose samma typ av behov eller relationer. Av detta följer att varje grundmönster har ett givet centralt område som skiljer sig från de andra. Att ett mönster får ge vika för ett annat kan bero på politiska influenser.¹³ Skiftet från höger- och vänsterregering är ett exempel. Den nya regeringen avser främja andra behov, alternativt har andra sätt att främja samma behov. Ponera att hyresgästens besittningsskydd ska försämrats till fördel för hyresvärdens förfoganderätt. På så sätt får skydd för etablerad position minskad genomslagskraft, medan det marknadsfunktionella mönstrets genomslagskraft ökar.

1.5.1.1 Skydd för etablerad position

Skydd för etablerad position är ett konservativt grundmönster. Mönstret syftar att upprätthålla redan etablerade positioner och motverkar att sådana positioner försvagas eller försvinner. Grundmönstret omfattar inte situationer innan aktuell position har etablerats. Exempelvis aktualiseras anställningsskyddet enbart för de som innehar en anställning. En hyresgästs besittningsskydd över hyresrätten är enbart aktuellt för den som redan har en hyresrätt. Till skillnad från de andra grundmönstren strävar inte skydd för etablerad position efter balans eller rättvisa. Mönstret omfattar enbart bevarandet av en etablerad position.¹⁴

1.5.1.2 Det marknadsfunktionella mönstret

Det marknadsfunktionella mönstret omfattar avtalsfriheten, näringsfriheten och äganderätten. Grundmönstret främjar nya verksamheter, förändring av

¹³ Christensen (1996) s. 529 ff.

¹⁴ A.a. s. 528 ff.

positioner och omfördelning av värden. Till exempel ger avtalsfriheten möjligheten att upplösa rådande relationer och positioner för att kunna utveckla nya. Mönstret är följaktligen mer dynamiskt än skydd för etablerad position och utgör en grundläggande förutsättning för marknadsekonomin.¹⁵

1.5.1.3 Rättvis fördelning

Av rättvis fördelning följer att värden ska fördelas lika.¹⁶ Med lika menas inte nödvändigtvis att värden fördelas så att två parter får lika mycket. Rättvis fördelning kan även ta sig i uttryck genom köprincipen och behovsprincipen. Grundmönstret har en underlägsen roll i förhållande till skydd för etablerad position i familjerätten.¹⁷

1.5.2 Ett genusperspektiv

Olika föräldraskapsrättsliga regler gäller för olikkönade och samkönade makar. Arbetet syftar till att utreda om olika typer av familjekonstellationer får olika konsekvenser i gällande rätt jämfört med i förslaget. Om skillnader föreligger ämnar arbetet utreda de bakomliggande strukturerna. I denna del utgår arbetet från ett genusperspektiv med utgångspunkt i queerteori med fokus på heteronormativitet och sexualitetens värdehierarki.

Människor delas in i en könskategori redan vid födseln. Av båda kategorierna följer olika förväntningar och outtalade regler att förhålla sig till. Vad som är manligt och kvinnligt är förutbestämt.¹⁸ Inom genusforskningen görs en åtskillnad mellan kön och genus. Begreppet kön innebär det biologiska könet och begreppet genus innebär det socialt konstruerade könet. Genus är det centrala begreppet i genusforskningen och det möjliggör för problematisering av könet som konstruktion. De förväntningar som vilar på könen är exempel på sociala konstruktioner som tydliggörs genom att arbeta utifrån genus.¹⁹

¹⁵ Christensen (1996) s. 529 f.

¹⁶ A.a. s. 535.

¹⁷ A.a. s. 570.

¹⁸ Gunnarsson & Svensson (2009) s. 231.

¹⁹ Connell (2009) s. 17 f. och Gunnarsson & Svensson (2009) s. 133 f.

Människors sexualitet omfattas också av sociala konstruktioner. Heterosexualitet betraktas som den naturliga sexualiteten och förutsätts gälla för alla. Normen om heterosexualitet drabbar främst de människor som inte kan definiera sig som heterosexuella och skapar ett utanförskap.²⁰

1.5.2.1 Queerteori

Arbetet har utgått från ett genusperspektiv med queerteori som utgångspunkt. Queerteorin startade som en sexualitetsforskning inriktad på studier kring hur sexuella normer uppkommer. Forskningen fokuserade även på sexualitets förhållningssätt till uppdelningen av manligt och kvinnligt samt vilken roll makt spelar för normer om sexualitet. Inriktningen skiljde sig från tidigare forskning som syftat till att studera ”avvikande” sexualitet, vanligen homosexualitet. Med hjälp av queerteorin kan sexualitet förstås på flera olika sätt. Det kan förstås som en identitet, som en handling eller ett begär. Med hjälp av teorin synliggörs hur sexualitet organiseras och regleras, samt hur den produceras och reproduceras i samhället.²¹

Till grund för queerteorin ligger ifrågasättandet av strukturer i samhället.²² Teorin ifrågasätter kategoriseringar vi uppfattar som naturliga. Kategoriseringen av man och kvinna eller av heterosexuella och homosexuella är två exempel.²³ Queerteorin använder Michel Foucaults genealogiska analys på kön, genus och sexualitet. Genealogisk analys innebär enligt Foucault en kritisk historiebeteckning med fokus på strukturer och sociala konstruktioner. Analysen innebär att det inte finns någon ursprunglig eller ”sann” sexualitet. Sexualitet anses istället vara en historiskt utformad företeelse. Foucault menar att människor har konstruerat sexualitet till en naturlig och enhetlig heterosexualitet som antas omfatta alla. Enligt Foucault har människors sexualitet historiskt sett varit, och är fortfarande, under sträng

²⁰ Rosenberg (2011) s. 101.

²¹ Ambjörnsson (2016) s. 33 f.

²² A.a. s. 43.

²³ Gunnarsson & Svensson (2009) s. 234.

tillsyn av makthavare.²⁴ Att sådan tillsyn krävs antyder att sexualitet är konstruerat snarare än naturligt.²⁵

1.5.2.2 Heteronormativitet

Ett centralt begrepp inom queerteorin är heteronormativitet. Den grundar sig på antagandet att heterosexualitet är dominerande, enhetlig och eftersträvansvärd.²⁶ De praktiker som faller utanför betraktas som avvikande.²⁷ Med heteronormativitet åsyftas även de institutioner, lagar och strukturer som upprätthåller heterosexualiteten som norm.²⁸ Normen bygger på en binär könsuppfattning, att det finns två kön; kvinna och man. De som inte faller inom en av kategorierna anses vara avvikande och bestraffas genom bland annat osynliggörande och stereotypisering.²⁹ Judith Butler, en framstående person inom queerteorin, benämner den binära könsuppfattningen som den heterosexuella matrisen. Enligt den heterosexuella matrisen behövs det en genusordning bestående av två tydligt identifierade kön och genus för att vi ska förstå våra kroppar. De två könen ställs upp som varandras motsatser och förväntas känna begär för varandra. Att tillhöra en av de två könskategorierna samt att vara heterosexuell krävs för att koppen ska vara socialt logisk. Den heterosexuella matrisen definierar det socialt accepterade eller icke-accepterade.³⁰

Queerteorin betraktar heterosexualitet som konstruerad och den bör därför inte tas för given. Heterosexualiteten som norm bör istället ifrågasättas för att förstå hur den har skapats och hur den upprätthålls.³¹ Kritiken mot heteronormativitet anses vara en av queerteorins mest användbara utgångspunkter. Teorin kopplar heteronormativitet till ett förtryck. Förtrycket följer av normaliserade och vardagliga regler och beteenden. På så sätt är

²⁴ Rosenberg (2005) s. 9.

²⁵ Rosenberg (2011) s. 70 f.

²⁶ Ambjörnsson (2016) s. 47 och Rosenberg (2011) s. 100.

²⁷ Gunnarsson & Svensson (2009) s. 233 och Rosenberg (2005) s. 12.

²⁸ Rosenberg (2011) s. 100.

²⁹ A.a. s. 100 f.

³⁰ Rosenberg (2005) s. 10.

³¹ Ambjörnsson (2016) s. 47.

förtrycket strukturellt och inte ett resultat av några få människor. Queerteorin betonar att orsakerna till förtrycket grundar sig i normer som aldrig ifrågasätts, i föreställningar som är djupt rotade i traditioner samt i samhälleliga konsekvenser av att reglerna efterlevs. Förtrycket riktar sig mot alla de avvikande grupperna. Ett exempel är homosexualitet, som betraktas som mindervärdig i förhållande till heterosexualitet i samhället. Med hjälp av queerteorins kritik angående diskriminering av avvikande grupper kan isärhållandet luckras upp.³²

Heteronormativiteten underbyggs av två principer: uteslutning av avvikelser och assimilering av tidigare exkluderade grupper. *Uteslutandet* innebär ett ”vi och de”-tänk. Två grupper beskrivs som motsatser där den ena gruppen privilegieras på bekostnad av den andra. Till exempel privilegieras heterosexuella på bekostnad av homosexuella. Genom att den heterosexuella normen framstår som självklar och önskvärd medan homosexualiteten framstår som problematisk, skapas ett isärhållande mellan vi och de. Begreppet *assimilering* innebär att de avvikande grupperna tillåts ta plats under förutsättningen att de följer de regler den privilegierade gruppen skapat. Den privilegierade gruppen utgör måttstocken som den avvikande gruppen jämförs med. Eftersom reglerna är satta av den privilegierade gruppen anses de vara neutrala. Problemet ligger i att den avvikande gruppen måste följa reglerna för att passa in. Samtidigt kan de omöjligen nå upp till kraven eftersom de har bestämts av en privilegierad grupp med helt andra förutsättningar.³³

1.5.2.3 Sexualitetens värdehierarki

Vissa queerteoretiker fokuserar specifikt på sexualitet i sin forskning. En queerforskare, Gayle Rubin, har ritat upp en hierarki för sexuella handlingar, den så kallade sexualitetens värdehierarki. I queerteorin används begreppet som ett hjälpmedel för att förstå och analysera sexualitet. Hierarkin är ett sätt att förklara hur sexualiteter betraktas och värderas. Sexuella handlingarna

³² Rosenberg (2011) s. 100 f.

³³ A.a. s. 102 f.

placeras ut i olika ordning baserat på vilken status de har i samhället. Rubin delar upp hierarkin i en modell med en inre och en yttre cirkel. Den inre cirkeln inkluderar den sexualitet samhället betraktar som normal och naturlig. Den yttre cirkeln omfattar den icke-önskvärda, onormala och förkastliga sexualiteten. Enligt Rubin är den sexualitet som sker i hemmet, är frivillig, sker i en monogam tvåsamhet mellan två personer av motsatt kön ur samma generation, utan sexuella hjälpmedel och med målet att bli gravida mest favoriserad. Den fördömda sexualiteten i den yttre cirkeln innefattar sexuella handlingar mellan personer av samma kön, som inte har en relation eller avser gifta sig. Stor åldersskillnad mellan personer, eller utbyte av pengar är också placerade i den yttre cirkeln.³⁴

Att analysera sexualitet för sig själv synliggör enligt Rubin att sexualitet har sin egen skala och bör beaktas som en företeelse i sig. Sexualitet är visserligen beroende av kön. Olika normer råder för olika kön. Sexualitet påverkas dock av flera faktorer som till exempel hur många som deltar i den sexuella handlingen, om det sker i en relation, om det sker ett utbyte av pengar m.m. Genom att utgå från sexualitetens värdehierarki utöver heteronormativiteten kan ytterligare en dimension på analysen av sexualitet och dess betydelse nås. Med hjälp av heteronormativiteten uppenbaras hur heterosexuallitet förutsätts som naturlig och god medan homosexualiteten framställs som problematisk och dålig. Genom att förstå sexualitet utifrån den skala som sexualitetens värdehierarki ställer upp tydliggörs hur vissa former av heterosexuallitet premieras medan andra former av sexualitet demoniseras. Alla vill inte leva i monogama äktenskap efter mamma-pappa-barn-modellen. Det finns flera olika sexualiteter och flera olika sätt att praktisera sex på. Sexualitetens värdehierarki visar på så sätt, likt heteronormativitet som analysredskap, hur icke-heterosexuallitet förminskas. Till skillnad från heteronormativitet visar dock hierarkin även den skeva bild som finns av vad heterosexuallitet ska innebära.³⁵

³⁴ Ambjörnsson (2016) s. 74.

³⁵ A.a. s. 75.

1.6 Metod

1.6.1 Rättsdogmatisk metod

Den rättsdogmatiska metoden är en vedertagen metod inom rättsvetenskapen. Rättsdogmatisk metod utgår från att finna vad som gäller enligt lagen i det specifika fallet. Rättsregler rekonstrueras, tillämpas på ett rättsligt problem och ger en lösning. Metoden utgår från de allmänt accepterade rättskällorna för att fastställa gällande rätt. De rättskällor som omfattas är lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin.³⁶ Metodens främsta syfte är att fastställa gällande rätt. Det främsta intresset ligger i normernas konstruktion, inte i hur de tillämpas. Metoden bortser dock inte från de praktiska följderna av normer, men följderna tillåts inte påverka normrekonstruktionen. Rättsdogmatik omfattar analysen av hur gällande rätt ter sig, men inte hur gällande rätt borde se ut utifrån ett visst perspektiv. Metoden arbetar med rättssystemet som ett normativt system, inte med systemets resultat.³⁷

Rättsdogmatisk metod är lämplig för att kunna besvara arbetets första och andra frågeställning. Det beror på att samtliga frågeställningar inledningsvis kräver en genomgång av gällande rätt för att kunna besvaras. De centrala rättskällorna i arbetet är lagstiftning, förarbeten och doktrin.

1.6.2 Genusrättsvetenskaplig metod

Arbetet syftar till att kartlägga vilka konsekvenser olika form av familjekonstellation får vid fastställande av föräldraskap. Både gällande rätt och förslaget i SOU 2018:68 behandlas. Arbetet utgår därför från genusrättsvetenskaplig metod. Metoden fokuserar på hur rättsordningen producerar och reproducerar makt- och könsrelationer samt diskriminerande praktiker.³⁸ Genusrättsvetenskapen synliggör även hur diskriminerande praktiker ska motverkas. Vetenskapen blir ett verktyg för att frigöra, omtolka

³⁶ Nääv & Zamboni (2018) s. 21 f.

³⁷ A.a. s. 24 f.

³⁸ A.a. s. 277.

och argumentera på nya sätt genom att lyfta fram hur rättsordningen brister i att tillvarata vissa gruppers intressen och behov.³⁹ Vidare verkar genusrättsvetenskapen för ökad jämlikhet mellan könen i rätten.⁴⁰

Genusrättsvetenskaplig metod kartlägger skillnader mellan olika grupper i lagstiftningen. En sådan kartläggning kan inte uppnås med traditionella juridiska metoder. Den rättdogmatiska metoden syftar till att fastställa gällande rätt och arbetar inte med rättssystemets resultat. Genusrättsvetenskaplig metod analyserar rättssystemets resultat och grundstrukturer och pekar ut föreställningar om rätten. Strukturerna och föreställningarna synliggörs, bryts upp och ifrågasätts.⁴¹ Metod är passande vid besvarandet av frågeställningarna. Eftersom metoden möjliggör för analys av lagstiftningens följder har arbetet kunnat analysera de normativa strukturerna bakom rätten och om lagstiftningen har olika konsekvenser för olika familjekonstellationer. Det har varit av vikt för arbetet att lyfta fram eventuella brister i lagstiftningen. Genom att metoden öppnar upp för ifrågasättande av lagstiftningens strukturer har strukturerna kunnat analyseras utifrån ett queerteoretiskt perspektiv.

1.7 Forskningsläge

Samkönade makars möjlighet att bli fastställda som rättsliga föräldrar är ett område i förändring. En lagändring har precis trätt ikraft.⁴² Därutöver har ytterligare en utredning påbörjats som är tänkt att förändra föräldrabalken ytterligare.⁴³ Diskussionerna är många och de behandlar det omoderna och ineffektiva tillvägagångssätt gällande lagstiftning stipulerar för samkönade makar.

³⁹ Gunnarsson & Svensson (2009) s. 115 och Nääv & Zamboni (2018) s. 279 f.

⁴⁰ Gunnarsson & Svensson (2009) s. 104.

⁴¹ A.a. s. 115 f.

⁴² Prop. 2017/18:155 s. 9.

⁴³ SOU 2018:68 s. 23.

Det finns omfattande forskning om de normativa grundmönstren i den sociala dimensionen. Forskningen har främst behandlat arbetsrätt, socialförsäkringsrätt och ekonomisk familjerätt. Forskning om normativa grundmönster specifikt avseende föräldraskapslagstiftningen är relativt begränsad till enstaka kandidatuppsatser. Avseende queerteoretiska analyser av föräldraskapsregleringen är läget i princip detsamma. En del kandidatuppsatser har behandlat ämnet.

1.8 Material

Kapitel två syftar till att redogöra för gällande rätt rörande föräldraskapsreglering samt det förslag som lagts fram avseende införandet av en föräldraskapspresumtion. Det material som används i kapitlet består av traditionella rättskällor, främst lagstiftning, förarbeten och doktrin.

Anna Christensens teori om normativa grundmönster är arbetets teoretiska utgångspunkt och grunden för analysen. Teorin är erkänd inom rättsvetenskapen och används frekvent i forskning inom den sociala dimensionen. Artikeln⁴⁴ behandlar inte föräldraskapsregleringen specifikt men den ger en djupgående förklaring av teorins huvuddrag och de tre normativa grundmönstren. Teorin ger forskare möjlighet att utgå från tanken om att det finns mönster bakom lagstiftningen som går att analysera. Det möjliggör för en applicering på andra rättsregler än de som artikeln berör specifikt.

Kapitel 4 består av en analys utifrån queerteori med fokus på heteronormativitet och sexualitetens värdehierarki. För läsarens förståelse av dessa har information inhämtats från doktrin. Där har arbetet behandlat Åsa Gunnarssons och Eva-Maria Svenssons verk *Genusrättsvetenskap* som riktar sig till juriststudenter.⁴⁵ Därutöver har verk av Tiina Rosenberg och Fanny

⁴⁴ Christensen (1996) s. 519–572.

⁴⁵ Nääv & Zamboni (2018) s. 315.

Ambjörnsson använts i en stor utsträckning. De är välrenommerade namn inom genusvetenskapen. Tiina Rosenberg är professor i genusvetenskap och Fanny Ambjörnsson är universitetslektor på avdelningen för genusvetenskap. Båda är verksamma vid Stockholms Universitet. Materialet i kapitel 4 består av doktrin vilket medför en viss risk för att innehållet är vinklat men författarinnornas kunskap om queerteori har varit nödvändig för att nå arbetets syfte.

1.9 Terminologi

Biologiskt föräldraskap har länge varit grunden för det rättsliga föräldraskapet. Kvinnan som föder barnet bestäms som biologisk moder. Det gäller även om ägget är donerat och modern inte har en genetisk koppling till barnet. En moder kan på grund av äggdonation vara biologisk moder utan att vara genetisk moder. En sådan tudelning är inte aktuell för faderskapet eftersom den enda biologiska kopplingen en fader kan ha till barnet är den genetiska. På så sätt sammanfaller det biologiska och genetiska faderskapet.⁴⁶

Genetiskt föräldraskap grundar sig i barnets tillkomst genom att föräldern bidrar med könsceller vid befruktningen.⁴⁷ En person som har bidragit med ägg anses vara genetisk moder och den person som har bidragit med spermier anses vara genetisk fader.⁴⁸

Socialt föräldraskap erhåller den eller de som ansvarar för eller avser att ansvara för barnets vård och omsorg.⁴⁹ Föräldraskapet kan sammanfalla med det biologiska och genetiska föräldraskapet men det är inte nödvändigtvis fallet. Det beror på att det sociala föräldraskapet kan innebära ett primärt ansvar för barnets omsorg, men även ett kompletterande ansvar. Föräldraskapet kan till exempel utövas av de genetiska och biologiska

⁴⁶ Ryrstedt (2003) s. 554 och Singer (2000) s. 43.

⁴⁷ Ryrstedt (2003) s. 554.

⁴⁸ Mägi & Zimmerman (2015) s. 147.

⁴⁹ Ryrstedt (2003) s. 554.

föräldrarna. Även fosterföräldrar eller mor- och farföräldrar kan vara sociala föräldrar för de fall barnet bor hos dem.⁵⁰

Rättsligt föräldraskap innehar den som fastställs som moder, förälder eller fader till barnet enligt FB:s regler. Vem som fastställs som rättslig förälder beror bland annat på föräldrarnas kön, samlevnadsform och hur barnet tillkommit. Av det rättsliga föräldraskapet följer flera rättsverkningar. Till exempel stipulerar det rättsliga föräldraskapet en arvsrätt mellan föräldern och barnet (se 2 kap. 1 § ÄB). Vidare föreligger en underhållsplikt och ett vårdnadsansvar hos föräldern gentemot barnet.⁵¹

1.10 Disposition

Kapitel 2 behandlar de rättsliga regleringar arbetet utgår från och besvarar frågeställning 1–2. Kapitlet omfattar en redogörelse av gällande rätt och den föreslagna föräldraskapspresumtionen. De bestämmelser som berörs är 1 kap. 1, 7, 8 och 9 §§ FB.

Kapitel 3 inleder med en genomgång av de normativa grundmönster som ligger till grund för föräldraskapslagstiftningen. Därefter berör kapitlet de normativa grundmönster som ligger till grund för faderskapspresumtionen och regeln om fastställande av föräldraskap vid samkönat äktenskap. Kapitlet föräldraskapspresumtion analyserar de normativa grundmönstren bakom lagförslaget avseende införandet av en föräldraskapspresumtion. Kapitlet besvarar frågeställning 3–5.

Kapitel 4 analyserar gällande rätt och förslaget om en föräldraskapspresumtion utifrån queerteori, heteronormativitet och sexualitetens värdehierarki. Vidare innehåller kapitlet reflektioner över införandet av en föräldraskapspresumtion. Reflektionerna berör särskilt hur

⁵⁰ Mägi & Zimmerman (2015) s. 148.

⁵¹ Mägi & Zimmerman (2015) s. 148 f. och Ryrstedt (2003) s. 554.

införandet av en föräldraskapspresumtion kan förändra rättsläget för samkönade makar som blir föräldrar. Kapitlet bygger vidare på de frågeställningar kapitel 2 besvarar.

Kapitel 5 är arbetets avslutande del och består av tankar och slutsatser kring gällande rätt och de skillnader införandet av föräldraskapspresumtionen kan medföra.

2 Rättsliga utgångspunkter

2.1 Gällande rätt

2.1.1 Faderskapspresumtionen

Faderskapspresumtionen är en gammal företeelse i svensk rätt. Den lagfästes 1917 men brukades redan tidigare i praxis. Presumtionen bygger på *pater est quem nuptiæ demonstrant*, det vill säga att äktenskapet utvisar fadern.⁵² 1 kap. 1 § FB stadgar presumtionen. För de fall modern är gift vid barnets födsel anses maken vara fader till barnet. Detsamma är fallet om modern är änka, men barnet är fött inom en tid efter makens död där han fortfarande kan vara fader. Presumtionen gäller oavsett om barnet tillkommit före eller under äktenskapet. Det gäller dock endast under förutsättning att äktenskapet består vid barnets födsel.⁵³

Om barnet föds efter äktenskapet gäller presumtionen enbart i vissa fall. Om äktenskapet har upplösts genom makens död ska den avlidne maken anses vara fader till barnet. Att modern är änka vid barnets födsel är dock en förutsättning för regelns tillämpning. Är modern omgift vid barnets födsel presumeras den nya maken vara fader till barnet. Det gäller trots att barnet kan ha tillkommit under det förra äktenskapet. Skulle den nuvarande maken bryta presumtionen kommer inte den avlidne maken presumeras vara fader. Den avlidne maken måste fastställas som fader genom bekräftelse eller dom. Presumtionen gäller inte om äktenskapet har upplösts genom skilsmässa och dom om äktenskapsskillnad har vunnit laga kraft. Så är fallet trots att barnet föds kort efter lagakraftvunnen dom. För sådana fall ska faderskap fastställas genom bekräftelse eller dom.⁵⁴

⁵² Saldeen (2007) s. 211.

⁵³ Walin, Vängby, Singer & Jänträ-Jareborg, *Föräldrabelken: en kommentar* (2018-06-05, Zeteo, www.wolterkluwer.se/zeteo) kommentaren till 1 kap. 1 §.

⁵⁴ Ibid.

Faderskapspresumtionen gäller även om makarna har genomgått assisterad befruktning.⁵⁵ Traditionellt sett bygger faderskapet på den genetiska kopplingen mellan barn och fader. Vid assisterad befruktning uppkommer situationer där det inte finns en sådan koppling mellan barnet och fadern. Då bestäms faderskapet i enlighet med 1 kap. 8 § FB.⁵⁶ Paragrafen stipulerar att den assisterade befruktningen ska ha skett i enlighet med 6 och 7 kap. GenL eller på en behörig inrättning utomlands. Har behandlingen skett utomlands i enlighet med GenL ska spermadonatorn vara känd för att främja barnets rätt till kännedom om sitt ursprung. Vidare ska modern ha varit gift eller sambo vid behandlingstillfället och hennes make ska ha samtyckt till behandlingen. Slutligen ska det med hänsyn till samtliga omständigheter vara sannolikt att barnet tillkommit genom behandlingen.⁵⁷ Ett verksamt samtycke likställer maken med en genetisk och biologisk fader, under förutsättning att det är sannolikt att barnet tillkommit genom behandlingen. Är samtliga förutsättningar uppfyllda gäller faderskapspresumtionen på grund av äktenskapet.⁵⁸

En konsekvens av faderskapspresumtionen är att den gäller direkt på grund av äktenskapet och faderskapet kontrolleras därför inte. En nackdel med faderskapspresumtionen är de omfattande möjligheterna att häva faderskapet. Det gäller både vid naturlig befruktning och assisterad befruktning när behandlingen har genomförts på andra sätt än vad 1 kap. 8 FB föreskriver. Faderskapet kan hävas när fadern saknar en genetisk koppling till barnet. Det kan vara fallet i situationer där maken presumerats som fader oavsett om han vetat om att barnet är hans eller inte.⁵⁹ Det kan även röra situationer där den presumerade fadern inte är genetisk fader på grund av att makarna blivit gravida genom assisterad befruktning. Har behandlingen exempelvis

⁵⁵ SOU 2018:68 s. 24.

⁵⁶ NJA 2015 s. 675.

⁵⁷ Ryrstedt, Föräldrabalk (1949:381) 1 kap. 8 §, Lexino 2019-01-31 och prop. 2017/18:155 s. 52.

⁵⁸ NJA 2015 s. 675.

⁵⁹ Juridiska Fakultetsstyrelsens remissvar (2019) s. 1.

genomförts med en anonym donator eller på en icke-godkänd inrättning kan faderskapet hävas med stöd av 1 kap. 8 § FB.⁶⁰ Ett presumerat faderskap kan även hävas om samtycket är överksamt eller om det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet inte tillkommit genom behandlingen.⁶¹ Hävningsmöjligheterna är inte begränsade i tid utan kan påtalas långt efter barnets födsel. Enligt remissinstansen skapar det en osäker situation för både föräldrar och barn.⁶²

2.1.2 Moderskapsbestämning

En uttrycklig reglering av moderskapet är en relativt ny företeelse i svensk rätt. Först 2003 infördes en sådan regel på grund av att äggdonation tilläts i svensk rätt. Tidigare gällde de oskrivna principerna *mater semper certa est* som betyder att det alltid är säkert vem modern är samt *mater est quem gestatio demonstrant* vilken betyder att modern är den som födandet visar. Genom att äggdonation började tillåtas i Sverige uppkom en ny situation. Den oskrivna principen ansågs inte längre vara tillräcklig eftersom det genetiska och biologiska moderskapet inte nödvändigtvis behövde vara detsamma.⁶³

1 kap. 7 § FB stadgar att kvinnan som föder ett barn som har tillkommit genom äggdonation efter befruktning utanför kroppen är att anse som barnets moder. Den situation som omfattas är när ägget har donerats från en annan kvinna. Regeln är ingen allmän moderskapsbestämning eftersom det inte ansågs nödvändigt att införa i lag. Istället anförde utredningen att en reglering specifikt utformad för den nyuppkomna situationen var tillräcklig.⁶⁴ Kvinnor som blir mödrar genom naturlig befruktning omfattas inte av 1 kap. 7 § FB. Istället gäller den oskrivna principen om att födandet utvisar modern. Oavsett

⁶⁰ Ryrstedt, Föräldrabalk (1949:381) 1 kap. 8 §, Lexino 2019-01-31.

⁶¹ NJA 2015 s. 675 och prop. 1987/88:160 s. 20.

⁶² Juridiska Fakultetsstyrelsens remissvar (2019) s. 1 f.

⁶³ Walin, Vängby, Singer & Jänträ-Jareborg, *Föräldrabalken: en kommentar* (2018-06-05, Zeteo, www.wolterkluwer.se/zeteo) kommentaren till 1 kap. 7 §.

⁶⁴ Prop. 2001/02:89 s. 57 och 84 f.

vilken av ovan nämnda situationer kvinnan befinner sig i utvisar det biologiska moderskapet det rättsliga.⁶⁵

2.1.3 Samkönade makars föräldraskap

Av första meningen i 1 kap. 1 § FB följer att barn födda i samkönade äktenskap inte faller inom bestämmelsens ramar.⁶⁶ Istället är 1 kap. 9 § FB tillämplig. Regeln ställer upp fyra kriterier för fastställelse av föräldraskap. För det första ska behandlingen ha utförts i enlighet med 6 eller 7 kap. GenL. Alternativt ska en behörig inrättning utomlands ha genomfört behandlingen och barnet ska kunna få tillgång till information om spermiedonatorn.⁶⁷ För det andra ska modern ha varit gift, registrerad partner eller sambo med den andra kvinnan vid behandlingstillfället. För det tredje ska moderns maka, registrerade partner eller sambo ha lämnat ett muntligt eller skriftligt samtycke till behandlingen. För det fjärde krävs att det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har tillkommit genom behandlingen. Är de fyra kriterierna uppfyllda är moderns maka att anse som förälder till barnet. Föräldraskapet måste dock fastställas genom bekräftelse eller dom för att bli rättsligt giltigt.⁶⁸ Bekräftelsen går tillväga som så att de samkönade makarna tar kontakt med en utredare från kommunens socialnämnd. Makarna måste styrka sin identitet och att ovan nämnda förutsättningar är uppfyllda. Därefter ska moderns maka skriva på en bekräftelsehandling som ska godkännas av socialnämnden. När socialnämnden har godkänt bekräftelsen erhåller moderns maka rättsligt föräldraskap.⁶⁹

⁶⁵ Mägi & Zimmerman (2015) s. 175.

⁶⁶ Walin, Vängby, Singer & Jänterä-Jareborg, *Föräldraskapet: en kommentar* (2018-06-05, Zeteo, www.wolterkluwer.se/zeteo) kommentaren till 1 kap. 1 §.

⁶⁷ SOU 2018:68 s. 79.

⁶⁸ Walin, Vängby, Singer & Jänterä-Jareborg, *Föräldraskapet: en kommentar* (2018-06-05, Zeteo, www.wolterkluwer.se/zeteo) kommentaren till 1 kap. 9 §.

⁶⁹ *Myndigheten för familjerätt och föräldraskapsstöd*, <http://www.mfof.se/Documents/publikationer/HSLF-FS-2017-50.pdf> (besökt 2019-05-22).

I vissa fall kan inte moderns maka fastställas som rättslig förälder. Det är fallet om den assisterade befruktningen inte sker i enlighet med 6 och 7 kap. GenL. Så är även fallet om befruktningen inte sker på en behörig inrättning utomlands med känd spermadonator. Istället ska spermadonatorn fastställas som fader. När den assisterade befruktningen inte uppfyller lagens krav faller föräldraskapet tillbaka på att det genetiska faderskapet hänger ihop med det rättsliga. Att spermadonatorn inte har för avsikt att bli fader har ingen betydelse. Konsekvenserna för det samkönade paret är att moderns maka måste adoptera barnet för att erhålla rättligt föräldraskap.⁷⁰

2.2 Tidigare lagändringar

Först 2005 fick samkönade par tillgång till assisterad befruktning i svensk rätt. Föregångarna till GenL omfattade inte samkönade par. Reglerna om fastställelse av föräldraskap omfattade inte heller samkönade par. För de fall samkönade par blev gravida var moderns partner tvungen att adoptera barnet.⁷¹ Adoption blev tillåtet för samkönade par 2003. Innan dess var adoption enbart tillåtet för makar och eftersom samkönade par inte fick gifta sig hamnade de utanför adoptionsregleringen.⁷² Samkönade par hade därför ingen möjlighet att bli rättsliga föräldrar tillsammans. Tillåtandet av assisterad befruktning för samkönade par motiverades av att de, likt infertila olikkönade par, skulle få möjlighet att bli föräldrar. Under utredningen ställde flera av remissinstanserna sig tveksamma till förslaget om ett utökat tillämpningsområde för assisterad befruktning. Remissinstanserna motiverade motsättningen med att inseminationsinstitutet hade ett föräldraperspektiv, inte ett barnperspektiv. Vissa remissinstanser anförde att tillåtandet av assisterad befruktning för kvinnliga par var ett stort etiskt steg. Anförandet motiverades med att kvinnorna lever i en relation där barn inte kan tillkomma naturligt. En del remissinstanser påstod även att lagförslaget kunde skapa svårigheter att motivera förbudet för ensamstående kvinnor att

⁷⁰ Mägi & Zimmerman (2015) s. 186 ff.

⁷¹ Prop. 2004/05:137 s. 9 och 43.

⁷² Prop. 2001/02:123 s. 12.

insemineras. Ytterligare en invändning var att utökad inseminationsmöjlighet inte fick påverka andra parter genom längre vårdköer och höjda avgifter. Regeringen ansåg emellertid att det inte längre fanns skäl att exkludera samkönade par från möjligheten till assisterad befruktning. Slutsatsen motiverades av att det inte finns skäl att anta att samkönade par skulle tillhandahålla en sämre uppväxtmiljö än olikkönade par.⁷³

Utredningen tog upp frågan om föräldraskap i samband med förslaget om utökat tillämpningsområde för assisterad befruktning. Remissinstanserna tillstyrkte förslaget om gemensamt föräldraskap för samkönade par.⁷⁴ Regeringen motiverade förslaget med att det är det rättsliga föräldraskapet som ska prioriteras vid tillåtande av assisterad befruktning, inte det genetiska. Den faktiska föräldrafunktionen vägde tyngre än den genetiska kopplingen, enligt regeringen. Lagstiftningen skulle inte ställa upp hinder mot att betrakta maken till en kvinna som genomgått assisterad befruktning som fader. Enligt utredningen borde det därför inte göras någon skillnad på två kvinnor som ville bli föräldrar. Det skulle fortfarande finnas två rättsliga föräldrar som ansvarade för barnet ekonomiskt, rättsligt och socialt. Därför borde den faktiska föräldrafunktionen väga tyngst även för samkönade par som vill bli föräldrar. Regeringen motiverade lagförslaget med att föräldraskapet för den icke-födande skulle knytas till samtycket, liksom i olikkönade relationer. Barnet garanterades på så sätt två föräldrar vid födseln.⁷⁵

Redan i förarbetena till lagändringen 2005 ifrågasatte ett antal remissinstanser varför en föräldraskapspresumtion likt faderspakspresumtionen inte var under utredning.⁷⁶ En utredning 2007 föreslog föräldraskapspresumtion men förslaget resulterade inte i en lagändring.⁷⁷ Lagstiftningen har inte genomgått någon större förändring avseende samkönade makars föräldraskap sedan

⁷³ Prop. 2004/05:137 s. 37 f.

⁷⁴ A.a. s. 41 f.

⁷⁵ A.a. s. 24 ff.

⁷⁶ A.a. s. 41 f.

⁷⁷ SOU 2007:3 s. 12.

2005. Däremot har samkönade par sedan 2009 rätt att ingå äktenskap. I samband med införandet av könsneutrala äktenskap upphävdes lagen om registrerat partnerskap. De par som var registrerade partners vid införandet av samkönade äktenskap fick dock möjligheten att kvarstå som sådana.⁷⁸

2.3 Föräldraskapspresumtionen

I SOU 2018:68 har frågan om en föräldraskapspresumtion tagits upp ännu en gång. Utredningen omfattar kvinnliga makars eller registrerade partners föräldraskap till barn som tillkommit genom assisterad befruktning. Utredningens mål är en könsneutral lagstiftning där föräldraskapsreglering inte ska särbehandla kön eller sexuell läggning. Målet gäller dock under förutsättningen att inget tungt vägande skäl talar för särbehandling.⁷⁹ Lagändringen är motiverad av att bilden av hur en familj ska se ut har förändrats. Barn växer upp i olika familjekonstellationer idag. Hur människor ser på sexualitet, familjebildning och föräldraskap har förändrats på grund av att värderingar och normer i samhället har förändrats. Idag är assisterad befruktning en möjlighet för de flesta familjekonstellationer och mer än 3 100 kvinnliga par lever i äktenskap eller registrerat partnerskap. Därför är en föräldraskapspresumtion mer ändamålsenlig och tidsanpassad än dagens reglering.⁸⁰

En utgångspunkt i föräldraskapsregleringen är barnets behov av två föräldrar. Faderskapspresumtionen är tänkt att säkerställa barnets behov av två föräldrar direkt vid födseln. Barn till samkönade makar tillerkänns inte en sådan tilltänkt trygghet vid födseln. I samkönade äktenskap måste moderns maka bli fastställd som förälder. För det fall samkönade makar genomgått en behandling utomlands med en okänd donator, alternativt genomfört en insemination egen regi, en så kallad heminsemination, måste moderns maka genomgå en adoptionsprocess. Det beror på att föräldraskapet inte kan

⁷⁸ Prop. 2008/09:80 s. 17 f.

⁷⁹ SOU 2018:68 s. 68 och 129.

⁸⁰ A.a. s. 132 f.

fastställas enligt 1 kap. 9 § FB. Olikkönade makar som befinner sig i en likadan situation, att behandlingen har skett utomlands med en okänd donator alternativt genomfört en insemination i egen regi, omfattas av faderskapspresumtionen. Utredningen bedömer därigenom samkönade makars möjlighet att bli föräldrar som mer begränsad än olikkönade makars.⁸¹

Grunden vid assisterad befruktning är att samtycket utgör ett substitut för den genetiska kopplingen. Det gäller för både olikkönade och samkönade makar. Däremot skiljer sig rättsverkningarna för de olika familjekonstellationerna åt. Utredningen menar att barn tillkomna genom assisterad befruktning ska behandlas som barn som tillkommit på naturlig väg. Det är ett tungt vägande skäl för införandet av föräldraskapspresumtionen. Eftersom faderskapspresumtionen gäller trots donerade könsceller är avsaknaden av genetisk koppling ett icke-bärande argument. Det gäller även för argument som att behandlingen skett utan samtycke eller att behandlingen inte skett i enlighet med 6 eller 7 kap. GenL. Faderskapspresumtionen gäller oavsett. Syftet med den assisterade befruktningen är att makarna ska bli föräldrar. Enligt utredningen kan äktenskapet antas innebära en gemensam vilja att få behandling. En presumtion om samtycke borde därför föreligga.⁸² En föräldraskapspresumtion skulle innebära en mer enhetlig reglering för gifta föräldrar eftersom makarna skulle behandlas lika oavsett äktenskapskonstellation. Det skulle även stärka barnets position genom att få två föräldrar redan vid födseln.⁸³

Barns rätt till kännedom om sitt ursprung har varit ett starkt argument mot föräldraskapspresumtionen. Utredningen bedömde därför att den föreslagna regleringen måste avse att skydda barnets rätt till information. Rätten till information är svårare att säkerställa om en presumtion föreligger eftersom det inte sker en myndighetskontroll rörande om donatorn är känd eller inte. Enligt dagens lagstiftning har föräldrar en skyldighet att informera barnet om

⁸¹ SOU 2018:68 s. 133 ff.

⁸² A.a. s. 138.

⁸³ A.a. s. 135 ff.

dess tillkomst så snart det är lämpligt. Regeln är tänkt att skapa incitament för föräldrar att välja inrättningar som är godkända enligt svensk lag.

Presumtionen innebär att ingen myndighet kommer kontrollera om behandlingen skett i enlighet med lagen, om samtycke finnes eller om donatorn är känd. Istället kommer föräldraskapspresumtionen kombineras med hävningsregler om det brister i någon förutsättning. Även den regeln är tänkt att skapa incitament att välja inrättningar godkända enligt svensk lag.⁸⁴ Sammanfattningsvis anför utredningen att det inte föreligger något tungt vägande skäl mot en föräldraskapspresumtion utan snarare tungt vägande skäl för ett sådant införande.⁸⁵

Likt faderskapspresumtionen kommer föräldraskapspresumtionen gälla på grund av äktenskapet. Därför kommer ingen myndighet kontrollera var och hur behandlingen gått till eller huruvida donatorn är känd eller inte. De omfattande hävningsmöjligheter som gäller för faderskapspresumtionen kommer överföras till att gälla även för föräldraskapspresumtionen, vilket utvidgar problematiken till ytterligare en situation. Hävningsreglerna som föreslås tillsammans med föräldraskapspresumtionen omfattar situationer där behandlingen har genomförts på andra sätt än vad 1 kap. 9 § FB tillåter. Det kan handla om bristande samtycke från moderns maka eller att det med hänsyn till samtliga omständigheter inte är säkert att barnet tillkommit genom behandlingen. Vidare kan hävningsreglerna beröra situationer där makarna genomgått en behandling på en inrättning utomlands med anonym donator.⁸⁶

Regleringen är tänkt att avskräcka föräldrar från att välja behandlingar utanför svensk lags ramar. Vidare är hävningsreglerna tänkta att säkerställa barnets rätt till kännedom om sitt ursprung. Enligt remissinstansen är de omfattande hävningsmöjligheterna möjligen inte rätt sätt att uppnå målet om kännedom till sitt ursprung. De omfattande hävningsreglerna framstår som ett olämpligt

⁸⁴ SOU 2018:68 s. 138 ff.

⁸⁵ A.a. s. 145 ff.

⁸⁶ Juridiska Fakultetsstyrelsens remissvar (2019) s. 1 f.

sätt att skapa incitament för föräldrar att avstå behandlingar som går tillväga på annat sätt än som föreskrivs i 1 kap. 9 § FB. Olämpligheten grundar sig i att regleringens syfte kan ske på bekostnad av barnets bästa.⁸⁷

⁸⁷ Juridiska Fakultetsstyrelsens remissvar (2019) s. 2.

3 Normativa grundmönster

3.1 Föräldraskapsregleringens normativa strukturer

Anna Christensens teori om normativa grundmönster bygger på att det finns ett funktionellt förhållande mellan lagstiftningen och samhällets strukturer. Lagen beaktas som ett samhälleligt fenomen som reagerar på sociala uppfattningar och behov. Teorin utgår från att rätten är en kodifiering av sociala normer och grundhållningar, det vill säga att lagen är en produkt av samhällets strukturer. De normativa mönstren återspeglar etablerade normativa praktiker som förekommer i samhället och mellan individer.⁸⁸ Därför upplevs praktikerna som moraliskt bindande.⁸⁹ Sociala handlingsmönster och praktiker förändras under tid vilket skapar aktivitet och förändring på det normativa fältet.⁹⁰ Med hjälp av teorin om normativa grundmönster kan rättsreglernas normativa innehåll förklaras.⁹¹ Anna Christensen talar om skydd för etablerad position, rättvis fördelning och det marknadsfunktionella mönstret. Dessa normativa grundmönster besvarar inte vilka normativa strukturer och grundhållningar som ligger bakom föräldraskapslagstiftningen. För att uppnå arbetets syfte har arbetet utgått från tre andra mönster för att förklara sociala normer och grundhållningar som ligger till grund för föräldraskapslagstiftningen.

Ett genomgående mönster för rättsutvecklingen under 1900- och 2000-talet är strävan efter jämlikhet. Likabehandling mellan bland annat män och kvinnor samt olikkönade och samkönade makar ansågs ändamålsenligt och eftersträvansvärt.⁹² I strävan efter en mer jämlik lagstiftning prioriterades

⁸⁸ Numhauser-Henning & Rönmar (2013) s. 31.

⁸⁹ A.a. (2013) s. 54.

⁹⁰ Christensen (1996) s. 526 f. och Numhauser-Henning & Rönmar (2013) s. 7.

⁹¹ Numhauser-Henning & Rönmar (2013) s. 7 f.

⁹² Sörgjerd (2012) s. 676.

länge likabehandling mellan kvinnor och män. En förändring skedde dock under 1970-talet när lagstiftningen om sexuell läggning och andra typer av samlevnadsformer fick utrymme i lagstiftningsforum. Rättsutvecklingen har medfört att individer själva anses mest lämpade att besluta om sin egen samlevnad. Numera är lagstiftningen mer tillåtande gentemot andra sexuella läggningar än heterosexualitet, samt olika samlevnadsformer.⁹³ Om särbehandling sker mellan makar baserat på deras sexuella läggning ska det vara motiverat av tungt vägande skäl.⁹⁴ Följaktligen är det första mönstret i föräldraskapslagstiftningen *jämlikhetsmönstret*.

Barn har en uttrycklig rätt till föräldrar. I 6 kap. 2 a § andra strecksatsen FB uttrycks barnets behov av en nära och god relation till båda sina föräldrar. Tvåsamheten i föräldraskapet är en vedertagen norm i samhället. Lagstiftningen bygger på och upprätthåller tanken. Vidare återkommer normen i både förarbeten och doktrin.⁹⁵ Den upprepade förekomsten visar tvåsamhetens tydliga inflytande på samhällspraktiker och hur eftersträvansvärd normen är. Ytterligare ett intresse som avspeglas i diskussionerna om föräldraskapsregleringen är barnets rätt till *rätt* förälder.⁹⁶ Intresset har länge ansetts vara viktigt och grundläggande. Det har använts som ett motargument till tillåtandet av assisterad befruktning för samkönade makar. Barnets rätt till rätt förälder har även använts som ett motargument till förslaget om införandet av en föräldraskapspresumtion.⁹⁷ Rätten till rätt förälder medför en bedömning av vad ”rätt” förälder innebär. Föräldern som avses torde vara den genetiska föräldern. Det visas genom att intresset som skyddas är barnets rätt till kännedom om sitt ursprung, vilket innebär rätten till kunskap om sitt genetiska och biologiska släktskap.⁹⁸ I SOU 2018:68 beskrivs en studie där barn uppger att det är ”skönt att veta vilka ens föräldrar är”. För att främja rättigheten finns en lagstadgad skyldighet i 1 kap. 15 § FB

⁹³ Sörgjerd (2012) s. 677 ff.

⁹⁴ SOU 2018:68 s. 24.

⁹⁵ Se exempelvis SOU 2018:68 s. 140 och Sörgjerd (2012) s. 706.

⁹⁶ SOU 2018:68 s. 140 ff. och prop. 2004/05:137 s. 37 f.

⁹⁷ Ryrstedt (2003) s. 566.

⁹⁸ SOU 2018:68 s. 134.

för föräldrar att tala om för barnet att denne tillkommit genom assisterad befruktning med donerade könsceller. Vidare skyddas rätten genom att donatorerna ska vara kända, om inte av föräldrarna, så av socialtjänsten eller inrättningen där behandlingen genomfördes.⁹⁹ På så sätt främjas en reell möjlighet för barnet att erhålla kännedom om sitt ursprung. Det andra mönstret kommer fortsättningsvis benämnas som *barnets rätt till föräldrar* och innefattar både barnets rätt till två föräldrar och barnets rätt till rätt föräldrar.

Ett intresse som har fått stort genomslag i föräldraskapslagstiftningen är vikten av att utse en fader. Historiskt sett har äktenskapet bestått av en man och en kvinna där maken har styrt familjen. Maken har även haft en äganderätt till både maken och barnen. Att äktenskapet utser fadern är praktiskt eftersom pater est-regeln härleds från en tid när det inte gick att ta reda på vem fadern var genom medicinska tekniker. Presumtionen garanterar barnet en säkerhet i form av försörjning och arv.¹⁰⁰ Att äktenskapet per automatik utvisar fadern innebär ett upprätthållande av att familjen har rätt till privatliv där ingen utomstående bör lägga sig i.¹⁰¹ Modern till barnet har historiskt sett inte kunnat ifrågasättas. Numera kan visserligen det genetiska och biologiska moderskapet skiljas åt, men liksom förut är det kvinnan som föder barnet som blir rättslig moder till barnet. Faderskapet framgår inte lika tydligt och måste bestämmas på ett annat sätt – på grund av äktenskapet. Således har mönstret inslag av paternalism. Det tredje och sista mönstret som aktualiseras i föräldraskapsregleringen är ett paternalistiskt och historiskt pragmatiskt mönster som nedan kommer benämnas som *makens äganderätt till barnet*.

⁹⁹ Prop. 2017/18:155 s. 73 f.

¹⁰⁰ Saldéen (2007) s. 219.

¹⁰¹ Ryrstedt (2003) s. 555.

3.2 Gällande rätt

3.2.1 Faderskapspresumtionen

3.2.1.1 Naturlig befruktning

Pater est-regeln är styrande för faderskapsbestämningen vilket visar äktenskapets starka ställning i svensk rätt. Att äktenskapet utvisar faderskapet leder i de flesta fall till ett materiellt riktigt resultat. Emellertid beräknas 8–10 % av faderskapspresumtionerna vara felaktiga. Om än siffrorna tas emot med försiktighet och eventuellt halveras blir fortfarande ett stort antal faderskapsbestämningar felaktiga.¹⁰² Samhällets strävan efter att fastställa det rättsliga faderskapet verkar prioriteras. Det utgör ett tydligt tecken på mönstret om makens äganderätt till barnets inflytande över presumtionen. Om barnet föds efter makens död gäller faderskapspresumtionen under förutsättningen att barnet har tillkommit under en tid då maken fortfarande levde. Att presumtionen gäller även i de fallen visar återigen makens äganderätt till barnet. Visserligen är fadern inte längre make men han är den fader det tidigare befintliga äktenskapet utvisar. Regleringen har även inslag av barnets rätt till föräldrar. Trots makens död ska han betraktas som fader för att garantera barnet två föräldrar vid födseln. Tvåsamhetsnormen är uppfylld likväl som barnets rätt till rätt föräldrar. Mönstret barnets rätt till föräldrar är således uppfyllt på båda punkterna.

För de fall modern hinner gifta om sig innan barnet har fötts är saken en annan. Moderns nya make kommer, på grund av faderskapspresumtionen, bestämmas som fader till barnet. Det förra äktenskapet, under vilket barnet tillkom, ställer inte upp hinder. Utfallet av regeln är starkt påverkad av makens äganderätt till barnet vilket sker på bekostnad av barnets rätt till föräldrar. Det nya äktenskapet läggs till grund för faderskapet och aktualiserar en äganderätt för maken till barnet som får gå före barnets rätt till den egentligen fadern. Visserligen får barnet rätt till två föräldrar vid födseln, men

¹⁰² Saldéen (2007) s. 216 f.

barnet får inte rätt till rätt förälder. Mönstren står i tydlig konflikt med varandra. Regleringen ger också uttryck för den frihet de rättsliga föräldrarna ges att disponera över föräldraskapet.¹⁰³ Faderskapspresumtionen gäller per automatik och ingen myndighetskontroll över faderskapet görs. Samhället har gjort ett tydligt ställningstagande i att äktenskapet visar faderskapet. Ställningstagandet är av gammal hävd men har ett starkt fäste i samhällets normer.

Faderskapspresumtionen gäller inte om makarna har genomgått en lagakraftvunnen äktenskapsskillnad innan barnet har fötts. Istället måste fadern fastställas genom bekräftelse eller dom. Avsaknaden av ett äktenskap innebär strängare regler för faderskapsbestämning. När ett äktenskap inte kan läggas till grund för faderskapet har inte makens äganderätt till barnet samma genomslagskraft. Avsaknaden av äktenskap innebär en avsaknad av en tydlig och korrekt kandidat till faderskapet. Därför måste strängare regler på vem som ska fastställas som fader ställas upp. Reglerna om faderskapsfastställelse tar sig då uttryck som en säkerhetsventil för att tillgodose barnets rätt till rätt förälder. Däremot ger regeln upphov till att barnet inte får rätt till två föräldrar vid födseln. På så sätt får barnets rätt till föräldrar delvis genomslag i lagtexten. Mönstret har en tydlig inre konflikt mellan de två intressena rätten till rätt föräldrar och rätten till två föräldrar. I situationen där faderskapspresumtionen inte gäller är det rätten till rätt förälder som prioriteras på bekostnad av rätten till två föräldrar. Det visar sig genom att barnet enbart har en förälder vid födseln.

Genomgående för faderskapspresumtionen är att makens äganderätt till barnet utövar stor dragningskraft. Det sker på bekostnad av mönstret barnets rätt till föräldrar, främst barnets rätt till *rätt* förälder. Det finns en risk för att fadern är en annan än maken, till exempel en avliden make eller en helt utomstående man. Visserligen tyder siffror på att faderskapspresumtionen oftast leder till att det genetiska, biologiska och rättsliga faderskapet stämmer

¹⁰³ Ryrstedt (2003) s. 574.

överens vilket inte skapar en diskrepans mellan vad makens äganderätt till barnet och barnets rätt till föräldrar strävar efter. Trots det starka inslaget av makens äganderätt till barnet är intresset av barnets rätt till föräldrar ofta tillgodosett. Emellertid finns utrymme för felmarginaler där det rättsliga faderskapet inte stämmer överens med det genetiska och biologiska. Oavsett om barnet får rätt till rätt förälder eller inte, försäkras barnet vanligen två föräldrar direkt vid födseln på grund av faderskapspresumtionen. Det visar tydligt vilket starkt grepp äktenskapet och tvåsamheten har om våra föreställningar om föräldraskap.¹⁰⁴

3.2.1.2 Assisterad befruktning

Det genetiska faderskapet är inte längre avgörande för faderskapet. Faderskapspresumtionen gäller även om makarna har genomgått en assisterad befruktning. Använder makarna egna könsceller vid behandlingen blir bedömningen av vilka mönster som har inflytande på regleringen densamma som vid naturlig befruktning. Det innebär alltså att makens äganderätt till barnet har starkt inflytande, vilket kan ske på bekostnad av barnets rätt till föräldrar. Genom att det genetiska, biologiska och rättsliga faderskapet innehas av samma person tillgodoses dock båda intressena.¹⁰⁵

Har makarna använt donerade könsceller förändras de normativa strukturerna bakom regleringen något. Faderskapspresumtionen gäller eftersom samtycket maken har lämnat vid behandlingen fungerar som ett substitut för den genetiska kopplingen till barnet. Substitutet motiveras av att den genetiska kopplingen inte är det mest avgörande faktorn för faderskapet. Istället ska den faktiska föräldrafunktionen vara avgörande. Den person som avser ta hand om och vårda barnet ska erhålla rättsligt föräldraskap.¹⁰⁶ Här ingår dock ett starkare inslag av makens äganderätt till barnet genom att det inte krävs en genetisk koppling mellan maken och barnet. Barnet erhåller två rättsliga föräldrar där den ena föräldern inte har en genetisk koppling till barnet. Det

¹⁰⁴ Ryrstedt (2003) s. 576.

¹⁰⁵ Se kap. 3.1.1.1.

¹⁰⁶ Prop. 2004/05:137 s. 42 f.

innebär att barnets rätt till *rätt* förälder blir utkonkurrerad i en högre grad när donerade könsceller används. Däremot har mönstret om barnets rätt till föräldrar visst inflytande genom att barnet garanteras två rättsliga föräldrar vid födseln och normen om tvåsamhet föreligger. Vidare får mönstret viss betydelse genom att svensk lag kräver att donatorerna är kända. Kravet ställs upp för att tillgodose barnets rätt till kännedom om sitt ursprung. På så sätt har barnets rätt till rätt förälder en viss betydelse. Den är dock begränsad eftersom kravet på kännedom inte medför en egentlig rätt till den genetiska föräldern.

3.2.1.3 Hävningsregler

De hävningsmöjligheter faderskapspresumtionen medför öppnar upp för en diskussion utifrån barnets rätt till föräldrar, närmare bestämt barnets rätt till *två* föräldrar. Genom faderskapspresumtionen tillerkänns barnet två föräldrar direkt vid födseln. Barnets rätt till två föräldrar verkar därför säkerställt. En lagstiftning som möjliggör hävning av faderskapet utan begräsning i tid innebär dock en ständig osäkerhet kring barnets rätt till två föräldrar. Barnet står under konstant risk att förlora en förälder. Risken må vara liten, men den finns. Makens äganderätt till barnet i det avseende att föräldrarna ges tillåtelse att disponera över föräldraskapet slår igenom på denna punkt. Det kan röra sig om en make som presumeras vara fader trots vetskap om att barnet inte är hans. Den presumerade fadern kan anföra att han inte samtyckte till behandlingen, alternativt att barnet inte tillkom genom behandlingen. Det är hävningsgrunder enligt 1 kap. 8 § FB som hänvisar vidare till 1 kap. 2 § FB.

Det presumerade faderskapet kan även hävas på grund av att makar har genomgått en assisterad befruktning på annat sätt än som föreskrivs i 1 kap 8 § FB. De möjligheter envar av föräldrarna ges att disponera över föräldraskapet utsätter barnets rätt till föräldrar för en stor risk. Makens fulla äganderätt till barnet ter sig vara begränsad sett till att modern kan påtala hävningsgrund. Ett ytterligare sätt att se på saken är att makens äganderätt till barnet i själva verket är väldigt omfattande eftersom fadern, på grund av hävningsmöjligheterna, ges stora möjligheter att påtala hävning när han finner det lämpligt. Situationen kan liknas vid en ägare som inte längre vill ha viss

egendom i sin ägo och därför försöker bli av med den. Det inflytande makens äganderätt har över regleringen konkurrerar med barnets rätt till föräldrar. Visserligen verkar det utåt sett råda balans mellan mönstren genom att maken anses som fader på grund av äktenskapet och barnet får två föräldrar direkt vid födseln. Emellertid är barnets rätt till föräldrar under ständig risk att gå förlorad.

3.2.2 Moderskapsregleringen

Moderskapsreglerna är delvis oskrivna. Den oskrivna regeln stipulerar att födande kvinna är moder. Det genetiska och biologiska moderskapet går hand i hand. Den skrivna regeln, 1 kap. 7 § FB, stadgar födande kvinna som moder trots att ägget är donerat och infört i kvinna efter befruktning. Det biologiska moderskapet prioriteras framför den genetiska kopplingen.

Barnets rätt till föräldrar påverkar moderskapsregleringen. Genom att modern kan fastställas på grund av att hon föder barnet, kommer barnet alltid att ha en moder direkt vid födseln. Barnet garanteras den säkerheten. Ännu en gång uppstår en diskrepans mellan barnets rätt till två föräldrar och rätt till rätt föräldrar. När moderskapet tilldelas en kvinna utan genetisk koppling till barnet kommer visserligen barnet erhålla en moder direkt vid födseln. Därigenom är en av två föräldrar bestämda. Moderns bristande genetiska koppling till barnet främjar dock inte rätten till rätt förälder. Liksom vid faderskapsbestämning när barnet tillkommit genom donerade spermier, är det den faktiska föräldrafunktionen, alltså de åtaganden som faller inom det rättsliga föräldraskapet, som prioriteras. Därför kan det tillåtas brista i den genetiska kopplingen mellan barnet och modern.

Regleringen har inslag av jämlikhetsmönstret genom att kvinnor som blivit gravida genom assisterad befruktning med donerade ägg, likställs med kvinnor som blivit gravida naturligt eller genom assisterad befruktning med egna ägg. Moderskapsregleringen har en gemensam utgångspunkt för kvinnor i olikkönade och samkönade relationer genom att den biologiska kopplingen bestämmer moderskapet.

3.2.3 Föräldraskapbestämning för samkönade makar

Samkönade partners tillerkändes rätten att genomgå assisterad befruktning 2005. Som motivering angavs bland annat att infertila olikkönade makar hade möjlighet till behandling. Att fortsättningsvis utesluta samkönade partners bedömdes som svårmotiverat eftersom studier visade att barn uppväxta med samkönade föräldrar hade en nog så god uppväxtmiljö som barn till olikkönade makar. Att samkönade partners tilläts genomgå assisterad befruktning motiverades även av att barnets rätt till kännedom kunde tillgodoses mer effektivt. Det beror på att donatorerna som används vid behandlingarna är dokumenterade. Att utesluta samkönade partners från behandlingsmöjligheter ansågs därför inte motiverat.¹⁰⁷ Möjligheten till assisterad befruktning medförde även diskussion om föräldraskapbestämning. Utredningen framförde att det rättsliga föräldraskapet prioriterades vid assisterad befruktning, inte det genetiska.

Makens samtycke till behandlingen ger honom en rätt att bli rättslig förälder. När olikkönade makar blir gravida genom assisterad befruktning ställer inte lagstiftningen upp hinder mot att betrakta maken som fader. Därför ska det inte heller göras skillnad på två kvinnor som blir föräldrar. Utredningen resulterade i en möjlighet för moderns partner att erhålla föräldraskap genom bekräftelse eller dom.¹⁰⁸

Lagändringen innebar en ökad dragningskraft från jämlikhetsmönstret. Samkönade partners tillerkändes rätten till assisterad befruktning på grund av att det inte längre ansågs föreligga skäl att utesluta dem. Jämlikhetsmönstret konkurrerade dock med barnets rätt till föräldrar genom att behandlingsmöjligheterna var begränsade så att barnets rätt till kännedom om sitt ursprung kunde garanteras. Rätten att få föräldraskapet fastställt innebar också ett inslag av jämlikhetsmönstret. Tidigare kunde inte moderns partner

¹⁰⁷ Prop. 2004/05:137 s. 37 ff.

¹⁰⁸ Se under kap. 2.2.

erhålla föräldraskap utan att adoptera barnet. Genom lagändringen gavs moderns partner möjligheten att erhålla föräldraskap på liknande villkor som en make.

Först 2009 fick samkönade par en lagstadgad möjlighet att ingå äktenskap.¹⁰⁹ Sedan 2019 har samkönade makar fått möjlighet att genomgå assisterad befruktning i utlandet och få sitt föräldraskap fastställt. Det gäller under förutsättning att donatorn är känd och inrättningen är godkänd.¹¹⁰ Regleringen om föräldraskapsfastställelse genom bekräftelse eller dom kvarstår sedan 2005. Vid fastställelsen genomför socialnämnden en kontroll som bland annat avser att kontrollera donatorns identitet. Kontrollen görs för att senare kunna garantera barnet kännedom om sitt ursprung.¹¹¹

Samkönade makar står under en särreglering med avsaknad på jämlikhet. I det samkönade äktenskapet mellan två kvinnor finns det ingen make som kan utvisas till fader. Pater est-regeln kan inte tillämpas. Eftersom det inte finns en manlig motpart till modern saknas det paternalistiska draget i föräldraskapet. Makens äganderätt till barnet utövar därför ingen dragningskraft. Mönstrets bristande inflytande kan förklaras genom att det härstammar från en tid då samkönade äktenskap och assisterad befruktning inte förekom. Den godkända samlevnadsformen var det olikkönade äktenskapet där barn tillkom på naturlig väg. På grund av den åtskillnad lagen gör mellan olikkönade och samkönade makar kan det inflytande som jämlikhetsmönstret har haft te sig knapert. Vad jämlikhetsmönstret har gjort i lagstiftningen är dock att utvidga de möjligheter samkönade makar har att bli föräldrar. Samkönade makar har fått tillgång till assisterad befruktning och kan fastställas som föräldrar. De möjligheterna är ett resultat av jämlikhetsmönstrets utökade dragningskraft. Jämlikhetsmönstret har påverkat lagstiftningen genom att de rättigheter olikkönade makar har i föräldraskapsavseenden, vilka ofta kan förklaras med hjälp av makens

¹⁰⁹ Prop. 2008/09:80 s. 17.

¹¹⁰ Prop. 2017/18:155 s. 7.

¹¹¹ SOU 2018:68 s. 141.

äganderätt till barnet, ska gälla även för samkönade makar. Jämlikhetsmönstrets inflytande har haft en utvidgande verkan på föräldraskapslagstiftningen som annars är starkt influerad av makens äganderätt till barnet.

Under rättsutvecklingens gång har barnets rätt till föräldrar varit ett argument mot samkönade makars rätt att bli föräldrar.¹¹² Som lagstiftningen ser ut idag utövar mönstret dragningskraft genom att barnet har rätt till kännedom om sitt ursprung. Intresset skyddas i 1 kap. 9 § FB genom att bestämmelsen föreskriver godkända tillvägagångssätt. Följden av de föreskrivna tillvägagångssätten är att barn garanteras en möjlighet att få reda på vem donatorn är. På så sätt ger lagstiftningen incitament för föräldrar att välja tillvägagångssätt där barnets rätt till kännedom om sitt genetiska ursprung främjas. Barnets rätt till rätt förälder förefaller därför ha visst inflytande på regleringen. Betydelsen är dock inte särskilt stor eftersom barnet inte erhåller en egentlig rätt gentemot donatorn.

Lagstiftningen har tagit ställning till hur pass avgörande barnets rätt till rätt förälder ska vara. Rätten begränsas till kännedom om ursprung. En ytterligare följd av gällande rätt är att moderns maka måste fastställas som förälder. Därför föds barnet med endast en rättslig förälder. Därigenom verkar barnets rätt till två föräldrar ha begränsat inflytande. Sammantaget har barnets rätt till föräldrar mindre inflytande på föräldraskapsregleringen rörande samkönade makar. Det är visserligen inte en konstig följd eftersom situationen omöjliggör för barnet att få rätt till rätt förälder. Emellertid ställer lagstiftningen upp hinder för barnets rätt till två föräldrar direkt vid födseln på grund av att samkönade makar inte omfattas av en presumtion såsom olikkönade makar gör. Barn i samkönade äktenskaps försätts därför i en sämre situation än ett barn fött i ett olikkönat äktenskap. Det är inte bara samkönade föräldrar som står inför en ojämlik behandling. Även barn i samkönade äktenskap utsätts för en ojämlik behandling. På grund av att barnet tillkommit

¹¹² Se under kap. 3.1.

genom assisterad befruktning samt föds i ett samkönat äktenskap hamnar barnet i en sämre rättslig ställning. Det är en sämre ställning i den bemärkelse att barnet endast har en förälder vid födseln.

Om samkönade makar går igenom en behandling med okänd donator eller om inseminationen sker i egen regi kan inte makans föräldraskap fastställas.¹¹³ Istället ska donatorn fastställas som fader till barnet. Vill makan bli rättslig förälder måste hon adoptera barnet. Att donatorn ska fastställas som fader är ett tecken på inflytande från makens äganderätt till barnet. Visserligen rör det sig inte om en make i ordets rätta bemärkelse, men draget av paternalism gör sig påmint. Lagstiftningen som omfattar samkönade makar anläggs på olikkönade parrelationer. Modern och fadern hamnar i en dålig sits på grund av den utvidgande verkan jämlikhetsmönstret har haft på lagstiftningen. Grunden är att behandlingen inte skett enligt svensk lag. Följden är att utöver modern blir donatorn, inte makan, fastställd som förälder. Regleringen innebär att donatorn ska fastställas som fader eftersom han är den manliga motparten till modern. Han bedöms dock enbart som den korrekta motparten till modern när behandlingen inte gått tillväga enligt 6 och 7 kap. GenL eller på en inrättning utomlands med känd donator. I det olikkönade äktenskapet presumeras maken vara fader. Makens äganderätt till barnet har inflytande över regleringen och skyddar de olikkönade makarnas privatliv. Ingen utomstående kommer ifrågasätta makens faderskap utan makarna tillåts disponera över föräldraskapet. Ett sådant skydd aktualiseras inte för samkönade makar. Istället lägger sig utomstående i och styr föräldraskapsfrågan genom att lagstiftningen hindrar den tilltänkta föräldern, makan, från att bli rättslig förälder.

Att donatorn ska fastställas som rättslig fader innebär att regleringen faller tillbaka på att det genetiska föräldraskapet avgör det rättsliga.¹¹⁴ Att falla tillbaka på det genetiska föräldraskapet aktualiserar en diskussion om en slags

¹¹³ Walin, Vängby, Singer & Jänterä-Jareborg, *Föräldraskapet: en kommentar* (2018-06-05, Zeteo, www.wolterkluwer.se/zeteo) kommentaren till 1 kap. 9 §.

¹¹⁴ Mägi & Zimmerman (2015) s. 186 ff.

bestraffning för de föräldrar som väljer ”fel” väg.¹¹⁵ Att försvåra för makar att få föräldraskapet fastställt är tänkt att fungera motverkande. Det anses vara till nackdel för barnet att inte kunna erhålla information om sitt ursprung.¹¹⁶ Därför önskas en reglering som skapar incitament hos föräldrarna att ha en känd donator.¹¹⁷ Barnets rätt till föräldrar äventyras dock eftersom donatorn inte nödvändigtvis har för avsikt att bli fader. Visserligen kan han bli fastställd genom dom, men eftersom avsikten ofta är att moderns maka ska bli förälder kommer troligen en adoptionsprocess startas. Lagstiftningen synes värna om barnets rätt till rätt förälder i detta hänseende. Däremot befinner sig barnet fortfarande i en situation där barnet föds med en rättslig förälder och är därför i en sämre situation än ett barn i ett olikkönat äktenskap.

3.2.4 Sammanfattning av gällande rätt

Makens äganderätt till barnet har fått stor genomslagskraft i lagstiftningen. Det tydliggörs genom att lagen tillåter olikkönade makar att bli föräldrar trots avsaknad av genetisk koppling till barnet. Lagen kan anses ta ett ställningstagande rörande vilka funktioner ett föräldraskap ska ha. Det är den faktiska föräldrafunktionen, det vill säga åtaganden som faller inom det rättsliga föräldraskapet, som eftertraktas. Det är inte den genetiska kopplingen. När olikkönade makar genomgår assisterad befruktning utgör äktenskapet och samtycket grunden för vem som ska erhålla föräldraskapet.¹¹⁸ Tankesättet, som är influerat av makens äganderätt till barnet, har utvidgats till att omfatta samkönade makar. Det tyder på ett ökat inflytande av jämlikhetsmönstret. Numera tillerkänns samkönade makar möjligheten att fastställas som rättsliga föräldrar. Genom utvidgningen har dock barnets rätt till föräldrar blivit lidande. Eftersom samtycket ersätter den genetiska kopplingen samt att det rättsliga föräldraskapet bedöms som viktigare än det genetiska, blir barnets rätt till föräldrar utkonkurrerad av de andra mönstren. Det gäller särskilt för barn födda i samkönade äktenskap.

¹¹⁵ Se en djupare diskussion i ämnet under kap. 4.

¹¹⁶ SOU 2018:68 s. 140 ff.

¹¹⁷ Ryrstedt, Föräldrabalk (1949:381) 1 kap. 8 §, Lexino 2019-01-31.

¹¹⁸ Prop. 2004/05:137 s. 41 f.

Barnen försätts i en sämre sits eftersom lagstiftningen ställer upp hinder för att garantera barnen två föräldrar vid födseln. Hindren skapas dels genom att moderns maka måste fastställas som förälder, dels genom att det finns regler om att vissa behandlingar utesluter maken helt från att bli förälder genom fastställelse.

3.3 Föräldraskapspresumtionen

Utredningen om en föräldraskapspresumtion uttrycker tydligt syftet med förslaget. Målet är en mer könsneutral lagstiftning där regleringen inte ska särbehandla kön eller sexuell läggning om inget tungt vägande skäl talar för det.¹¹⁹ Utredningen betonar vikten av att lagstiftningen måste ta hänsyn till olika familjekonstellationer. Ytterligare en aspekt som utredningen framför är att samhällets normer och värderingar avseende synen på sexuell läggning, föräldraskap och normfamiljen är under förändring. Motiveringen är ett tydligt bevis på den utökade dragningskraft jämlikhetsmönstret utövar på lagstiftningen. Att föräldraskapspresumtionen bedöms som mer tidsanpassad och ändamålsenlig än dagens reglering är ett tydligt ställningstagande för jämlikhetsmönstrets ökade utrymme. Däremot är inte jämlikhetsmönstrets inflytande överordnat de två andra mönstren. Utredningen öppnar fortfarande upp för hinder mot föräldraskapspresumtionen om det föreligger tungt vägande skäl för särbehandling. Det talar för hur jämlikhetsmönstret fortfarande konkurrerar med de två andra mönstren på det normativa fältet.

Makens äganderätt har, likt föräldraskapsregleringen för samkönade makar, begränsat inflytande. Mönstret är sprunget ur en tid när äktenskapet inte bestod av andra än en man och en kvinna. Att äktenskapet skulle utvisa moderns maka var därför inte en diskussion nödvändig att ta. På grund av den utveckling som har skett i samhällsnormer och värderingar bedöms lagförändringen vara motiverad. I förslaget verkar jämlikhetsmönstret återigen utvidgande på de rättigheter olikkönade par åtnjuter på grund av

¹¹⁹ SOU 2018:68 s. 68 och 129.

faderskapspresumtionen. Jämlikhetsmönstret skapar en större likabehandling genom att utredningen föreslår en motsvarighet till faderskapspresumtionen, en föräldraskapspresumtion.

Genomgående för utredningen är betoningen av barnets behov av två föräldrar. Barn som föds i ett olikkönat äktenskap får behovet tillgodosett direkt vid födseln. Barn som föds i ett samkönat äktenskap får det inte eftersom samkönade makars möjlighet att bli föräldrar är begränsat. Konsekvenserna av gällande rätt påverkar inte enbart föräldrarna utan även barnet. En strävan med lagförslaget är att barn ska behandlas lika oavsett om de tillkommit naturligt eller assisterat, i ett olikkönat eller samkönat äktenskap. I lagförslaget förekommer alltså inte enbart jämlikhetsmönstret utan även barnets rätt till föräldrar. Det sistnämnda mönstret blir en följd av jämlikhetsmönstret genom att en föräldraskapspresumtion medför att moderns maka blir presumerad förälder. Det innebär större jämlikhet i föräldraskapsregleringen. Genom att maken presumeras som förälder kommer barnet ha två rättsliga föräldrar direkt vid födseln. Det innebär en förstärkt position för barnet. Det innebär i sin tur en utökad dragningskraft från jämlikhetsmönstret genom att föräldrarna står inför en mer jämlik reglering oavsett samlevnadsform och barn står inför en mer jämlik reglering oavsett tillkomstsätt. Resultatet är att makarna och barnet i samkönade äktenskap omfattas av en mer likabehandlande reglering samtidigt som barnet får sitt behov av två föräldrar tillgodosett direkt vid födseln. Ett större inflytande av jämlikhetsmönstret medför i detta avseende ett medföljande inflytande av barnets rätt till föräldrar. Således har jämlikhetsmönstret en utvidgande verkan även för barnets rätt till föräldrar.

Barns rätt till kännedom om sitt ursprung har varit ett starkt argument mot en föräldraskapspresumtion. Utredningen betonar därför hur rätten måste värnas. En presumtion leder till avsaknaden av en myndighetskontroll rörande donatorns uppgifter. Däremot är föräldrar skyldiga att informera barnet om dess tillkomstsätt så fort de anser lämpligt. Informationsrätten stadgas i 1 kap. 15 § FB och ska fungera som incitament för föräldrarna att använda godkända

behandlingsinrättningar med kända donatorer. Lagförslaget innehåller även hävningsregler. Hävningsreglerna är tillämpliga när behandlingen inte skett i enlighet med GenL eller på behörig inrättning utomlands med känd donator. Reglerna om hävning är även tillämpliga när samtycke inte har förlegat eller när det av andra omständigheter inte är säkert att barnet tillkommit på grund av behandlingen. Även hävningsreglerna ska fungera som ett incitament för föräldrar att välja behandlingar godkända av svensk lag. Informationskyldigheten och risken för en framtida hävning blir säkerhetsventiler för skydda barnets rätt till kännedom om sitt ursprung.

De intressen barnets rätt till föräldrar värnar om står i konflikt på grund av presumtionen. På ena sidan står barnets rätt till två föräldrar. Den rätten uppfylls direkt vid födseln på grund av presumtionen. På andra sidan står barnets rätt till rätt föräldrar. Den rätten uppfylls inte. Av rättsutvecklingen framgår dock att den genetiska kopplingen mellan barnet och föräldern inte är av största vikt. Det är istället den faktiska föräldrafunktionen som rättsliga och sociala föräldrar står för. Visserligen kommer barnet inte ha rätt till den andra genetiska föräldern. Som donator torde denne ha bristande intresse av att utöva ett rättsligt föräldraskap. På grund av rätten till kännedom om sitt ursprung kan barnet ta reda på sin andra genetiska förälder. Samtidigt är barnet tillförsäkrat två rättsliga föräldrar som vill vara föräldrar. Diskussionen i rättsutvecklingen har varit att det är den faktiska föräldrafunktionen som ska avgöra föräldraskapet. Det anses motiverat utifrån ett barnperspektiv. Barnet får två föräldrar vid födseln som har för avsikt att vara föräldrar. Samtidigt garanteras barnet en kännedom om sitt genetiska ursprung. Barn kan tillförsäkras en tillräcklig rätt till föräldrar när denna föds i ett olikkönat äktenskap. Situationen bedöms av utredningen som densamma om barn föds in i samkönade äktenskap.¹²⁰ Jämlikhetsmönstret har därför tillerkänts ett utvidgat inflytande på lagstiftningen genom förslaget på en föräldraskapspresumtion.

¹²⁰ SOU 2018:68 s. 135 ff.

En föräldraskapspresumtion för samkönade makar medför svårigheter rörande de omfattande möjligheterna till hävning av föräldraskap. De mönster som interagerar med varandra vid faderskapspresumtion, makens äganderätt till barnet och barnets rätt till föräldrar, interagerar även vid föräldraskapspresumtionen. Avseende föräldraskapspresumtionen har även jämlikhetsmönstret inflytande. Resultatet blir dock att jämlikhetsmönstret har en utvidgande verkan på den ovan beskrivna situationen angående de omfattande hävningsmöjligheterna.¹²¹ Mönstret har alltså en utvidgande verkan på en redan bristfällig lagstiftning. Lagstiftningen är bristfällig sett till den osäkerhet den ger upphov till för barn och föräldrar. Av föräldraskapspresumtionen följer visserligen en mer könsneutral lagstiftning där olikkönade och samkönade makar behandlas lika i föräldraskapshänseenden. Osäkerheten en presumtion ger för både barn och föräldrar utvidgas dock till att omfatta fler familjer.

¹²¹ Se under kap. 3.1.1.3.

4 Rätten ur ett queerperspektiv

4.1 Queerteorins huvudpunkter

I kapitel två har skillnaderna som föräldraskapslagstiftningen skapar och upprätthåller mellan olikkönade och samkönade makar förklarats. Av kapitel två framgår att samkönade makar har andra förutsättningar att bli fastställda som föräldrar än olikkönade makar. Kapitel tre består av en analys av de normativa strukturerna bakom föräldraskapsregleringen med hjälp av teorin om normativa grundmönster. I analysen synliggörs lagstiftningens tydliga drag av makens äganderätt till barnet. Mönstret består av ett paternalistiskt drag och upprätthåller normen om att föräldraskapet består av en man och en kvinna – en fader och en moder. Föräldraskapsregleringen främjar denna form av familj och ställer upp hinder för andra familjekonstellationer. I följande kapitel har föräldraskapsregleringens normativa strukturer analyserats utifrån ett genusperspektiv. Utgångspunkten för genusperspektivet är queerteori med fokus på heteronormativitet och sexualitetens värdehierarki.

En av queerteorins starkaste och mest användbara utgångspunkter är teorins kritik mot heteronormativitet. Med hjälp av heteronormativitet kan organiseringen och regleringen av sexualitet påvisas vilket också leder till synliggörandet av hur sexualitet produceras och reproduceras. Enligt queerteorin är heteronormativitet ett resultat av att heterosexualitet har konstruerats som den naturliga och eftersträvade sexualiteten. Att människans sexualitet är konstruerad styrks av den stränga tillsyn makthavare utövar. Om heterosexualitet vore naturlig skulle en sådan sträng maktutövning inte rimligen behövas. Queerteorins syn på sexualitet öppnar upp för ett kritiskt förhållningssätt till lagstiftningen. Det möjliggör för betraktaren att uppmärksamma heteronormativitetens grepp om våra föreställningar om föräldraskap och familjeliv. Att analysera föräldraskapslagstiftningen med

hjälp av heteronormativitet påvisar hur homosexualitet är mindervärdig i förhållande till heterosexuallitet.

Historiskt sett har äktenskap enbart varit tillåtet mellan en man och en kvinna. Att två människor av samma kön skulle gifta sig har inte varit aktuellt eftersom homosexualitet var olagligt fram till 1940-talet. Därefter var det stämplat som en sjukdom fram till 1979.¹²² Historien förtäljer hur homosexualiteten har betraktats som olämplig till skillnad från heterosexuallitet som har varit önskvärd. De två typerna av sexualitet har ofta framställts som motsatser där den ena får företräde på bekostnad av den andra. Queerteorin benämner fenomenet som ett uteslutande, ett vi och de-tänk. Heterosexuallitet har genom historien fått företräde och framställts som det eftersträvansvärda medan homosexualiteten framställts som problematisk. Rättsutvecklingen har visserligen resulterat i en mer jämlik lagstiftning. Emellertid går det inte att blunda för de skillnader som föreligger. I föräldraskapslagstiftningen är skillnaderna tydliga.

4.2 Gällande rätt

4.2.1 Heteronormativitet

Den rådande normen för samlevnad i svensk familjelagstiftning bygger på heteronormativitet. De som följer normen gynnas genom att åtnjuta de fördelar som knyts till den föredragna samlevnadsformen. Trots omfattande kritik mot heteronormativiteten i svensk familjelagstiftning kvarstår flera skillnader mellan olikkönade och samkönade par, särskilt avseende barn och föräldraskap.¹²³ Heteronormativiteten innebär mer än att heterosexualliteten är den eftersträvansvärda normen. Normen omfattar även en livslinje, den heteronormativa livslinjen, som föreskriver det livsmanus människor

¹²² <http://www.riksdagen.se/sv/valet-2018/riksdagsvalet-i-undervisningen/demokratis-historia/demokratilinjje/1944det-blir-lagligt-att-vara-homosexuell--tidigare-hade-det-varit-straftbart-i-sverige/> (besökt 2019-04-23) och <https://www.rfsu.se/vad-vi-gor/i-sverige/debattartiklar-om-svensk-sexualpolitik/2009/30-ar-sedan-homosexuallitet-slutade-vara-en-sjukdom-i-sverige-aftonbladet/> (besökt 2019-04-23).

¹²³ Gunnarsson & Svensson (2018) s. 192.

förväntas följa.¹²⁴ Livsmanuset föreskriver en monogam, heterosexuell relation som leder till äktenskap och barn. De som inte följer livsmanuset blir betraktade som avvikande.¹²⁵ Som följd blir homosexualitet ansett som tydligt avvikande. Samkönade par får visserligen gifta sig och bli föräldrar. Det är ett resultat av att homosexualitet har normaliserats och inkluderats i den heterosexuella normen med monogami, äktenskap och föräldraskap som mål. Det innebär dock inte att homosexualitet har slutat betraktas som problematisk. Att samkönade par inkluderas i den heterosexuella normen innebär att de samkönade paren får delta, men deltagandet sker på det heteronormativa samhällets premisser.¹²⁶

Föräldraskapsregleringen har en tydlig, traditionell utgångspunkt avseende föräldraskapet. Det bygger på en tvåsamhet mellan en fertil kvinna och en fertil man i ett äktenskap.¹²⁷ Kvinnor och män har etablerade roller i föräldraskapet där kvinnan är moder och mannen är fader. Det följer av heteronormativiteten. På grund av normens inflytande i föräldraskapsregleringen blir samkönade makar assimilerade. De får en plats bland olikkönade i föräldraskapsregleringen men deltagandet sker efter de krav som följer av heteronormativiteten. Kraven har skapats för och av heterosexuella och de heterosexuella utgör måttstocken. Därför ter sig kraven vara neutrala. När en avvikande grupp, i detta fall samkönade makar, mäts enligt samma måttstock uppkommer svårigheter. Samkönade makar kan inte uppnå kraven eftersom de inte har samma förutsättningar som olikkönade makar. De kan omöjligen uppfylla kraven på man och kvinna. I det samkönade äktenskapet kommer kvinnan som föder barnet utan några lagtekniska besvär betraktas som moder. Assimileringen uppkommer i den situation moderns maka hamnar i. Hon är moderns maka och ska därför erhålla föräldraskap precis som modern. Reglerna förutsätter dock att moderns make – mannen – ska bli fader. Måkan i det samkönade äktenskapet

¹²⁴ Ambjörnsson & Jönsson (2010) s. 26 f.

¹²⁵ A.a. s. 205.

¹²⁶ A.a. s. 208 f.

¹²⁷ Mägi & Zimmerman (2015) s. 172.

saknar förutsättningar för att uppnå kraven som ställs för att bli betraktad fader. Hon är inte en man och det är först och främst gruppen män som betraktas som fäder enligt normen. Samkönade makar saknar alltså förutsättningar för att uppfylla de krav den privilegierade gruppen – olikkönade makar – har skapat. Huvudregeln om faderskapspresumtion omfattar inte moderns maka eftersom regeln är sprungen ur heteronormativiteten och denna förutsätter en man som fader och motpart till kvinnan. Istället regleras samkönade makars föräldraskap i en särreglering för att täcka upp för den avvikelse de utgör från normen om heterosexualitet. Alltså, samkönade makar får vara med men de ges ingen reell möjlighet att faktiskt vara med.

Som nämnt ovan bygger föräldraskapsregleringen på etablerade roller i föräldraskapet. Kvinnan är moder och mannen är fader. Svensk rätt problematiserar inte moderskapet. Lagstiftningen tar för givet att den födande kvinnan är moder till barnet. Oavsett om det finns en genetisk koppling eller inte mellan kvinnan och barnet, anses födande kvinna som moder. Vidare är moderskapsregleringen delvis oskriven i svensk rätt. Enbart den situation där äggdonation har skett, finns en uttrycklig reglering. Moderskapet verkar betraktas som självklart. Faderskapet däremot, regleras noggrant i paragrafer. Rättsläget ger upphov till tron om att kvinnan, så fort hon föder ett barn, ska ta sig an moderskapsrollen. Faderskapet ter sig snarare reglerat för att fadern inte alltid vill ta sig an rollen utan måste hänvisas dit genom lagstiftning. För moderns maka är regleringen också tydlig. Lagstiftningen uttrycker tydligt att moderns maka, trots att hon är kvinna, inte kan betraktas som moder. Att föda barnet är avgörande för att bli moder. Makans könsroll ger inte upphov till samma förväntningar på hennes föräldraskap som moderns könsroll ger upphov till. Det är fallet trots att båda är kvinnor. Modersrollen infinner sig först när kvinnan föder ett barn och genom födandet av ett barn aktualiseras vissa förväntningar. En icke-födande kvinna kommer således inte omfattas av samma förväntningar.

Ytterligare ett tecken på heteronormativitetens inflytande över föräldraskapsregleringen är det faktum att lagstiftningen skyddar det olikkönade äktenskapet mer än andra äktenskapskonstellationer. Regleringen strävar efter att upprätthålla den heteronormativa livslinjen. Heterosexuella par förväntas gifta sig och skaffa barn.¹²⁸ Levnadsformen är eftersträvansvärd vilket visas genom hur enkelt det är för heterosexuella makar att bli fastställda som föräldrar. Enligt förarbeten prioriteras inte det genetiska föräldraskapet. Istället prioriteras viljan att bli förälder och utöva den faktiska föräldrafunktionen. I förarbeten anges att ingåendet av ett äktenskap utgör tecken för viljan att bli föräldrar tillsammans. Det är ett starkt bevis för den heteronormativa livslinjen. När en person hittar en partner av motsatt kön och de gifter sig föreligger en förväntan om barn. Det är en naturlig följd enligt livsmanuset. Att äktenskapet verkar som ett samtycke till att bli föräldrar tillsammans skyddas med hjälp av faderskapspresumtionen. Den förutsatta viljan att bli föräldrar tillsammans baserat på ingåendet av äktenskap kan ifrågasättas. Det finns risk för att maken hamnar i en situation där han inte är medveten om att modern blir med barn och barnet kan vara någon annan mans. Visst skydd ställs upp genom hävning av faderskapet men faderskapet presumeras automatiskt på grund av föreliggande äktenskap.

Att äktenskapet betraktas som en viljeyttring att bli föräldrar tillsammans gäller även för samkönade makar. Skillnaden är dock att viljeyttringen på grund av äktenskapet måste kompletteras med en föräldraskapsfastställelse. Det ger tecken på att den homosexuella relationen inkluderas i den heterosexuella normen. Det finns en homosexuell livslinje som liknar den heterosexuella. Assimilering uppkommer dock genom att samkönade makar ännu en gång inte kan uppfylla de krav som gäller i den heterosexuella normen. Därutöver påvisar lagstiftningens utformning hur det samkönade äktenskapet inte beaktas som lika avgörande eller seriöst som det olikkönade äktenskapet. Äktenskapet ger inte upphov till alla de rättsverkningar ett olikkönt äktenskap ger. Heteronormativiteten inkluderar samkönade

¹²⁸ Ambjörnsson & Jönsson (2010) s. 205.

äktenskapet likt olikkönade äktenskap. Det samkönade äktenskapet kommer dock inte få likadana möjligheter enbart därför. Det beror på att ett samkönat äktenskap inte är uppbyggt likt ett olikkönat äktenskap. Det finns en avsaknad av en man som kan betraktas som fader. Queerforskningen diskuterar att heterosexuella relationer betraktas som mer seriösa än homosexuella eftersom heterosexuella relationer ska följa ett tydligt uppdyktat livsmanus.¹²⁹ Den tanken stärks av att olikkönade äktenskapet per se innebär en tillräcklig viljeyttring för att skaffa barn tillsammans. Ett samkönat äktenskap måste kompletteras med ytterligare en viljeyttring i form av en föräldraskapsfastställelse för att bli föräldrar tillsammans.

4.2.2 Sexualitetens värdehierarki

Med hjälp av sexualitetens värdehierarki kan en rangordningslista utläsas i förädrabalken. Högst upp är den önskvärda heterosexualiteten placerad. Lagens utgångspunkt är det olikkönade, monogama äktenskapet där makarna blir föräldrar på naturlig väg. Huvudregeln om faderskapspresumtion gäller och normen om tvåsamhet och heterosexualitet upprätthålls. Därefter är det olikkönade, monogama äktenskapet där barn inte kan tillkomma på naturlig väg utplacerad. Sett till de parametrar som ställs upp på skalan av sexualitetens värdehierarki avviker denna form av föräldraskap något eftersom barn inte kan tillkomma naturligt. Det måste ske på en inrättning med vissa hjälpmedel. På grund av att makarna behöver assistans för att bli gravida placeras de nedanför det premierade föräldraskapet där barn tillkommer naturligt. Faderskapspresumtionen gäller även om parametern att barn ska tillkomma på naturlig väg inte är uppnådd. Presumtionen gäller eftersom föräldraskapet ändå bidrar till att upprätthålla normen om tvåsamhet och heterosexualitet.¹³⁰

Därefter hamnar det samkönade, monogama äktenskapet där barn inte kan tillkomma på naturlig väg. Föräldraskapsformen är underordnad det

¹²⁹ Ambjörnsson & Jönsson (2010) s. 207 f.

¹³⁰ Mägi & Zimmerman (2015) s. 173.

olikkönade äktenskapets föräldraskap vilket synliggörs genom att det inte finns en presumtion motsvarande faderskapspresumtionen. Istället måste moderns maka blir fastställd som förälder. Skillnaden som lagtexten skapar motiveras av att det måste säkerställas att modern blivit gravid genom den assisterade befruktningen och inte med en annan man. Motiveringen uppvisar en misstro mot kvinnor och är ett haltande argument eftersom fallet kan vara detsamma med olikkönade par som genomgått assisterad befruktning.¹³¹ Det samkönade föräldraskapet omfattas trots det av hinder olikt det olikkönade föräldraskapet. Hindren kan förklaras med att det samkönade föräldraskapet inte stämmer överens med lagens utgångspunkt som är mannen och kvinnan som föräldrar tillsammans. Bristen på en man som motpol till modern, alltså bristen på heterosexualitet, blir en tydlig indikator på underordning i värdehierarkin. Avsaknaden av ett förhållande där barn kan tillkomma naturligt är också en faktor som sänker sexualitetens plats i hierarkin.

Under placeras samkönade äktenskap där behandlingen gått tillväga utanför svensk lags ramar. Moderns maka kan inte fastställas som förälder utan hon utesluts helt från regleringen i föräldrabalkens första kapitel. Det är istället spermadonatorn som ska erhålla faderskap. Makans enda väg till föräldraskap är adoption. Olikkönade makar i en liknande situation omfattas av faderskapspresumtionen. Den underordning samkönade makar står inför är således självklar. Underordningen kan förklaras med hjälp av de brister som föreligger i föräldrarnas sexualitet. För det första brister det i att makarna är samkönade och det föreligger en avsaknad av en manlig motpart och heterosexualitet. Barn kan inte tillkomma naturligt vilket är ytterligare en nedsänkande faktor. Att tillvägagångssättet har skett utanför lagens ramar är avgörande för att föräldraskapet inte kan fastställas enligt första kapitlet i FB. Det är således också en bidragande faktor till sexualitetens underordning i hierarkin.

¹³¹ Mägi & Zimmerman (2015) s. 173 f.

Faderskapet kan hävas när den presumerade fadern saknar genetisk koppling till barnet. Hävningsreglerna kan uppfattas som upprätthållare av sexualitetens värdehierarki. Den mest favoriserade varianten av sexualitet, det vill säga den monogama heterosexualiteten som sker i hemmet, utan hjälpmedel med målet att bli gravida, är också den som lagstiftningen skyddar mest. När både modern och fadern har en genetisk koppling till barnet kan faderskapet inte hävas. Varianten av sexualitet hamnar högt upp i hierarkin sett till att den omfattar alla de parametrar som efterfrågas av en önskvärd sexualitet. Om en kvinna blir gravid med en annan man än sin make kommer faderskapspresumtionen resultera i att maken blir fader. Hans faderskap är villkorat genom att det kan hävas när som helst. Den sexualitet som föreligger mellan makarna har brutit i monogami. Monogami är en viktig komponent i den favoriserade varianten av sexualitet. Avsaknaden av monogami resulterar i att sexualitetens placeras längre ner på hierarkin. Av den sämre placeringen följer ett sämre skydd för föräldraskapet vilket påverkar både barnet och föräldrarna.

Rörande moderskapet kan en viss hierarki utläsas. Den främsta regeln för moderskapet är den oskrivna regeln om att modern är hon som föder. Det faktum att regeln är oskriven och således verkar vara tagen för given som självklar kan tolkas som ett tecken på dess status som huvudregel. Regeln i 1 kap. 7 § FB om äggdonation utgör den enda uttryckliga regeln om moderskapsbestämning och reglerar fallen där det genetiska och biologiska moderskapet inte stämmer överens. Den oskrivna regeln uppger att det alltid är klart vem modern är eftersom födandet utvisar modern. Visserligen var det inte nödvändigtvis klart vem modern skulle bestämmas till när 1 kap. 7 § FB infördes eftersom det inte var självklart för alla om det genetiska eller biologiska moderskapet skulle prioriteras. Genom ett ställningstagande beslutade dock utredningen att biologiskt moderskap skulle avgöra. Principen verkar därför ge samma resultat som 1 kap. 7 § FB ger. Den födande kvinnan, oavsett om äggdonation har skett eller inte, blir moder. Det faktum att regeln måste skrivas ner ger tecken på att undantaget måste skrivas ner för att förtydliga dess avvikelse.

Med sexualitetens värdehierarki i åtanke synliggörs att ju längre bort ett par kommer från det monogama, olikkönade äktenskapet som genererar barn på naturlig väg, desto fler undantagsregler och begränsningar ställs upp.¹³²

4.2.3 Följder av binär köns kategorisering

Samkönade makar som genomgått assisterad befruktning som inte är godkänd av svensk lag möter hinder i lagstiftningen när föräldraskapet ska fastställas. Moderns maka kan inte fastställas som förälder. Istället ska donatorn fastställas som fader. I kapitel tre diskuterades de normativa strukturer som kan ligga bakom denna företeelse och åtskillnad. Åtskillnaden förklaras *dels* med att det föreligger en brist på paternalism i föräldraskapet, *dels* med att ett tillbakafallande på den genetiska kopplingen är önskvärt i den specifika situationen. En unik situation uppstår eftersom olikkönade makar i samma situation fortfarande omfattas av faderskapspresumtionen. Avsaknaden av en man ter sig avgörande för situationen. Queerteorin kan ge en möjlig förklaring. Teorin ifrågasätter inte enbart sexualitet som konstruktion, utan teorin ifrågasätter även andra kategoriseringar vi tenderar att betrakta som naturliga. Kön är en sådan kategori. Enligt queerteorin föreligger en binär könsuppfattning där människor betraktas som antingen man eller kvinna. Med könet följer även genus vilket är de förväntningar och regler som könen antas följa och leva upp till. Könen blir uppställda som varandras motsatser och de förväntas ha ett begär för varandra. Uppdelningen mellan kvinna och man samt mellan kvinnligt och manligt benämner queerteorin som den heterosexuella matrisen.¹³³ Att tillhöra en av könskategorierna samt vara heterosexuell är ett krav för att våra kroppar ska bli socialt logiska.

Den heterosexuella matrisen definierar det socialt accepterade och icke-accepterade. Den kan därför användas för att förklara det utanförskap samkönade makar står inför i föräldraskapslagstiftningen. Innan lagändringen

¹³² Mägi & Zimmerman (2015) s. 174.

¹³³ Ambjörnsson (2016) s. 94.

stod samkönade makar utanför föräldraskapens första kapitel om föräldraskapsfastställelse. Det indikerar på en socialt icke-accepterad företeelse. Lagändringen skildrar en förändring i det socialt accepterade och icke-accepterade. Numera har samkönade makar tillgång till assisterad befruktning och möjligheten att fastställas som föräldrar. Att kvinnor föder barn är utan tvekan socialt logiskt. Lagstiftningen problematiserar därför inte moderskapsbestämningen. Kvinnan förväntas dock ha en man som är fader till barnet. Lagstiftningen värnar om att barnet ska ha en fader. När modern har en kvinna som partner brister logiken eftersom det antagna begäret för män inte finns. Det är inte lika logiskt att en kvinna får barn med en annan kvinna. Därför måste de möjligheter samkönade makar har till fortplantning kontrolleras.

Kontrollen är ett tydligt tecken på hur den avvikande sexualiteten samkönade makar innehar måste hållas under tillsyn. En bristande social logik leder till en utökad tillsyn. Sexualiteten betraktas trots allt som avvikande från normen om heterosexualitet. När samkönade makar har genomgått en assisterad befruktning utanför svensk lags tillåtna ramar brister det på flera punkter. Föräldrarna är samkönade vilket innebär att deras sexualitet är problematisk. Problematisk sexualitet måste kontrolleras genom tillsyn. När det brister i kontrollen då de samkönade makarna gått utanför lagens uppställda ram måste makarna bli sanktionerade. Makthavarna måste upprätthålla sin kontroll över sexualitet. De samkönade makarnas agerande kan inte accepteras och deras föräldraskap kan förklaras som socialt icke-accepterat i enlighet med den heterosexuella matrisen.

4.3 Föräldraskapspresumtionen

Svensk föräldraskapslagstiftning har genomgått stora förändringar under 1900-talet fram tills nu. Ett av målen i rättsutvecklingen har varit en könsneutral lagstiftning där diskriminering på grund av kön och sexuell läggning inte får ske om det inte finns tungt vägande skäl för det. Tidigare utredningar och remissinstanser har diskuterat en föräldraskapspresumtion.

Diskussionen om en presumtion har dock inte fått tillräckligt genomslag för att resultera i en lagändring. I SOU 2018:68 har utredningen föreslagit en föräldraskapspresumtion som gäller för samkönade makar. Av utredningen framgår att inga tillräckligt tunga skäl föreligger som hindrar förslaget från att gå igenom.

Ett införande av föräldraskapspresumtionen innebär att 1 kap. 9 § FB skrivs om. Det är inte tal om en ändring av faderskapspresumtionen i 1 kap. 1 § FB. Sett utifrån sexualitetens värdehierarki kvarstår rangordningen av sexualiteter. Den heterosexuella, monogama och naturligt barnalstrande sexualiteten är mest önskvärd. Att fortsatt dela upp föräldraskapsregelringen efter föräldrarnas sexualitet och familjekonstellation upprätthåller isärhållandet och reproducerar uppfattningen om heterosexualitet som överordnad homosexualitet. Uppdelningen upprätthåller även föreställningen om homosexualitet som avvikande och problematisk.

Konsekvenserna av lagstiftningen blir annorlunda om föräldraskapspresumtionen införs. För samkönade makar kommer i sådana fall en presumtion gälla på grund av äktenskapet. Formell jämlikhet råder eftersom föräldraskapspresumtionerna gäller likt faderskapspresumtionen. Om föräldraskapspresumtionen införs kommer följderna av lagstiftningen bli densamma för olikkönade och samkönade föräldrar. Samkönade makar kommer automatiskt bli föräldrar och ingen myndighetskontroll kommer föregå föräldrastämningen. Således är även materiell jämlikhet i lagstiftningen uppnådd i en större utsträckning än vad som gäller nu.

Införandet av en föräldraskapspresumtion bidrar till en mer könsneutral lagstiftning i den bemärkelse att lagstiftningen ställer upp färre hinder för samkönat föräldraskap. Vidare minskar den assimilering samkönade makar ställs inför. En föräldraskapspresumtion förändrar inte det faktum att samkönade makar inkluderas i heteronormen och ska följa de krav normen ställer på olikkönade. Införandet av föräldraskapspresumtionen torde medföra att assimileringen minskar eftersom heteronormativitet får minskat

inflytande och övertag. Den minskande påverkan beror på att samkönade makar får en egen reglering som motsvarar faderskapspresumtionen. Den motsvarande regleringen är anpassad för de samkönade makarnas familjekonstellation och ställer inget krav på varken manlig motpart eller heterosexualitet. Visserligen exkluderas samkönade makar från faderskapspresumtionen på grund av att de inte kan uppfylla kraven. Det upprätthåller till viss del tanken om ett vi (olikkönade makar) och ett de (samkönade makar). Emellertid erhåller samkönade makar en likvärdig föräldraskapspresumtion som väger upp för exkluderandet. De regler och krav som ställs upp av och för den privilegierade gruppen, olikkönade makar, kommer utvidgas. De samhällliga premisserna är fortfarande skrivna med heterosexualitet som utgångspunkt och huvudregel. Skillnaden ligger i att homosexualitet inte betraktas som en så pass avvikande sexualitet att föräldraskapsmöjligheterna måste begränsas mer än för olikkönade. En följd är att familjekonstellationen inte kommer särregleras på grund av avsaknaden av en man och heterosexualitet. Istället blir de samhällliga premisserna utvidgade till att skapa en likvärdig reglering och motsvarighet till faderskapspresumtionen för samkönade makar.

Införandet av en föräldraskapspresumtion är kombinerat med hävningsregler.¹³⁴ Omfattande hävningsregler likt de som gäller för olikkönade makar ska gälla även för samkönade makar. Det ger uppfattningen att hävningsreglerna är en ständig påminnelse om det samkönade föräldraskapets avvikelse. Samkönade föräldrar kan inte ha en genetisk koppling till barnet båda två. Modern kommer ha genetisk och biologisk koppling till barnet. Moderns maka saknar dock den möjligheten. Hennes föräldraskap är begränsat till det rättsliga och sociala. Avsaknaden av en genetisk koppling mellan maken och barnet medför att en hävningsgrund alltid kan påtalas. Visserligen måste en part bevisa att det föreligger en hävningsgrund. Risken finns dock att hävningsrunder påtalas i situationer där

¹³⁴ Se under kap. 2.3.

makarna hamnar på kant med varandra.¹³⁵ Den säkerhet ett barn har i att ha sin genetiska moder och fader som föräldrar kan aldrig överföras till samkönade makar trots att en föräldraskapspresumtion föreligger. Sexualitetens värdehierarki kan vara till hjälp för att förklara den sämre situationen som samkönade makar hamnar i. Det samkönade äktenskapets brist på heterosexualitet och naturlig alstring av barn ger sexualiteten en sämre placering i hierarkin. Den sämre placeringen ger upphov till sämre skydd för samkönade föräldrar och barn. Det upprätthåller teorin att om ju längre par kommer från den favoriserade sexualiteten, desto sämre skydd och desto fler begränsningar finns.

Sammanfattningsvis är 1 kap. 1 § FB fortsatt influerad av heteronormativitet. 1 kap. 9 § FB är en följd av strävan efter en mer könsneutral lagstiftning. Resultatet blir en presumtion utformad likt faderskapspresumtionen men den saknar inslag av heteronormativitet i det avseende att den manliga faktorn och heterosexualitet stryks. Regeln är anpassad för det samkönade föräldraskapet. Genom regleringen är samkönade makar fortsatt inkluderade men de krav och regler som gäller är anpassade för variationer i familjekonstellationer. Olikkönade och samkönade makar står båda under likadana presumtioner vilket innebär att formell jämlikhet föreligger. Presumptionsreglerna har liknande tillämpningsområde och ger liknande resultat för båda familjekonstellationerna. Föräldraskapet bestäms på grund av äktenskapet och inga ytterligare bekräftelser krävs. Det innebär att införandet av en föräldraskapspresumtion skulle medföra en materiell jämlikhet i föräldraskapslagstiftningen mellan de två berörda föräldraskapen.

¹³⁵ Se under kap. 2.3.

5 Avslutande reflektioner

Arbetets tonvikt har legat på analyser rörande lagstiftningens normativa strukturer och konsekvenser. Den genusrättsvetenskapliga metoden har möjliggjort resonemang om hur lagstiftningen upprätthåller makt- och könsrelationer. Metoden lyfter även fram hur rättsordningen brister i att tillvarata vissa grupperns intressen. Metoden, tillsammans med teorin om normativa grundmönster och queerteorin, synliggör skillnaderna som lagstiftningen skapar och upprätthåller mellan heterosexuella och homosexuella. Övergripande har arbetet utgjort ett försök att förstå och förklara varför föräldraskapslagstiftningen är konstruerad på sättet den är. Teorin om normativa grundmönster har försökt förklara vilka normativa strukturer som ligger till grund för lagstiftningen. Queerteorin har, med vetskap om de normativa strukturer som ligger till grund för rätten, använts som ett verktyg för att förklara det isärhållande lagstiftningen ger upphov till mellan olikkönade och samkönade makar.

Christensens teori om normativa grundmönster framhåller moralens rättsbildande verkan och att sociala normer och värderingar är grunden för svensk familjerätt. De normer och värderingar rätten vilar på är delvis gamla och kan härledas till en tid då samkönade relationer inte var accepterat på det sätt de är idag. Strävan efter en jämlik lagstiftningen har tagit flera steg framåt. Intresset bakom strävan ligger i att samhällsnormerna har förändrats. Sedan homosexualitet slutade betraktas som en sjukdom i lagstiftningen har utvecklingen tagit fart och värderingar har förändrats. Individer bedöms bäst lämpade att själva avgöra hur de vill leva och privatlivet bör skyddas. Lagstiftaren ska inte sätta upp onödiga hinder för det.

Det går inte att bortse från sociala strukturer. Föreställningen om att människor är heterosexuella och förväntas leva ett heterosexuellt liv ger upphov till konsekvenser för de som inte följer normen. Att inte vara heterosexuell innebär en avvikelse från samhällets tydliga struktur. Vi

exponeras tidigt för kategoriseringar likt kvinna eller man och heterosexuell eller homosexuell. Av kategoriseringarna följer förväntningar anpassade till vilken kategori vi placeras i. Att vi exponeras för kategoriseringarna tidigt kombinerat med att samhället framställer dem som naturliga och förväntade, normaliserar förhållningssättet. Att vi tidigt ser och lär oss indelningar och strukturer som normala och självklara leder till att vi inte ifrågasätter dem. När strukturer inte blir ifrågasatta sker inte heller någon förändring.

Queerteorin är lämplig för att nå arbetets syfte eftersom teorin ifrågasätter sociala strukturer och kategoriseringar vi annars uppfattar som naturliga. Teorin anlägger ett kritiskt förhållningssätt till lagstiftningen och pekar ut vad lagen är, dess konsekvenser och vad som bör förändras. Kapitel 4 lyfter fram hur lagstiftningen särskiljer grupper baserat på deras sexuella läggning. Kapitlet betonar även konsekvenserna av särskiljandet. Samkönade par har en mer begränsad möjlighet till att bli föräldrar. Det följer av lagstiftningens uppbyggnad. I situationer där olikkönade och samkönade makar befinner sig i liknande situationer ges samkönade makar en mer begränsad möjlighet till föräldraskap än olikkönade. Den fortsatta prioriteringen av det eftersträvarsvärda heterosexuella livet sker på bekostnad av de människor som faller utanför. Deras intressen prioriteras inte på samma sätt. Istället upprätthålls heteronormativitetens fortsatta inflytande på lagstiftningen.

Sammanfattningsvis beskriver arbetet lagstiftningens utformning, de intressen lagstiftningen skyddar samt följderna lagstiftningen får för olika grupper. Arbetet belyser hur samhällets normer och värderingar de facto har påverkat rättsutvecklingen och fortfarande gör. De människor som följer normerna premieras med fördelar eftersom lagstiftningen är skriven för dem. De människor som inte kan följa normerna assimileras eller utesluts. De har ingen möjlighet att uppnå kraven som normerna ställer upp. Anna Christensens tes om familjerätten stämmer. Rättsområdet är sprunget ur sociala praktiker och relationer mellan människor. Rättsläget är en avspiegling av dem. I takt med att de sociala praktikerna förändras kommer även rättsläget

förändras. Den förändring föräldraskapslagstiftningen har genomgått och står inför utgör tydliga bevis på det.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 2007:3 Föräldraskap vid assisterad befruktning.

SOU 2018:68 Nya regler om faderskap och föräldraskap.

Remissyttrande

JURIDISKA FAKULTETSSTYRELSEN, LUND UNIVERSITET (2019). *Remissvar:*

SOU 2018:68 Nya regler om faderskap och föräldraskap.

Propositioner

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

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

Prop. 2001/02:123 Partnerskap och adoption.

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

Prop. 2008/09:80 Äktenskapsfrågor.

Prop. 2017/18:155 Modernare regler om assisterad befruktning och föräldraskap.

Rättsfall

NJA 2015 s. 675.

Elektroniska källor

MYNDIGHETEN FÖR FAMILJERÄTT OCH FÖRÄLDRASKAPSSTÖD (2018). *MFoF:s föreskrifter och allmänna råd.* Stockholm, Sverige.

<http://www.mfof.se/Documents/publikationer/HSLF-FS-2017-50.pdf> (besökt 2019-05-22).

RFSU (2009). *30 år sedan homosexualitet slutade vara en sjukdom i Sverige*. Stockholm, Sverige. <https://www.rfsu.se/vad-vi-gor/i-sverige/debattartiklar-om-svensk-sexualpolitik/2009/30-ar-sedan-homosexualitet-slutade-vara-en-sjukdom-i-sverige-aftonbladet/> (besökt 2019-04-23).

SVERIGES RIKSDAG (2018). *Valet 2018. Riksdagsvalet i undervisningen. Demokratins historia*. Stockholm, Sverige, <http://www.riksdagen.se/sv/valet-2018/riksdagsvalet-i-undervisningen/demokratins-historia/demokratilinje/1944det-blir-lagligt-att-vara-homosexuell--tidigare-hade-det-varit-straffbart-i-sverige/> (besökt 2019-04-23).

WORLD ECONOMIC FORUM, WEF (2018). *The Global Gender Gap Report*. [Elektronisk resurs]. Geneve, Schweiz, http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf (besökt 2019-01-31).

Litteratur

AMBJÖRNSSON, FANNY, *Vad är queer?*, 2. utg., Natur & kultur, Stockholm, 2016.

AMBJÖRNSSON, FANNY & JÖNSSON, MARIA (red.), *Livslinjer: berättelser om ålder, genus och sexualitet*, Makadam, Göteborg, 2010.

CHRISTENSEN, ANNA, *Skydd för etablerad position – Ett normativt grundmönster*, TfR 1996 s. 519 – 572.

CONNELL, RAEWYN, *Om genus*, 2., utvidgade och omarb. uppl., Daidalos, Göteborg, 2009.

GUNNARSSON, ÅSA & SVENSSON, EVA-MARIA, *Genusrättsvetenskap*, 1. Uppl., Studentlitteratur, Lund, 2009.

GUNNARSSON, ÅSA & SVENSSON, EVA-MARIA, *Genusrättsvetenskap*, 2. Uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018.

- MÄGI, ERIK & ZIMMERMAN, LINA-LEA, *Stjärnfamiljejuridik*, 1. Uppl., Gleerups Utbildning AB, Malmö, 2015.
- NUMHAUSER-HENNING, ANN & RÖNNMAR, MIA (red.), *Normative patterns and legal developments in the social dimension of the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- NÄÄV, MARIA & ZAMBONI, MAURO (red.), *Juridisk metodlära*, andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.
- ROSENBERG, TIINA, *Könet brinner! Judith Butler, texter i urval av Tiina Rosenberg*, Natur och Kultur, Stockholm, 2005.
- ROSENBERG, TIINA, *Queerfeministisk agenda*, Bokförlaget Atlas, Stockholm, 2011.
- RYRSTEDT, EVA, *Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer*, SvJT 2003 s. 554–576.
- RYRSTEDT, EVA, *Föräldrabalk (1949:381) 1 kap. 8 §*, Lexino 2019-01-31.
- SALDÉEN, ÅKE, ”Faderskap – moderskap – föräldraskap”, I: Eftersyn och eftertanke (red. Asp, P.), Iustus, Uppsala, 2007.
- SINGER, ANNA, *Föräldraskap i rättslig belysning*, Iustus, Diss. Uppsala: Univ., Uppsala, 2000.
- SÖRGJERD, CAROLINE, *Rätten att bli förälder – en analys av reglering om assisterad befruktning och adoption*, SvJT 2012 s. 675–707.
- WALIN, GÖSTA, VÄNGBY, STAFFAN, SINGER, ANNA & JÄNTERÄ-JAREBORG, MAARIT, *Föräldrabalken: en kommentar* [Elektronisk resurs] (2018-06-05, Zeteo).