



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Victor Ask

# Är *mater est*-principen internationellt tvingande?

*En studie om rättsligt moderskap för tilltänkta mödrar*

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Martina Axmim

Termin: VT2019

Summary .....	3
Sammanfattning .....	5
1. Inledning .....	7
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Syfte och frågeställningar .....	8
1.3 Avgränsningar .....	8
1.4 Metod och perspektiv .....	8
1.5 Forskningsläge och material .....	9
1.6 Disposition .....	9
2. Rättsligt moderskap i svensk rätt .....	11
2.1 Surrogatmoderskap .....	12
2.2 Surrogatmoderskap och rättsligt moderskap .....	13
3. Internationellt tvingande regler.....	14
3.1 Internationellt tvingande regler som ett internationellt privaträttsligt koncept..	14
3.2 Identifiering av internationellt tvingande regler i svensk rätt.....	15
3.3 <i>Mater est</i> -principen som en internationellt tvingande regel .....	17
4. Surrogatmoderskap och rättsligt föräldraskap i Europadomstolens praxis	19
4.1 <i>Menesson v. France</i> .....	19
4.2 Europadomstolens rådgivande yttrande om en tilltänt moders rättliga moderskap .....	21
5. Tilltänkta mödrars rättsliga moderskap i Sverige.....	24
5.1 Erkännande av utländsk dom och fastställsetalan .....	24
5.2 Adoption .....	25
6. Analys.....	26
6.1 <i>Mater est</i> -principen – en internationellt tvingande regel?.....	26
6.2 Det svenska systemets förenlighet med artikel 8 EKMR vid icke-erkännande	28
6.3 Avslutande reflektioner .....	29
Käll- och litteraturförteckning .....	31

## Summary

The latest official government report on surrogacy arrangements stated that the *mater est*-principle is an overriding mandatory rule in Swedish law. A foreign judgement that establishes the intended mother as the legal parent of a child born through a surrogacy arrangement can therefore never be recognized by a Swedish court of law. The only way for an intended mother to become the legal mother of the child is in that case through an adoption. The purpose is therefore to investigate if the *mater est*-principle actually is an overriding mandatory norm and, if that is the case, if that creates a legal situation where the Swedish system is in breach of the child's right to respect for their private life as guaranteed in article 8 of the ECHR. This is done through a legal dogmatic analysis of the traditional sources of law in Sweden.

Neither the concepts of legal motherhood nor overriding mandatory norms have been thoroughly discussed in a Swedish context. The legislators have simply viewed motherhood as a biological fact. This view, of motherhood as a fact, have been challenged by surrogacy arrangements since the person who gives birth is not necessarily the genetic mother of the child or have the intention to become its parent. Overriding mandatory norm has traditionally in Sweden been safeguarding a weaker party. The identification of such norms have been done primarily through preparatory legislative materials. Since the primary purpose of the *mater est*-principle is not of a safeguarding nature and there is no support for that conclusion in the legislative bill, it should not be regarded as an overriding mandatory norm.

The examination of the compatibility with article 8 in the ECHR is limited to the advisory opinion from the ECtHR regarding the opportunities a state is required to give an intended mother to establish herself as the legal parent of a child born through surrogacy after the intended father have been established as the legal parent of the child in question. The ECtHR demands that there is an effective mechanism for establishing an intended mother legal motherhood as soon as her parent-child relationship with the child is a practical reality. In that situation, the requirements for adoption is that the intended mother has the consent of the intended father and is either married to him or are living with him. That requirement is in my view arbitrary

if seen from the perspective of the child. The rights that stems from legal parenthood should not be conditioned on its parents remaining a couple. That cannot be an “appropriate condition” in the view of the ECtHR. Sweden is therefore, in my view, not able to deny recognition in these cases without violation article 8 in ECHR with regard to the child.

## Sammanfattning

Den senaste SOU:n som behandlade surrogatmoderskap menade att *mater est*-principen är en internationellt tvingande regel i svensk rätt. Utländska domar som, efter ett surrogatarrangemang, etablerar en tilltänkt moder som ett barns rättsliga förälder kan om så är fallet aldrig erkännas av svenska domstolar. Den enda möjligheten för en tilltänkt moder att erhålla rättsligt föräldraskap för ett barn är att genomföra någon form av adoption, något som inte alltid är möjligt. Syftet är därför att utreda om *mater est*-principen är internationellt tvingande och om en sådan klassificering skapar ett rättsläge som strider mot ett barns till privatliv enligt art 8 EKMR genom att det förhindras att få sin tilltänka moder erkänd som sin rättsliga moder. För att besvara dessa frågor används en rättsdogmatisk metod baserad i de traditionella rättskällorna: lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och doktrin.

Varken moderskap eller internationellt tvingande regler som rättsliga koncept har i tidigare forskning behandlas särskilt utförligt i en svensk kontext. Att den som föder barnet är dess moder har av lagstiftaren betraktats som ett biologiskt faktum. Detta faktum har dock utmanats i och med att surrogatarrangemang skiljer på de traditionella markörerna för moderskap: födande, genetik och intentionen att bli förälder. Internationellt tvingande regler har i svensk rätt karakteriserats av att de är av social skyddskaraktär och att de på något sätt skyddar en svagare part. Identifieringen av dem har främst utgått från förarbeten. *Mater est*-principen har inte en uttalad social skyddskaraktär. Inte heller fick utredningens slutsats stöd i propositionen. *Mater est*-principen bör därför inte anses vara internationellt tvingande.

Analysen av svensk rätts förenlighet med art 8 i EKMR begränsades till Europadomstolens rådgivande yttrande om krav på möjligheter för en tilltänkt moder att erhålla rättsligt moderskap efter det att den tilltänkta fadern erkänts som rättslig förälder. Europadomstolen kräver att det finns en effektiv mekanism som gör det möjligt för en tilltänkt moder att erhålla rättsligt moderskap så fort hennes föräldrelation med barnet är en *practical reality*. I svensk rätt måste den tilltänkta modern genomföra en närståendeoption, vilket kräver samtycke från den tilltänka fadern samt att hon är gift med eller är i en pågående samborelation med honom. Det är i min mening godtyckligt, sett ifrån barnets perspektiv, att villkora alla de

rättigheter som följer ett rättligt föräldraskap på att dess föräldrar fortsätter komma överens. Sverige kan därför i min mening inte i detta fall neka ett erkännande av en utländsk dom som ger en tilltänkt moder rättsligt moderskap utan att bryta artikel 8 i EKMR.

# 1. Inledning

Trots förbudet mot surrogatmoderskap i Sverige så ökar antalet svenska par som åker utomlands för att bli föräldrar med hjälp av en surrogatmoder.<sup>1</sup> Dessa par är ofta dåligt informerade om de rättsliga konsekvenserna av surrogatmoderskap. De vill återvända till Sverige med barnet och leva som en familj och tänker att allt löser sig när barnet väl är fött.<sup>2</sup> Så enkelt är det enligt nuvarande reglering inte. De tilltänkta föräldrarna blir i regel barnets rättsliga föräldrar i det landet de genomför surrogatarrangemanget, antingen genom dom eller födelseattest<sup>3</sup>. Att de blir barnets rättsliga föräldrar i Sverige är dock inte självklart.

## 1.1 Bakgrund

I SOU 2016, den senaste statliga utredningen om surrogatarrangemang, menade utredaren att *mater est*-principen är internationellt tvingande.<sup>4</sup> Om så är fallet så måste en kvinna som skaffar barn med hjälp av en surrogatmoder adoptera det för att bli dess rättsliga förälder. En manlig partner kan dock i de flesta fall etablera sig som barnets rättsliga förälder utan adoption. Kvinnans måste i det fallet ansöka om närståendeadoption, något som kräver att hon vid adoptionstillfället är gift eller i en samborelation med mannen och att han samtycker till adoptionen. Resultatet av detta system kan vara förödande för möjligheterna för relationen mellan ett barn och dess sociala moder, något som illustrerades i ett fall från Svea Hovrätt.

Bakgrunden i fallet är kortfattat att ett par hade genomgått ett surrogatarrangemang i utlandet och återvänt med barnet till Sverige. Pappan erkändes som barnets rättsliga fader men modern ansökte inte om att få adoptera barnet. Paret separerade inom ett år och barnet levde därefter med modern. Fadern ansöker efter ett tag om ensam vårdnad om barnet och modern inser då att hon inte har några som helst rättigheter till barnet då hon inte är barnets rättsliga förälder. Eftersom hon varken har någon relation till fadern eller hans samtycke kan hon inte ansöka om närståendeadoption. En klassisk adoption är inte heller möjlig, som Hovrätten i fallet konstaterar, då den skulle släcka ut den genetiska faderns rättsliga faderskap. Hon har därför, för ett barn som hon från

---

<sup>1</sup> Se SOU 2016:11 s. 456-457; prop. 2017/18:155 s. 40.

<sup>2</sup> Se SOU 2016:11 s. 460.

<sup>3</sup> Kommer för enkelhetens skull fortsättningsvis säga enbart ”domar”.

<sup>4</sup> Se SOU 2016:11 s. 494.

dess födsel och tre år framåt varit mamma till, inte rätt till mer än ytterst begränsat umgänge.

Frågan om *mater est*-principens status som internationellt tvingande är därför av yttersta vikt. Detsamma gäller för frågan om Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter (EKMR) i vissa fall kräver att Sverige erkänner en utländsk dom som fastställer en tilltänkt moder som ett barns rättsliga moder.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna studie av gällande rätt är att undersöka huruvida *mater est*-principen är en internationellt tvingande regel i svensk rätt och om Sverige, med de nu rådande adoptionsreglerna, kategoriskt kan vägra att erkänna en utländsk dom som erkänner en tilltänkt moder som rättslig moder utan att kränka rätten till privatliv i EKMR.

Följande frågor ska därmed besvaras:

- Är *mater est*-principen internationellt tvingande?
- Är ett kategoriskt icke-erkännande av utländska domar om moderskap, med dagens regler om adoption, förenligt med ett barns rätt till privatliv enligt art 8 EKMR?

## 1.3 Avgränsningar

Analysen av det svenska systemets förenlighet med EKMR utgår ifrån och begränsar sig till de krav som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) ställer i sitt rådgivande yttrande den 10 april 2019 *concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Genomgången av det svenska systemet kring surrogatmoderskap kommer därför att anpassas till den situation som det rådgivande yttrandet behandlar. En mer omfattande analys kan inte genomföras inom ramen för detta arbete. Argument för och emot att tillåta surrogatmoderskap, som utförligt behandlas i SOU 2016:11, kan inte heller, mer än översiktligt, redovisas i detta arbete.

## 1.4 Metod och perspektiv

Arbetet är främst en studie av gällande rätt, vad den innehåller och om den är förenlig med grundläggande mänskliga rättigheter. Därför har en rättsdogmatisk metod



tillämpats. De allmänt accepterade rättskällorna, lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och rättsvetenskaplig litteratur har använts för att utreda gällande rätt.<sup>5</sup> När det kommer till behandlingen av *mater est*-principen har ett rättshistoriskt perspektiv kompletterat den rättsdogmatiska metoden för att möjliggöra en analys av både principens ställning i dagens Sverige och dess historiska plats i svensk rätt.

Uttalanden om att *mater est*-principen är internationellt tvingande i SOU 2016 och ett efterföljande rättsfall har kritiskt granskats från ett internationellt privaträttsligt perspektiv och det föreslagna rättsläget har sedan analyserats utifrån ett perspektiv om grundläggandemänskliga rättigheter.

## 1.5 Forskningsläge och material

Det finns en stor mängd forskning om surrogatarrangemang; de har behandlats i SOU 2016:11 och i svensk<sup>6</sup> och internationell doktrin<sup>7</sup>. Av dessa har SOU 2016:11 föredragits då den är den senaste utförliga behandlingen av det svenska rättsläget och har, i huvudsak, fått stöd av prop. 2017/18:155.

Forskningen är mer begränsad när det kommer till internationellt tvingande regler och *mater est*-principen. Internationellt tvingande regler som ett internationellt privaträttsligt koncept i svensk rätt har inte behandlas utförligt i något enskilt verk, utan har istället diskuterats kortfattat i ett antal förarbeten och rättsvetenskapliga texter. Materialet som ligger till grund för avsnittet om internationellt tvingande regler är därför en sammanställning av en mängd olika källor. Den begränsade forskningen kring *mater est*-principen beror på att den setts som en självklarhet i svensk rätt. Materialet som används är därför främst uttalanden i diverse förarbeten som kompletterats med den rättsvetenskapliga litteratur som finns tillgänglig.

## 1.6 Disposition

Första kapitlet redogör för moderskap och surrogatmoderskap i svensk rätt samt hur den senare påverkar den första. I kapitel två behandlas internationellt tvingande regler, först som ett internationellt privaträttsligt koncept och sedan vilket anspråk *mater est*-principen har på en status som internationellt tvingande. I kapitel tre återges

---

<sup>5</sup> Se Kleineman (2013) s. 21.

<sup>6</sup> Se till exempel Stoll (2013).

<sup>7</sup> Se till exempel Trimmings och Beaumont (2013).

praxis från Europadomstolen om rättsligt föräldraskap för tillänkta föräldrar efter ett surrogatarrangemang. I kapitel fyra redogörs för en tillänt moders möjlighet att erhålla rättsligt moderskap i Sverige i den situation som Europadomstolen behandlade i sitt rådgivande yttrande. Slutligen kommer i kapitel fem en analys om *mater est*-principen är internationellt tvingande och, i så fall, om detta kan skapa en situation som är oförenlig med rätten till privatliv i EKMR.

## 2. Rättsligt moderskap i svensk rätt

Moderskap kan med fördel delas upp i rättsligt, biologiskt, genetiskt och socialt moderskap.<sup>8</sup> Med det biologiska moderskapet menas relationen som uppkommer mellan den kvinna som föder barnet och själva barnet, oavsett genetisk koppling eller intention att bli barnets rättsliga eller sociala förälder.<sup>9</sup> I kontexten surrogatmoderskap brukar också begreppet *tilltänkta föräldrar* användas för att beskriva intentionen från paret som anordnar surrogatarrangemanget att bli barnets sociala föräldrar. Det rättsliga föräldraskapets betydelse för ett barn redogörs tydligt för av Hague Conference on Private International Law:

It is the gateway, today, through which many of the obligations owed by adults to children flow [...]. Whether one is talking of the identity of those responsible for looking after children (parental responsibility), their financial support (maintenance), inheritance or nationality, [...] the identity of those against whom children can enforce such rights [...], may often depend upon the answer to the simple question: who is / are your parent(s)?<sup>10</sup>

Rättsligt moderskap i Sverige har historiskt varit, och är fortfarande, ett biologiskt faktum.<sup>11</sup> Den som föder barnet är barnets moder – *mater est*-principen. Lagberedningen uttryckte det 1915 som att ”det omedelbart framgår vem som är moder till ett barn”.<sup>12</sup> *Mater est*-principen utgörs av två maximer från romersk rätt: ”[*mater*] *semper certa est*”<sup>13</sup> (det är alltid säkert vem som är moder) eftersom att *mater est quam gestatio demonstrat* (modern är den som födandet visar).

*Mater est*-principen har trots sin historiska självklarhet inte kommit till uttryck i lagstiftning, med undantag för 1 kap. 7 § föräldrabalken (FB) som reglerar moderskap i de fall graviditeten uppkommit genom befruktning utanför kroppen eller med hjälp av donerade ägg. Regeln är dessutom ämnad att inkludera surrogatmoderskapsarrangemang.<sup>14</sup> Anledningen till att någon allmän regel om moderskap inte kommit till uttryck i lagtext är att det enligt lagrådet inte ”uppkommit

---

<sup>8</sup> Se Ryrstedt (2003) s. 554.

<sup>9</sup> Se SOU 2016:11 s. 297.

<sup>10</sup> Hague Conference on Private International Law (2014) p. 18.

<sup>11</sup> Se prop. 2001/02:89 s. 83.

<sup>12</sup> Se LB 1915 III s. 190.

<sup>13</sup> Digesterna 2.4.5.

<sup>14</sup> Se prop. 2001/02:89 s. 55; Saldeen (2007) s. 237.

ett allmänt behov av en sådan lagreglering”<sup>15</sup>. 1 kap. 7 § FB ansågs vara tillräcklig för att lösa problemet som modern reproduktionsteknik medförde, att ett barns genetiska och biologiska moder inte nödvändigtvis är samma person. I förarbetena förs inte något längre resonemang om vem som ska anses vara barnets moder då *mater est*-principen inte varit särskilt ifrågasatt.<sup>16</sup> Utgångspunkten, att *mater est*-principen ska fortsätta gälla, stod fast och diskussionen handlar därför om hur det bäst hanteras rent lagtekniskt.

*Mater est*-principen har dock inte varit absolut i svensk rätt. Mellan 1778 och 1915 var det möjligt att genomföra anonyma födslar, alltså att kvinnan som föder barnet kunde välja att göra det anonymt. Barnet mor antecknades då som okänd. Den som föder barnet kunde därför vid födseln välja om den skulle bli barnets moder eller inte. Biologiskt moderskap resulterade därför inte nödvändigtvis i rättsligt moderskap. Syftet med detta var att minska barnamorden genom att ge kvinnor som blev gravida utanför äktenskapet en möjlighet att ”kunna dölja sin förbrytelse”<sup>17, 18</sup>.

## 2.1 Surrogatmoderskap

Surrogatmoderskap är när en kvinna (surrogatmodern) blir gravid med den uttalade avsikten att efter födseln lämna över barnet och därmed föräldraskapet till ett par eller en person<sup>19</sup>, de så kallade tilltänkta föräldrarna. Surrogatmoderskap har i svensk rätt aldrig varit tillåtet. Ett flertal utredningar har behandlat frågan och de har alla dragit slutsatsen att surrogatmoderskap inte är etiskt försvarbart och därför inte bör tillåtas i Sverige.<sup>20</sup>

De tekniker och metoder som används för att göra surrogatmodern gravid är inte av rättsligt intresse för frågan om rättsligt moderskap. Barnets genetiska sammansättning kan dock vara avgörande. Det finns fyra möjliga genetiska kopplingar mellan barnet och de tilltänkta föräldrarna. Att (1) ingen av dem har någon genetisk koppling till barnet, att (2) enbart den tilltänkta modern har en genetisk koppling till barnet, att (3) enbart den tilltänkta fadern har en genetisk koppling till barnet och att (4) båda har en

---

<sup>15</sup> Prop. 2001/02:89 s. 83.

<sup>16</sup> Jmf dock Singer (2006); Tolstoy Kongstad (2005).

<sup>17</sup> Hafström (1975) s. 87.

<sup>18</sup> Se Hafström (1975) s. 86–88.

<sup>19</sup> Kommer fortsättningsvis enbart skriva ”par” för enkelhetens skull.

<sup>20</sup> Se SOU 1985:5 s. 33–34; Ds 2000:51 s. 49–50; SOU 2016:11 s. 378–450.

genetisk koppling till barnet. Det är för frågan om föräldraskap i svensk rätt oväsentligt vem i fallen 1–3 bidragit med genetiskt material i det fall det inte är den tilltänkta föräldern. Oavsett om det är en tredje part som donerat det genetiska materialet eller om surrogatmoderns egna könsceller används påverkas inte bedömningen av vem som kan bli barnets rättsliga förälder.

## 2.2 Surrogatmoderskap och rättsligt moderskap

När lagberedningen 1915 såg frågan som självklar var den kvinna som födde barnet alltid barnets genetiska moder. Att ge denna person status som rättslig förälder var därför okontroversiellt. Surrogatarrangemang bryter dock detta paradigm. Trimmings & Beaumont uttryckte det som att ”Surrogacy completely disrupts traditional rules on legal parentage as it separates the three principal markers of legal motherhood: gestation, genetics and the intention to parent”.<sup>21</sup> Vem som ska anses vara barnets moder är därmed inte lika självklart. Flera olika möjligheter har diskuterats i doktrinen.<sup>22</sup> Lagstiftaren har dock hittills hållit fast vid *mater est*-principen, även i fall där surrogatmodern varken är barnets genetiska moder eller har intentionen att bli barnets sociala moder.

---

<sup>21</sup> Trimmings och Beaumont (2016) s. 233.

<sup>22</sup> Se Stoll (2013) s. 240-260; Trimmings och Beaumont (2016) s. 238–249.

### 3. Internationellt tvingande regler

#### 3.1 Internationellt tvingande regler som ett internationellt privaträttsligt koncept

För att förstå vad internationellt tvingande regler är och deras syfte inom den internationella privaträtten krävs en förståelse varför ett land överhuvudtaget tillämpar utländsk lag eller erkänner utländska domar. Bogdan skriver att ”foreign law is in principle applied in the interest of the forum country”<sup>23</sup>. För erkännande av utländska domar menar Tanja Domej att det finns en ”broad consensus today that it is in the public interest as well as in the interests of the private parties involved that foreign judgments are, in principle, recognized and enforced”<sup>24</sup>. Tillämpningen av utländsk lag och erkännandet av utländska domar görs därför främst i foru­mlandets egenintresse.

Tillämpningen av utländsk lag har liknats vid ett kliv ut i mörkret då alla möjliga resultat av en konfliktregel är omöjliga att förutse.<sup>25</sup> Utfallet kan bli oacceptabelt sett ur foru­mlandets synvinkel. Den internationella privaträtten är inte blind för detta, speciellt inte när ett socialt skyddsintresse är inblandat.<sup>26</sup> Det finns i huvudsak två lösningar på problemet att den internationella privaträtten leder till orimliga resultat: *ordre public* och internationellt tvingande regler.

*Ordre public* är den klassiska lösningen. Om utfallet av ett tillämpande av de gällande lagvalsreglerna är uppenbart oförenligt med grunderna för svensk rättsordning<sup>27</sup> så stoppas det. Internationellt tvingande regler kräver istället att alla förhållanden och situationer av ett visst slag ska vara ”subjected to the uniform substantive regulation provided for by the peremptory rules themselves”<sup>28</sup>. Skillnaden kan sammanfattas som att *ordre public* är ett negativt undantag som exkluderar vissa oacceptabla resultat på grund av deras oförenlighet med grundläggande principer medan internationellt

---

<sup>23</sup> Bogdan (2011) s. 215.

<sup>24</sup> Domej (2017) s. 1471.

<sup>25</sup> Bogdan (2011) s. 214.

<sup>26</sup> Se Jän­terä-Jareborgs (1995) s. 375.

<sup>27</sup> Se t.ex. 6 § i lagen (1964:528) om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker och 15 § i lagen (1990:272) om vissa internationella frågor rörande makars förmögenhetsförhållanden.

<sup>28</sup> Mosconi (1989) s. 144.

tvingande regler är ett positivt undantag som kräver att vissa viktiga och känsliga regler alltid tillämpas oavsett *lex cause*.<sup>29</sup>

En internationellt tvingande regel behöver inte nödvändigtvis vara utan begränsningar i sitt tillämpningsområde. Denna begränsning kallas för dess räckvidd och beror i stor grad på fallets koppling till forumlandet.<sup>30</sup> För att använda arbetsrätten som exempel så gjorde Arbetsdomstolen den bedömningen att LAS endast bör vara tillämplig när anställningsförhållandet har en stark anknytning till Sverige. Sådan stark anknytning ansåg arbetsdomstolen att det fanns när arbetet utförs i Sverige. LAS är därför i regel enbart internationellt tvingande när arbetet utförs i Sverige. Ska svensk domstol döma, enligt annan lag än *lex fori*, i ett arbetsrättsligt mål där arbetet utförts utomlands måste de därför inte tillämpa LAS.<sup>31</sup>

### 3.2 Identifiering av internationellt tvingande regler i svensk rätt

Svensk civilrätt är allmänt skriven och identifieringen av vilka regler som är internationellt tvingande har i huvudsak lämnats till rättstillämpningen.<sup>32</sup> Det finns dock få fall där denna fråga ställt på sin spets. Inte heller har ämnet bearbetats särskilt utförligt eller uttömmande i svensk doktrin. Detta har medfört att det är svårt att identifiera vilka regler som är internationellt tvingande. Det främsta verktyget för rättstillämparen vid identifieringen av potentiella internationellt tvingande regler är därför förarbeten.<sup>33</sup> Förarbetens viktiga roll vid identifieringen av internationellt tvingande regler cementerades i Ds 1996:7 som utredde införlivandet av 1980 års Romkonvention som medgav att länder frångick dess konfliktregel genom tillämpandet av internationellt tvingande regler. Utredningen diskuterade därför huruvida två bestämmelser i svensk rätt är internationellt tvingande trots att det inte finns något stöd för det i propositionen. Slutsatsen för båda bestämmelserna är, trots att de skyddar en svagare part, att de inte bör anses som internationellt tvingande eftersom det inte finns något stöd för det i förarbetena.<sup>34</sup> Utredningens slutsatser fick stöd i den efterföljande propositionen.<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> Bogdan 2011 s. 239.

<sup>30</sup> Se Bogdan (2011) s. 243.

<sup>31</sup> Se AD 2004 nr. 45.

<sup>32</sup> Se Bogdan (2014) s. 73; Se till exempel prop. 1973:129 s. 229 och prop. 1979/80:9 s. 98.

<sup>33</sup> Se till exempel AD 2004 nr. 45.

<sup>34</sup> Se Ds 1996:7 s. 53 och 58.

<sup>35</sup> Se Prop. 1997/98:14 s. 25 och 27.

Generellt är regler internationellt tvingande om de är ”necceary for the maintance or protection of some extremly important intrest of the state”<sup>36</sup>. Phocion Franceskakis uttryckte det 1966 som ”rules compliance with which is necessary for the protection of the political, social and economic organisation of the country”<sup>37</sup>. Denna definition användes sedan av EU-domstolen i Arblade-fallet.<sup>38</sup> Rättspraxis skiljer sig dock åt internationellt. Tyska domstolar är till exempel mer restriktiva och kräver att regeln skyddar ett allmänt intresse medan franska domstolar nöjer sig med att regeln skyddar en svagare part.<sup>39</sup> En allmän internationell definition är därför inte särskilt användbar för att identifiera internationella tvingande regler i Sverige.

Det finns som sagt ingen allmän definition av internationellt tvingande regler i Sverige. Det finns dock ett flertal försök till att karaktärisera en sådan. I prop 1992/93:222 framfördes det att frågan om en regel är internationellt tvingande eller inte måste besvaras särskilt för varje regel med hänsyn till dess ”syfte och karaktär”<sup>40</sup>. Jänterä-Jareborg karaktäriserar internationellt tvingande regler som regler har en ”uttalad social skyddskaraktär”<sup>41</sup> och Bogdan skriver att de är regler som för landet ”är så känsliga och viktiga att de inte få åsidosättas”<sup>42</sup>

För svensk vidkommande brukar regler som skyddar en svagare part tillerkännas status som internationellt tvingande regler.<sup>43</sup> Anställningsskydd, konsumenträttigheter och barns rättsliga ställning är tre klassiska exempel på regler som skyddar en svagare part. Även mer generella skyddsregler kan också vara internationellt tvingande. 36 § i avtalslagen brukar lyftas som ett exempel på en sådan.<sup>44</sup> I äldre doktrin har Eek pekat ut familjerätten som ett exempel på ett område där internationellt tvingande regler återfinns. Motviljan mot att tillämpa utländsk rätt eller erkänna utländska avgörande på familjerättens område materialiseras ofta dock genom lagvalsregler som alltid

---

<sup>36</sup> Wilderspin (2017) s. 1331.

<sup>37</sup> Wilderspin (2017) s. 1331.

<sup>38</sup> Se de förenade målen C-369/96 och C-376/96 Arblade, EU:C:1999:575.

<sup>39</sup> Se Wilderspin (2017) s. 1332.

<sup>40</sup> Prop. 1992/93:222 s. 50.

<sup>41</sup> Jänterä-Jareborgs (1995) s. 376.

<sup>42</sup> Bogdan (1996) s. 118.

<sup>43</sup> Se AD 2004 nr. 45.

<sup>44</sup> Se Bogdan (1996).



hänvisar till *lex fori* och inte i klassificeringen av rättsregler som internationellt tvingande.<sup>45</sup> Bogdan menar också att internationellt tvingande regler inte är det huvudsakliga verktyget som används i domstolar för att komma till rätta med, ur forumlandets synvinkel, oacceptabla resultat av tillämpandet av utländsk rätt inom familjerättens område. Han pekar däremot inte på lagvalsreglerna utan menar istället att det generellt är *ordre public*.

### 3.3 *Mater est*-principen som en internationellt tvingande regel

Det anspråk som *mater est*-principen har på en status som internationellt tvingande grundar sig på ett flertal uttalanden i SOU 2016:11.<sup>46</sup> Utredningen skriver att *mater est*-principen är internationellt tvingande för att den är ”så grundmurad i den svenska rättsuppfattningen att den bör gälla även i utlandsanknutna situationer”<sup>47</sup>. Utredningens konstaterande, att *mater est*-principen är internationellt tvingande, motiveras inte explicit med mer än just att principen är ”grundmurad i svensk rättsuppfattning”. Vidare förs det ingen diskussion om vilken räckvidd principen bör ges.

Mellan raderna framgår dock anledningen till varför utredningen såg det som nödvändigt att *mater est*-principen är internationellt tvingande. Efter att ha kommit fram till slutsatsen att surrogatmoderskap måste motverkas<sup>48</sup> kom utredningen till insikten att Sverige inte kan ”anses motverka förekomsten av kommersiella surrogatarrangemang om vi samtidigt alltid godtar konsekvenserna av ett sådant arrangemang”<sup>49</sup>. I detta led valde utredningen därför att det inte borde genomföras några större författningsändringar för att motverka de problem utländska surrogatarrangemang kan medföra samt att *mater est*-principen bör vara internationellt tvingande. Det kan här tilläggas att utredningen menar att den rådande regleringen inte orsakat några allvarliga problem för barn som fötts genom surrogatarrangemang och därför inte ansåg att barnets bästa, som enligt art. 3 i

---

<sup>45</sup> Se Eek (1973) s. 69.

<sup>46</sup> Se SOU 2016:11 s. 494, 507, 521 och 525.

<sup>47</sup> Ibid. s. 494.

<sup>48</sup> Ibid. s. 378.

<sup>49</sup> Ibid. s. 519.

barnkonventionen ska vara avgörande i alla frågor som rör barn, inte krävde några större författningsändringar.<sup>50</sup>

Utredningens slutsatser kring surrogatmoderskap fick i huvudsak stöd i den efterföljande propositionen då inga författningsändringar föreslås för att underlätta för svenska medborgare att genomföra surrogatarrangemang utomlands.<sup>51</sup> Propositionen stannade, till skillnad från utredningen, vid att utländska surrogatarrangemang inte skulle underlättas genom författningsändringar. Att kommersiella surrogatarrangemang skulle motverkas och att *mater est*-principen skulle vara internationellt tvingande plockades inte upp av propositionen. Den stannade vid att skriva att det ”inte är godtagbart att kommersiella surrogatarrangemang äger rum för vinnings skull”<sup>52</sup>.

Utredningens resonemang har istället plockats upp av Attunda Tingsrätt när de avslog, med motiveringen att *mater est*-principen är internationellt tvingande, en tilltäckt moders ansökan om att hon skulle fastställas som barnets rättsliga moder. Att *mater est*-principen skulle vara internationellt tvingande motiverades, likt i utredningen, av att *mater est*-principen är grundmurad i svensk rättsuppfattning.<sup>53</sup> Målet har sedermera beviljats prövningstillstånd i högsta domstolen där just frågan om erkännande av utländsk dom ska behandlas.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Ibid. s. 519–521.

<sup>51</sup> Se prop. 2017/18:155 s. 39.

<sup>52</sup> Prop. 2017/18:155 s. 40.

<sup>53</sup> Attunda Tingsrätt, beslut 2017-11-29 i mål nr 9267-16.

<sup>54</sup> Högsta domstolen, beslut 2018-12-12 i mål nr 2680-18.

## 4. Surrogatmoderskap och rättsligt föräldraskap i Europadomstolens praxis

Surrogatarrangemang och dess följder har på senare intresserat Europadomstolen. Domstolen har i ett flertal fall ställts inför frågan om rättsligt föräldraskap efter ett surrogatarrangemang.<sup>55</sup> En tilltänkt moders rättsliga moderskap behandlades i ett rådgivande yttrande 10 april 2019 *concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Argumentationen i det rådgivande yttrandet bygger vidare på Europadomstolens tidigare praxis, främst *Labassee v. France*<sup>56</sup> och *Menesson v. France*<sup>57</sup> som prövade frågan om rättsligt erkännande av föräldra- och barnförhållandet mellan barnet och den tilltänkta (och genetiska) fadern. Fallen är snarlika i bakgrund och identiska i utfall. Därför kommer endast *Menesson v. France* diskuteras.

### 4.1 *Menesson v. France*

Bakgrunden i fallet var kortfattat att det gifta paret Mennesson åkte till Kalifornien och genomförde ett surrogatarrangemang som resulterade i två barn som den tilltänkta fadern hade en genetisk koppling till. Könscellerna hade donerats av en tredje part. Frankrike nekade sedan den tilltänkta fadern status som barnets rättsliga fader, både genom att vägra erkänna den dom som fastslog den tilltänkta fadern som barnets genetiska och rättsliga fader och inte låta honom adoptera barnet. Frågan inför Europadomstolen var om detta kränkte föräldrarnas eller barnets rätt till familjeliv eller privatliv enligt art 8 EKMR.<sup>58</sup>

Art. 8 EKMR är konstruerad så att alla inskränkningar i rätten till privat och familjeliv är förbjudna om inte de är (1) gjorda med stöd i lag, (2) nödvändiga i ett demokratiskt samhälle och (3) gjorda i ett legitimt syfte. Domstolen konstaterade först att det inte är en tvist huruvida en inskränkning har skett. Frågan är om ett undantag är motiverat utifrån de tre kriterierna. Domstolen fann att Frankrikes agerande var både rättsenligt och i legitimt syfte. Frågan är alltså om inskränkningen, att inte ge den tilltänkta

---

<sup>55</sup> Se Europadomstolen, 'Gestational Surrogacy', <[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Surrogacy\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_ENG.pdf)> (besökt 2019-05-23).

<sup>56</sup> Se *Labassee v. France*, no. 65941/11.

<sup>57</sup> Se *Menesson v. France*, no. 65192/11, ECHR 2014-III.

<sup>58</sup> *Ibid.* punkt 6–28.

fadern någon möjlighet att bli barnets rättsliga fader, är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.<sup>59</sup>

Frankrikes *margin of appreciation* är essentiellt i bedömning om inskränkningen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Traditionellt är denna rätt bred när, i fall som detta, gäller vad som är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle och det inte finns någon konsensus i de konventionsanslutna länderna. Dock begränsas den kraftigt när ”an essential aspect of the identity of an individual is at stake”<sup>60</sup>, vilket domstolen menar förhållandet mellan ett barn och en förälder är. Domstolen kräver därför att länder iakttar en balans mellan det allmänna intresset att vilja motverka surrogatarrangemang och de enskilda parterna i ett surrogatarrangemang.<sup>61</sup> För rätt till familjeliv ansåg domstolen att Frankrike iakttagit en sådan balans då de tilltänkta föräldrarna kunde leva som en familj tillsammans med barnet i Frankrike.<sup>62</sup>

Angående barnets rätt till ett privatliv trycker domstolen på att ”the best interests of that child are paramount”<sup>63</sup>. Europadomstolen kunde i och för sig acceptera intresset att motverka utländska surrogatarrangemang, men:

[...] the effects of non-recognition [...] are not limited to the parents alone, who have chosen a particular method of assisted reproduction prohibited by the French authorities. They also affect the children themselves, whose right to respect for their private life – which implies that everyone must be able to establish the substance of his or her identity, including the legal parent-child relationship – is substantially affected.<sup>64</sup>

Vikten av erkännande för ett barns identitet är dessutom extra stark när den tilltänka föräldern är barnets genetiska förälder. Slutsatsen är därför att Frankrike kränkt barnets rätt till ett privatliv genom att inte ge hans genetiska fader någon möjlighet alls att erhålla status som rättslig fader.

---

<sup>59</sup> Ibid. punkt 48–62.

<sup>60</sup> Ibid. punkt 80.

<sup>61</sup> Ibid. punkt 75–84.

<sup>62</sup> Ibid. punkt 92–94.

<sup>63</sup> Ibid. punkt 81.

<sup>64</sup> Ibid. punkt 99.

## 4.2 Europadomstolens rådgivande yttrande om en tilltänkt moders rättliga moderskap

*Menesson v. France* lämnar dock flera frågor obesvarade, till exempel vad som gäller för en tilltänkt moder och vilka medel för att erhålla rättsligt föräldraskap som krävs för att tillgodose barnets rätt till privatliv. För att besvara dessa publicerade Europadomstolen sitt första rådgivande yttrande enligt det nya protokoll nr. 16.<sup>65</sup> Frågan som ställdes till domstolen var tvådelad. Första frågan är om det kränker rätten till privatliv att inte erkänna en födelseattest som ger den tilltänkta modern rättsligt moderskap trots att man erkänner födelseattesten i den del den rör den tilltänkta genetiska fadern. Den andra frågan är om, vid jakande svar på den första frågan, möjligheten för den tilltänka modern att adoptera barnet är tillräckligt för att tillgodose rätten till privatliv.

Europadomstolen börjar med att avgränsa sitt svar till när den tilltänka modern inte är barnets genetiska moder men den tilltänkta fadern är barnets genetiska och följaktligen har erkänts som barnets rättsliga fader. Betydelsen av en eventuell genetisk koppling mellan den tilltänkta modern och barnet behandlas därför inte. Inte heller behandlas situationen där den tilltänka fadern inte är barnets genetiska fader. För frågan om ett icke-erkännande kränker ett barns rätt till privatliv är två faktorer av yttersta vikt: barnets bästa och staters *margin of appreciation*.<sup>66</sup> Angående barnets bästa resonerar domstolen som i *Menesson v. France*. Barnet påverkas negativt av ett icke-erkännande och dess rätt till privatliv inskränks.<sup>67</sup> Eftersom ”the best interest of the child is paramount”<sup>68</sup> när domstolen därför slutsatsen att en ”general and absolute impossibility”<sup>69</sup> för barnet att få den tilltänka modern erkänd som hens rättsliga moder är oförenligt med barnets bästa. Angående staters *margin of appreciation*, så gjorde domstolen återigen samma bedömning som i *Menesson v. France*: att den är

---

<sup>65</sup> Se Europadomstolens rådgivande yttrande den 10 april 2019 *concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*.

<sup>66</sup> Ibid. punkt 37.

<sup>67</sup> Ibid. punkt 39-42.

<sup>68</sup> Ibid. punkt 38.

<sup>69</sup> Ibid. punkt 42.

begränsad på grund av den betydelsen som ett rättsligt erkännande av en föräldrabarnrelation har för ett barns identitet.<sup>70</sup>

Europadomstolens slutsats är därför att ett system där det är helt omöjligt för en tilltänkt moder att blir erkänd som barnets rättsliga moder kränker barnets rätt till privatliv. Trots att domstolen avgränsat sitt yttrande till att handla om en tilltänkt moder utan genetisk koppling till barnet väljer den att påpeka att en liknande situation fast med en tilltänkt moder med genetisk koppling till barnet så är behovet av erkännande av relationen mellan dem två är ännu större än i det avhandlade fallet.<sup>71</sup>

Eftersom domstolen svarat jakande på den första frågan måste den pröva om ett barns rätt till privatliv kan tillgodoses genom andra metoder än ett erkännande av utländsk dom eller födelseattest, exempelvis adoption. Det är enligt domstolen i barnets intresse att ett legalt moderskap för den tilltänka modern snabbt kan etableras.<sup>72</sup> Samtidigt menar domstolen att ländernas *margin of appreciation* låter dem välja metod för fastställande av den tilltänkta moderns legala moderskap. Anledningen till att just metoden för etablering av rättsligt moderskap ligger inom *margin of appreciation* är att det inte är själva etablerande av det legala föräldraskapet som står på spel utan bara med vilken metod det kan uppnås.<sup>73</sup> Det som Europadomstolen slutligen kräver är att så fort att relationen mellan den tilltänkta modern och barnet blivit en ”practical reality” måste det finnas en effektiv mekanism som möjliggör ett erkännande av det förhållandet.<sup>74</sup>

Vad som krävs för att vara en effektiv mekanism behandlas inte utförligt i domen. De menar istället att det är upp till de nationella domstolarna att tolka det rådgivande yttrandet. Europadomstolen ger trots detta en del ledtrådar. De nämner specifikt adoption och säger att det kan vara en godtagbar mekanism om den kan genomföras ”promptly and effectively, in accordance with the child’s best interests”<sup>75</sup> och kraven

---

<sup>70</sup> Ibid. punkt 43–46.

<sup>71</sup> Ibid. punkt 47.

<sup>72</sup> Ibid. punkt 49.

<sup>73</sup> Ibid. punkt 51.

<sup>74</sup> Ibid. punkt 54.

<sup>75</sup> Ibid. punkt 55.

som lagen ställer för en godkänd adoption är lämpliga och innehåller en prövning av barnets bästa.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Ibid. 54.

## 5. Tilltänkta mödrars rättsliga moderskap i Sverige

Det finns för en kvinna ett flertal möjligheter att erhålla status som rättslig förälder i Sverige. Det vanligaste sättet är att den som föder barnet direkt antecknas som moder, något som inte är aktuellt för en tilltänkt moder. För henne krävs det för rättsligt moderskap därför ett erkännande av en utländsk dom, att hennes moderskap fastställs genom en fastställsetalan enligt 13 kap 2 § rättegångsbalken eller att hon adopterar barnet.

### 5.1 Erkännande av utländsk dom och fastställsetalan

För att erkänna utländsk dom krävs det i regel stöd i lag.<sup>77</sup> Främmande familjerättsliga statusdomar utgör ett slags undantag från denna huvudregel. Att inte erkänna det statusförhållande som den utländska domen fastslår innebär ett direkt underkännande av ett familjeförhållande som fastslagits i utländsk rätt, vilket skiljer sig från det typiska fallet där ett icke-erkännande enbart medför att saken inte är prövad i svensk bemärkelse.<sup>78</sup> Det har därför traditionellt ansetts att en främmande familjerättslig statusdom bör erkännas även utan lagstöd om de ”inblandade personerna hade en stark naturlig anknytning”<sup>79</sup> till forulandet. Till exempel så har en tilltänkt fader som inte är barnets genetiska fader erkänts som barnets rättsliga fader utan stöd i lag i fall där hans partner är barnets genetiska fader.<sup>80</sup> Möjligheterna att erkänna en sådan dom begränsas av *ordre public*. HD har dock varit återhållsamma med att erkänna utländska domar utan stöd i lag.<sup>81</sup>

Oavsett möjligheten att erkänna utländsk familjerättslig statusdom utan stöd i lag går det inte att erkänna en utländsk dom som ger en tilltänkt moder ett rättsligt moderskap över barnet om *mater est*-principen är internationellt tvingande. Om *mater est*-principen är internationellt tvingande kan en tilltänkt moder aldrig bli barnets rättsliga moder utan att någon form av adoption genomförs.<sup>82</sup> Inte heller kan hon vinna framgång genom att ansöka om fastställelse av moderskap då, i brist på lagvalsregler, domstolen med all sannolikhet skulle tillämpa svensk rätt, vilket alltid leder till att

---

<sup>77</sup> Se Bogdan (2014) s. 280 och 290.

<sup>78</sup> Se Bogdan (2014) s. 291–292.

<sup>79</sup> Bogdan (2014) s. 294.

<sup>80</sup> Se Svea Hovrätt, beslut 2014-10-07 i mål nr 6952-14 och beslut 2015-01-20 i mål nr 9822-14.

<sup>81</sup> Se NJA 1974 s. 324 och NJA 2015 Not N 6.

<sup>82</sup> Se SOU 2016:11 s. 363.



*mater est*-principen tillämpas.<sup>83</sup> Bogdan har spekulerat om att det i brist på lagvalsregler för fastställande av moderskap skulle gå att använda reglerna om fastställande av faderskap analogt.<sup>84</sup> Detta skulle i teorin kunna leda till att utländsk lag tillämpas i frågan om vem som ska anses vara barnets rättsliga moder. Det skulle däremot inte göra någon skillnad om *mater est*-principen är internationellt tvingande och därför alltid ska tillämpas i frågor om moderskap.

## 5.2 Adoption

För att en tilltänkt moder ska bli barnets rättsliga förälder krävs det därför någon form av adoption. Adoptionsmöjligheterna skiljer sig åt beroende på om hennes partner är barnets genetiska fader. Om hennes partner är det kan han direkt erkännas som barnets rättsliga far enligt 1:7 Lag (1985:367) om internationella faderskapsfrågor, alternativt få det fastställt genom en talan om fastställande av faderskap enligt 1:5 FB. Hon kan då ansöka om närståendeadoption enligt 4 kap. 6 § 2 st. FB. Om hennes partner inte är barnets genetiska fader måste en klassisk adoption genomföras. För den situation som Europadomstolen i sitt rådgivande yttrande uttalade sig om var den tilltänkte fadern barnets genetiska och kunde därför erkännas. Diskussionen om Sveriges adoptionsregler kommer därför fokusera på närståendeadoption.

För närståendeadoption krävs det i svensk rätt, förutom den allmänna lämplighetsbedömningen i 4 kap. 2 § FB, att den ansökande är sambo eller maka till en av barnets rättsliga föräldrar och att båda rättsliga föräldrarnas samtycke ges, se 4 kap. 6 § FB. Samtycket behövs dock inte om ena föräldern är varaktigt förhindrad att ge sitt samtycke, är på okänd ort eller det finns synnerliga skäl enligt 4:8 2 st FB. Synnerliga skäl är dock en hög tröskel och är inte enligt förarbetet ämnat att inkludera situationer där föräldern faktiskt inte samtycker.<sup>85</sup> Detta bekräftades i NJA 2005 s. 505 där den tilltänkta genetiska fader drog tillbaka sitt samtycke efter att tingsrätten godkänt adoptionen men innan beslutet vunnit laga kraft. En majoritet i HD avslår därför adoptionsansökan. En minoritet var dock kritisk till att man genom ett avslag skulle avskära ett barns sociala och genetiska moder alla möjligheter till vårdnad och

---

<sup>83</sup> Se Svea Hovrätt, dom 2018-01-23 i mål nr 5424-17.

<sup>84</sup> Se Bogdan (2002) s. 746–747.

<sup>85</sup> Se prop 2017/18:121 s. 60.

umgänge.<sup>86</sup> Genomgående så ska barnets bästa stå i främsta rummet för alla frågor som rör adoption, se 4 kap. 1 § FB.

## 6. Analys

### 6.1 Mater est-principen – en internationellt tvingande regel?

Med utgångspunkt i att det inom svensk familjerätt är ovanligt med internationellt tvingande regler, eftersom *ordre public* och lagvalsregler föredras, är SOU 2016:11:s slutsats dåligt underbyggd. Att en rättsregel eller princip är grundmurad i svensk rättsuppfattning talar, i och för sig, för att den är en internationellt tvingande regel. Kriteriet ”grundmurad”, i den bemärkelsen att en regel varit en självklar och viktig del av svensk rätt under en längre tid, är i min mening inte i sig tillräcklig. Det motsatta skulle innebära att rättsregler som laglotten och traditionsprincipen, regler som utan tvekan skulle kunna beskrivas som grundmurade i svensk rättsuppfattning, också skulle vara internationellt tvingande. Det krävs därför mer än att en rättsregel varit en självklar och viktig del av svensk rätt för att ge den status som internationellt tvingande.

Hur grundmurad *mater est*-principen är i svensk rättsuppfattning kan också ifrågasättas då avsteg gjorts från den för att skydda utsatta kvinnor genom att låta dem, för att minska antalet barnamord, föda utomäktenskapliga barn anonymt i en tid där detta var mycket skamfullt. Att tillåta ett avsteg från *mater est*-principen för att skydda ett barn, som tillkommit på ett av samhället oacceptabelt vis, är därför helt i led med dess historia.

Något som brukar krävas är att det finns stöd i förarbetena för att regelns tillämpningsområde ska sträcka sig även till utlandsanknutna situationer. Något sådant stöd finns varken i propositionen till 1 kap 7 § FB eller i prop. 2017/18:155, utan SOU 2016:11 står ensam. Lagstiftaren väljer att helt ignorera utredningens slutsats att *mater est*-principen är internationellt tvingande i prop. 2017/18:155. Inte ens syftet bakom utredningens klassificering av *mater est*-principen som internationellt tvingande, att vilja motverka kommersiella surrogatarrangemang, får

---

<sup>86</sup> För utförligare diskussion av rättsfallet se Singer (2006).

uttryckligt stöd utan lagstiftaren nöjer sig med att skriva att det inte är godtagbart att kommersiella surrogatarrangemang äger rum.

Att det finns stöd för att en rättsregel eller princip är internationellt tvingande i propositionen är dock inget absolut krav, utan regelns syfte och karaktär ska undersökas. Rättsregeln eller principen ska enligt internationell doktrin vara ”necessary for the maintenance or protection of some extremely important interest of the state”. Det går att ifrågasätta om motverkandet av kommersiella surrogatarrangemangens är ett statligt intresse. Det propositionen säger är att det inte är godtagbart att de äger rum. Att något inte är godtagbart implicerar i och för sig att det ska motverkas. Skulle intresset av att motverka kommersiella surrogatarrangemang vara extremt viktigt för lagstiftaren hade de dock med all sannolikhet skrivit det uttryckligen.

I Sverige har internationellt tvingande regler dessutom traditionellt varit av social skyddskaraktär, och de har på något sätt skyddat en svagare part. Även mot detta mantra bryter *mater est*-principen. Syftet med att vägra erkänna utländska domar som ger en tilltänkt moder rättsligt moderskap är inte att explicit skydda en svagare part, utan snarare ett allmänt intresse att motverka kommersiella surrogatarrangemang. Detta allmänna intresse består såklart delvis i en vilja att skydda en eventuell surrogatmoder och det barn som arrangemanget resulterar i, vilka kan ses som en svagare part gentemot de tilltänkta föräldrarna. Det är dock bara ett av många argument emot kommersiella surrogatmoderskap och principen i sig beskrivs först och främst som biologiskt faktum snarare än en social skyddsregel. Beaktar man dessutom att tillämpningen i praktiken är en bestraffning<sup>87</sup> av barn i syfte att hindra andra par från att välja samma oönskade reproduktionsmetod som barnets tilltänkta föräldrar är det i min mening svårt att hävda att *mater est*-principen är av social skyddskaraktär eller tillämpas till skydd för en svagare part, i alla fall inte i surrogatarrangemangsfall.

Sammanfattningsvis finns det i min mening ett svagt stöd för att *mater est*-principen skulle vara internationellt tvingande. Det finns inget stöd för det i någon proposition

---

<sup>87</sup> Med bestraffning syftar jag här på att det strider mot barnets bästa att fördröja ett rättsligt erkännande av ett barns sociala föräldrar, något som bekräftades i Europadomstolens rådgivande yttrande.

och principen har ingen utpräglad karaktär som en social skyddsregel och skyddar bara indirekt en svagare part genom att bestraffa ett barn för dess föräldrars val.

Skulle *mater est*-principen ändå anses vara internationellt tvingande måste en diskussion om dess räckvidd föras. En obegränsad räckvidd leder till exempel till att ett barn, som tillkommit genom ett surrogatarrangemang och är från ett land där detta är lagligt, måste adopteras av sin moder för att i svensk synvinkel bli hennes rättsliga barn. Konsekvenserna av detta är i min mening rätt orimliga. Till exempel så har inte barnet, om hans moder på ålderns höst flyttar till Sverige och arvsfrågan därför ska prövas av svensk domstol, någon arvsrätt baserad på släktskap. En möjlig begränsning skulle kunna vara att begränsa dess tillämpningsområde till situationer där antingen den tilltänkta modern eller surrogatmodern är svenska medborgare eller har hemvist i Sverige när barnet föds.

## 6.2 Det svenska systemets förenlighet med artikel 8 EKMR vid icke-erkännande

I ljus av Europadomstolens rådgivande yttrande måste den svenska hanteringen av genomförda surrogatarrangemang analyseras utifrån barnets rätt till privatliv enligt art 8 EKMR. Att vägra erkänna en utländsk dom som ger en tilltänkt moder rättsligt moderskap riskerar, i ett system utan eller med begränsade möjligheter för modern att bli rättslig förälder med hjälp av andra metoder, att skapa ett rättsläge som är oförenligt med just art 8 EKMR. De möjligheter som konventionen kräver för att det finns för en tilltänkt moder att erhålla rättsligt moderskap är fortfarande inte glasklart.

Det som med säkerhet är oförenligt med artikel 8 är att den tilltänkta modern inte har några som helst möjligheter att bli barnets rättsliga moder efter att modern och barnets förhållande blivit en *practical reality*. Förutsatt att erkännande av en utländsk dom på moderskap är omöjligt, vilket verkar vara det nuvarande rättsläget, är den enda möjligheten adoption. För det fall att den tilltänkta fadern erkänts som barnets rättsliga förälder är närståendeadoption den enda möjliga form av adoption tillgänglig för den tilltänkta modern. Det finns därmed en teoretisk möjlighet att erhålla rättsligt föräldraskap för en tilltänkt moder. Därmed har Sverige inte ett absolut förbud.

Om adoptionsmöjligheterna i svensk rätt är en så kallad effektiv mekanism som tillräckligt snabbt kan etablera den tilltänka modern som rättslig förälder är dock inte lika självklart. För en närståendeadoption krävs det förutom en lämplighetsbedömning att den tilltänka modern är gift eller i en pågående samborelation med barnets rättsliga far och att han samtycker. Lämplighetsbedömning, som baseras på barnets bästa, har sanktioneras av Europadomstolen och bör därför vara acceptabel. Förenligheten av relations- och samtyckeskravet kan dock ifrågasättas.

Ett sådant system gör det inte bara, sett ur barnets perspektiv, godtyckligt om dess sociala moder kan erkännas som dess rättsligt utan skapar dessutom en maktobalans mellan föräldrarna. En tilltänkt moder som vill separera från sin partner kan alltså inte göra detta utan att samtidigt säga upp all rätt till det som hon betraktar som sitt barn. Hennes partner har också när som helst fram till dess att en närståendeadoption genomförts möjligheten att skära av hennes rätt till barnet, och inte minst barnets rätt till sin sociala moder, för all framtid. Sett ur barnets perspektiv är det ännu mer absurt att villkora dess rätt att få sin sociala mor erkänd av rättssystemet på om hon fortfarande är i en kärleksrelation med dess fader, speciellt när Europadomstolen har klarklart att det strider mot barnets bästa att hindra eller fördröja att ett barn att får sin sociala moder erkänd som sin rättsliga moder.

Det är därför i min mening inte möjligt för Sverige att neka ett erkännande av en utländsk dom som ger en tilltänkt moder rättsligt moderskap i de fall hon på grund av separation eller uteblivet samtycke från den tilltänkta genetiska fadern inte på annat sätt kan erhålla ett legalt föräldraskap för barnet.

### 6.3 Avslutande reflektioner

Det saknas sammanfattningsvis stöd för att klassificera *mater est*-principen som internationellt tvingande i propositioner, och principen har inte en uttalad social skyddskaraktär. *Mater est*-principen bör därför inte anses som internationellt tvingande. Skulle den trots allt vara internationellt tvingande skulle detta skapa ett rättsläge där det är omöjligt för en tilltänkt moder att erhålla rättsligt moderskap utan att genomföra en adoption. Detta rättsläge är i min mening oförenligt med barnets rätt till privatliv enligt art. 8 i EKMR, i det fall barnets tilltänkta fader blivit erkänd som dess rättsliga fader. Möjligheten för den tilltänkta modern villkoras i det fallet på ett

samtycke från den tilltänka fadern samt att hon är gift med eller är i en pågående samborelation med honom. Avgörande för barnets rätt till sin moder är därför inte barnets bästa utan hur väl dess föräldrar kommer överens. Detta är i min mening inte ett lämpligt kriterium och Sverige kan därför i detta fall neka ett erkännande av en utländsk dom som ger en tilltänkt moder rättsligt moderskap utan att bryta artikel 8 i EKMR.

## Käll- och litteraturförteckning

### Källor

#### *Offentligt tryck*

##### Utredningsbetänkanden

Lagberedningen, 'Förslag till lag om barn utom äktenskap m.m', 1915 III. i: *Förslag till revision av giftermålsbalken och vissa delar av ärvdabalken.*

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

Ds 1996:7 Romkonventionen: införlivande med svensk rätt av EG-konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

Ds 2000:51 Behandling av ofrivillig barnlöshet.

SOU 2016:11 Olika vägar till föräldraskap.

##### Propositioner

Prop. 1973:129 med förslag till lag om anställningsskydd m.m.

Prop. 1979/80:9 om konsumentförsäkringslag, m.m.

Prop. 1992/93:222 om ändringar i svensk försäkringsavtalsrätt med anledning av EES-avtalet.

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

Prop 2017/18:121 Modernare adoptionsregler.

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

#### *Rättsfall m.m.*

##### Högsta domstolen

Högsta domstolen, beslut 2018-12-12 i mål nr 2680-18.

NJA 1974 s. 324.

NJA 2015 Not N 6.

##### Arbetsdomstolen

AD 2004 nr. 45.

##### Övriga svenska domstolar

Attunda Tingsrätt, beslut 2017-11-29 i mål nr 9267-16.

Svea Hovrätt, beslut 2014-10-07 i mål nr 6952-14.

Svea Hovrätt, beslut 2015-01-20 i mål nr 9822-14.

Svea Hovrätt, dom 2018-01-23 i mål nr 5424-17.

### EU-domstolen

Förenade målen C-369/96 och C-376/96 *Brottmål mot Jean-Claude Arblade och Arblade & Fils SARL och Bernard Leloup, Serge Leloup och Sofrage SARL*, EU:C:1999:575.

### **Övrigt**

Hague Conference on Private International Law (2014), 'The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage / Surrogacy Project'. No 3 B, mars 2014, *The Parentage / Surrogacy Project*.

Europadomstolen, 'Gestational Surrogacy', Faktablad <[www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Surrogacy\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Surrogacy_ENG.pdf)> (besökt 2019-05-23).

### **Litteratur**

Bogdan, Michael (1996), 'Tillämplighet av avtalslagen 36 § i internationella rättsförhållanden' *Lov och rätt* 1996 s. 114–123.

Bogdan, Michael (2002), 'Internationellt privaträttsliga aspekter av äggdonation och surrogatmoderskap' *SvJT* s. 745–747.

Bogdan, Michael (2011), *Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course*. Hague Academy of International Law.

Bogdan, Michael (2014), *Svensk internationell privat- och processrätt*. 8 uppl., Norstedts juridik.

Domej, Tanja (2017), 'Recognition and enforcement of judgments (civil law)', i: Basedow, Jürgen & Rühl, Giesela & Ferrari, Franco & de Miguel Asensio, Pedro (red.), *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 2, s. 1472–1479. Edward Elgar Publishing.

Eek, Hilding (1973), 'Peremptory Norms and Private International Law' *Collected courses of The Hague Academy of International Law*, 1973. vol. 139.

Hafström, Gerhard (1975), *Den svenska familjerättens historia*. 9 uppl., 2 tr. Juridiska föreningen i Lund.

Justinianus I, Mommsen, Theodor & Krueger, Paul (red.) (1985), *The Digest of Justinian*. vol. 1, University of Pennsylvania Press.

Jäterä-Jareborg, Maarit (1995), 'Internationellt tvingande civilrättsregler, fastighetsförmedling och konsumenter – några reflexioner' *SvJT* s. 374-384.



- Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod' i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.) (2013), *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur.
- Mosconi, Franco (1989), 'Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules' *Collected courses of The Hague Academy of International Law*, 1989. vol. 217.
- Saldeen, Åke (2007), 'Faderskap – moderskap – föräldraskap', i: Asp, Petter (red.), *Eftersyn och eftertanke: feststift till Göran Inger, De lege*, 2007, Iustus.
- Singer, Anna (2006), "'Mater semper certa est'?" *JT* s. 424–431.
- Stoll, Jane (2013), *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood: Swedish Law in a Comparative Context*. Uppsala universitet.
- Tolstoy Kongstad, Tatiana (2005), 'Mater semper certa est? En diskussion kring moderskapspresumtionen i svensk rätt och behovet av lagreglering rörande rättsligt moderskap'. Tillgänglig på <lup.lub.lu.se/student-papers/record/1562633> (besökt 2019-05-16).
- Trimmings, Katarina och Beaumont, Paul (red.) (2013), *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*. Hart.
- Trimmings, Katarina och Beaumont, Paul (2016), 'Parentage and Surrogacy in a European Perspective', i: Scherpe, Jens M (red.), *European Family Law*, vol. III, s. 232–283. Edward Elgar Publishing Limited.
- Ryrstedt, Eva (2003), 'Den genetiska utvecklingens familjerättsliga implikationer' *SvJT* s. 554–576.
- Wilderspin, Michael (2017) 'Overriding Mandatory Provisions', i: Basedow, Jürgen, & Rühl, Giesela & Ferrari, Franco & de Miguel Asensio, Pedro (red.), *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 2, s. 1331–1336. Edward Elgar Publishing.